**ORIENTAÇÃO SEXUAL E O PRINCÍPIO DA BUSCA PELA FELICIDADE**

**Luiza de Souza Carneiro**

**RESUMO**

O presente estudo refere-se ao direito fundamental da orientação sexual dos brasileiros com enfoque na tutela de princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana e o princípio busca da felicidade. O trabalho iniciará com a apresentação de um escorço histórico da homossexualidade. Assim, busca esclarecer a evolução da orientação sexual e sua proteção e aceitação social. A seguir, irá se discutir o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito personalíssimo da liberdade da orientação sexual. Na última parte será estudada a igualdade sexual e os precedentes judiciais que discutiram tal direito fundamental. Com fundamento dos mandamentos de otimização dispostos na Constituição Federal de 1988 que tutelam a liberdade sexual, a jurisprudência brasileira, acompanhando a tônica internacional, vem reconhecendo, sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e as necessidades humanas no plano da realização da personalidade, e em decorrência disso, da sexualidade, a orientação sexual como um direito fundamental, na realidade em prol da busca da felicidade do ser humano.

**Palavras-chave:** dignidade da pessoa humana; liberdade sexual; igualdade sexual; princípio da busca pela felicidade.

**ABSTRACT**

This study refers to the fundamental right of the sexual orientation of Brazilian focusing on protection of constitutional principles, such as human dignity and the pursuit of happiness principle. The work will begin with the presentation of a historical foreshortening of homosexuality. Thus, attempts to clarify the evolution of sexual orientation and their protection and social acceptance. The following will discuss the principle of human dignity and personal right of freedom of sexual orientation. In the last part will be studied sexual equality and judicial precedents that have discussed this fundamental right. On the basis of optimization commandments arranged in the Federal Constitution of 1988 which protect sexual freedom, the Brazilian jurisprudence, following the international tonic, has recognized from the perspective of the principle of human dignity and human needs in the realization of personality plan, and as a result, sexuality, sexual orientation as a fundamental right, in fact in favor of the pursuit of happiness of human beings.

**Keywords:** human dignity; sexual freedom ; gender equality ; principle of the pursuit of happiness.

**1. INTRODUÇÃO**

A livre orientação sexual dos indivíduos, assim como a liberdade de expressão e pensamento, decorrem de forma implícita do núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Todavia, as relações homossexuais se tornaram alvo do preconceito e do repúdio social. A mais chocante consequência da exclusão no âmbito jurídico é a absoluta invisibilidade a que são condenados os vínculos afetivos, cujo único diferencial decorre do fato de serem constituídos por pessoas de igual sexo.

Mas as lutas emancipatórias, o florescer dos direitos humanos e a laicização do Estado estão forjando a construção de uma nova sociedade. Será preciso resgatar os estragos que acabaram jogando para fora do âmbito da tutela jurídica significativa parcela da população. Será necessário reconhecer que a orientação sexual, independente de sua identidade sexual, é um direito fundamental derivado da dignidade da pessoa humana.

Daí a expressão homoafetividade. De há muito o mundo civilizado já acordou, transformando em realidade o que proclamam todas as revoluções: o direito à liberdade e à igualdade.

**2. ESCORÇO HISTÓRICO: HOMOSSEXUALIDADE COMO CRIME, DEPOIS DOENÇA, FINALMENTE MODO DE SER, E O PRINCÍPIO JURÍDICO DA IGUALDADE.**

A homossexualidade, em seu conceito histórico, pode abordar os elementos que estão sempre subjacentes aos juízos normativos de igualdade ou desigualdade de tratamento. A homossexualidade considerada como atração sexual e afetiva entre duas pessoas do mesmo sexo é um fato que percorre a história da humanidade, enaltecida e tolerada em algumas sociedades e cultura, repreendidas e abominada em outras.

A partir de uma pesquisa realizada por um médico húngaro, a homossexualidade, passou a ser vista como um desvio da heterossexualidade. Dessa visão distorcida, mas avançada para a época, uma vez que dogmas religiosos foram vencidos pela mentalidade cientifica, decorreu sua classificação como algo anormal a merecer cuidados da ciência medica.

A sociedade estava criando o termo homossexualismo e por seu diagnóstico como doença passava a homossexualidade a merecer tratamento. Diante dessa concepção, abandonou-se a perspectiva condenatória e sujeita à penalização para os homossexuais. Assim, o que ate então era considerado imoralidade ou pecado, passou a ser considerado como uma doença possível de ser tratada.

A classificação da homossexualidade como doença evitou muitas atrocidades contra os homossexuais, que eram maltratados, torturados e até condenados à morte por conta desse padrão sexual. Essa classificação – homossexualismo - abriu um espaço de maior tolerância em relação às pessoas que possuíam tal inclinação sexual. Também despertou no meio médico e científico um interesse em pesquisas sobre o comportamento e a sexualidade humana, descortinando uma nova perspectiva para o sexo que não somente os propagados fins procriativos.

Um segundo grande momento da história da homossexualidade surgiu quando em 1973, a Associação Americana de Pesquisa retirou a homossexualidade dos denominados distúrbios mentais. Essa “despatologização” foi em decorrência direta do movimento da liberação homossexual americano proeminente do final da década de 60 e início dos anos 70.

Segundo Robert Hopcke ( 1989, p. 44):

Esse movimento, tanto social como individual, da homossexualidade, contestou as atitudes sociais predominantemente negativas em relação a ela e desmascarou os fatos estereótipos e pressupostos errôneos a respeito da vida, dos sentimentos e das ações de indivíduos gays*.*

Atualmente, as ciências médicas, em especial, a área da psicologia, veem, segundo Robert Hopcke (1989, p. 46):

a homossexualidade como uma variação natural da expressão sexual humana e considera os gays indivíduos normais que, se experimentam alguma forma de sofrimento, é originado pela intolerância e preconceito social injustificado.

A classificação da homossexualidade como doença serviu num determinado momento histórico para “proteger” os homossexuais contra a tirania estatal e religiosa que via no comportamento homossexual a tipificação de um pecado, e mais, de um crime. Assim, passaram os “criminosos” a serem tratados como “doentes”, o que naquele momento lhes garantiu uma proteção, inclusive em vários espaços jurídicos, da imagem de sujeitos doentes ou anormais a merecerem discriminação e a sofrerem toda ordem de barbárie motivada pelo preconceito fruto de um ranço social ainda a ser dissolvido.

**3. PRINCIPIO DA DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO FUNDAMENTAL PERSONALÍSSIMO À ORIENTAÇÃO SEXUAL CONSAGRADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.**

A Constituição Federal de 1988, chamada Constituição Cidadã, que faz jus a este adjetivo, em 05 de outubro de 1988, inaugurou um novo momento para a sociedade brasileira e para o sentido de democracia no Brasil.

A jurisprudência brasileira, acompanhando a tônica internacional, vem reconhecendo, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e as necessidades humanas no plano da realização da personalidade, e em decorrência disso, da sexualidade, que as uniões homossexuais vão além do simples fato de se constituírem por pares de mesmo sexo, pois são uniões que têm sua gênese no afeto, na mútua assistência e solidariedade e, dessa forma, não seria mais possível deixar de reconhecer efeitos jurídicos para esse tipo de união, Cristiano Chaves Farias, afirmou que:

Fica claro, portanto, que a interpretação de todo o texto constitucional deve ser fincada nos princípios da liberdade e igualdade, despida de qualquer preconceito, porque tem como “plano de fundo” o princípio da dignidade da pessoa humana, assegurado logo pelo art. 1º, III, como princípio fundamental da República (motor de impulsão de toda a ordem jurídica brasileira.

Com o reconhecimento jurisprudencial de alguns efeitos jurídicos às relações afetivas formadas por casais homossexuais, o cenário jurídico e, em especial, o direito privado, abriu-se para acolher novos sujeitos ate então excluídos do sistema legal. Nas célebres palavras do Ministro Ayres Britto, quando do julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, nas quais se discutiu a equiparação da união estável entre pessoas do mesmo sexo à entidade familiar, *in verbis*: “A preferência sexual é um autêntico bem da humanidade. A Constituição não obrigou nem proibiu o uso da sexualidade. Assim, é um direito subjetivo da pessoa humana, se perfilha ao lado das clássicas liberdades individuais”.

Poder-se-ia, então, afirmar que as decisões jurisprudenciais, no que concerne ao reconhecimento e respeito à homossexualidade, estariam concretizando a *base antropológica* da Carta Constitucional, que tem sua raiz no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e sua irradiação na efetividade e concretude dos direitos e garantias fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana assegura a toda e a qualquer pessoa o direito de tratamento igualitário, que no seu reverso, é o direito a não ser discriminado à orientação sexual, que é um direito personalíssimo.

É possível se constatar que a reivindicação das pessoas ou pares homossexuais refere-se, não somente à proteção jurídica da liberdade e da intimidade, mas também diz respeito a um direito de igualdade de tratamento no sentido de poderem ser o que são; de poderem estabelecer livremente suas escolhas pessoais, suas relações de afetos e receberem do Estado a ampla tutela jurídica, tanto para a própria pessoa, como para o feixe de efeitos que tais relações afetivas estabelecidas, de cunho afetivo muito mais que meramente sexuais, irradiam.

Parte-se, portanto, do contexto social, onde a existência da identidade sexual é um fato e como tal pode ter relevante para o direito, muito especialmente para o direito privado, pois é a disciplina jurídica incumbida de regular e regulamentar as condutas e comportamentos que se estabelecem na vida privada da sociedade.

**4. IGUALDADE SEXUAL E O PRINCÍPIO DA BUSCA PELA FELICIDADE**

A questão da igualdade é uma preocupação permanente do direito, pois está intimamente ligada ao próprio sentido de justiça.

A igualdade como valor tem sua construção no discurso jurídico como um dos fins e também um dos fundamentos da concepção moderna do Estado de Direito. Entretanto, sua gênese não está vinculada ao Estado moderno iniciado com a célere Revolução Francesa, quando a burguesia estabeleceu os valores da Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

Portanto, a discussão da isonomia entre os homens, já era indagada pelo pensamento de Platão e de Aristóteles, os quais apontavam para a existência de duas formas de igualdade: a absoluta considerada impossível, e a relativa, a verdadeira igualdade.

A verdadeira igualdade - a igualdade relativa resulta na possibilidade do tratamento igualitário, considerando-se, para tanto, as diferenças presentes, pois, do contrário, o princípio da igualdade, tomando por seu conceito formal e absoluto, quase sempre resulta em grandes desigualdades, as quais acirram o abismo entre os desiguais, ao invés de equipará-los a partir das diferenças a estes inerentes.

Tendo em vista a possibilidade de uma igualdade relativa, que impõe necessariamente uma realidade relacional, ou seja, estabelece-se e torna-se possível de aferição a partir de um juízo de comparação, decorrendo desse fato a importância da qualificação material do princípio da igualdade e da mitigação, especialmente diante do caso concreto a ser tratado pelo direito, do princípio da igualdade como conceito mecânico e meramente formal.

A conquista da igualdade formal, no sentido de igualdade de todos perante a lei, configurou-se como um fato histórico e político importante do direito moderno diante da natural desigualdade perpetrada, particularmente, no sistema político-econômico do feudalismo.

Tendo a heterossexualidade como o único padrão para se exercer a sexualidade, automaticamente as referências e outras formas ou identidades sexuais são impingidas de “anormais” e, consequentemente, de depreciação e de um juízo de desqualificação do sujeito que a elas pertence.

Para o direito, fora as questões de ordem moral que impregnaram os conteúdos jurídicos, o sexo sempre esteve atrelado à procriação, sendo legitimado na geração de filhos no seio da família matrimonializada.

Entretanto, dada a fantástica evolução da genética e das modernas técnicas de inseminação artificial, esvaziou-se de significado e conceito do sexo meramente procriativo, abrindo-se um novo horizonte para o conceito da sexualidade também na ótica jurídica, consoante defende Maria Berenice Dias:

Ao serem visualizados os direitos de forma desdobrada em gerações, é de se reconhecer que a sexualidade é um direito do primeiro grupo, do mesmo modo que a liberdade e a igualdade, pois compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário, independente da tendência sexual. Trata-se assim de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, sendo, como todos os direitos de primeira geração, inalienável e imprescritível. É um direito natural, que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza.

O tema da sexualidade está latente no discurso jurídico e aponta intrigantes problemáticas sociais para as quais deve voltar-se o tratamento legal, ou seja, a tutela jurídica do Estado.

O homossexualismo caracteriza-se pela predominância ou manifestação de desejos por pessoas de idêntico sexo biológico, o que não se reduz a simples escolha ou opção. Demonstra-se a proteção à livre orientação afetivo-sexual, como um direito fundamental. Outrossim, elucidam-se as uniões estáveis entre homossexuais como famílias merecedoras de tutela jurídica, independente de o legislador, por medo, preconceito e/ou omissão, ter exigido a diversidade de sexos (homem e mulher) no parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal e nas posteriores leis regulares deste dispositivo.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3ᵒ- Para efeito da proteção da Estado, é conhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Como reflexo da proteção jurídica à orientação afetivo-sexual e da proibição de tratamento discriminatório com base na homossexualidade, os vínculos homoafetivos também passaram a receber tutela especifica através da jurisprudência e da legislação.

O amor, destarte, que não comporta barreiras e nem se curva ante o preconceito, é o responsável por todos os sentimentos, aptidões emocionais e desejos comuns aos indivíduos (independente da atração sexual que os movimenta), a exemplo do preparo para a maternidade, paternidade, bem como o desenvolvimento da estabilidade e do compromisso afetivo mútuo, que formam uma base familiar.

Se a consideração do liame homoafetivo como mera sociedade de fato e a aplicação da Súmula 380 do STF são aparentemente justas - deferindo-se a meação patrimonial, mediante prova de mútua colaboração, o mesmo não se verifica quando o fim da relação ocorre por morte de um (a) companheiro (a). Com efeito, alguns julgados invocam o instituto do enriquecimento ilícito, afirmado ser despiciendo perscrutar a natureza afetiva do vínculo, posto decorrer, o direito à sucessão, diretamente, do pagamento indevido. Segundo DIAS (2001, p. 151):

Ora se nega juridicidade ao convívio, ora se deferem escassos direito, mas sistematicamente rejeita-se a condição de herdeiro, o que leva a excluí-lo da ordem de vocação hereditária e a alijá-los dos direitos decorrentes da abertura da sucessão.

Diante do atual sistema jurídico nacional, cumpre retificar a inevitável tendência do justo reconhecimento das uniões homossexuais como entidades familiares, dignas da mesma proteção conferida aos vínculos afetivos heterossexuais. Não obstante o conservadorismo engessado de parcela da doutrina, e a omissa por parte do Poder Legislativo em regulamentar a matéria no Brasil, os pontuais avanços na jurisprudência já iniciaram a retirada das ditas uniões, da marginalidade sócio-político-jurídica.

Um percalço na vida dos homossexuais é a violência em que passam muitos deles, pois como uma opção, seja ela sexual ou não, faz o ser humano sofrer preconceito? Cada ser tem o poder de fazer suas escolhas, sendo de que gênero seja, ainda mais quando se trata de opção de vida.

Preconceitos de ordem moral não podem levar à omissão do Estado, nem a ausência de leis nem o conservadorismo do Judiciário servem de justificativa para negar direitos aos relacionamentos afetivos que não têm a diferença de sexo como pressuposto.

É absolutamente discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis homossexuais. São relacionamentos que surgem de um vínculo afetivo. Nada justifica, por exemplo, deferir a herança a parentes distantes em prejuízo de quem, muitas vezes, dedicou uma vida ao outro, participando na formação do acervo patrimonial.

Descabe ao juiz julgar as opções de vida das partes, pois deve cingir-se a apreciar as questões que lhe são postas, centrando-se exclusivamente na apuração dos fatos para encontrar uma solução que não se afaste de um resultado justo. Neste mesmo sentido é o entendimento de Maria Berenice Dias (2005, p. 17):

As uniões homoafetivas são uma realidade que se impõe e não podem ser negadas, estando a reclamar tutela jurídica, cabendo ao Judiciário solver os conflitos trazidos. Incabível que as convicções subjetivas impeçam seu enfrentamento e vedem a atribuição de efeitos, relegando à marginalidade determinadas relações sociais, pois a mais cruel conseqüência do agir omissivo é a perpetração de grandes injustiças.

O princípio da isonomia não possui o condão de discriminar as pessoas com base na sua orientação sexual para que, enfim, permita que uma pessoa continue numa entidade familiar e à outra não.

Neste toar, observa-se na jurisprudência hodierna brasileira, significativos avanços relativos nesta seara, notadamente o reconhecimento da união homoafetiva e da concessão da adoção a indivíduos ou casais homossexuais.

Acerca da adoção por casais homossexuais, a decisão pioneira se deu no Estado do Rio de Janeiro, no ano de 1997, na sentença, o Juiz Siro Darlan de Oliveira, então titular da 1ª Vara da Infância e Juventude e, atualmente, Desembargador do TJ/RJ concedeu a adoção a uma requerente homossexual, que possuía a guarda de fato do infante desde que o mesmo era recém-nascido na decisão, o Magistrado sublinhou a importância de um ambiente familiar e acolhedor para a criança, em detrimento da impessoalidade de uma instituição, uma vez que o tratamento dispensado à criança é coletivo.

Ressalte-se ainda, decisão também vanguardista proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sendo confirmada em Recurso Especial nº 889.852/52 pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante se denota por ementas:

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. (TJ/RS. AC nº 70012801592. Des. Relator Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 05/04/2006)

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇAO DE MENORES POR CASALHOMOSSEXUAL. SITUAÇAO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DAFAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OSMENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DAPREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DAASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENSPARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS [1º](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/23447073/artigo-1-da-lei-n-12010-de-03-de-agosto-de-2009) DA LEI [12.010](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/818490/lei-12010-09)/09 E [43](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10615666/artigo-43-da-lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990) DO[ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1031134/estatuto-da-crian%C3%A7a-e-do-adolescente-lei-8069-90). DEFERIMENTO DAMEDIDA. 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo [1º](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/23447073/artigo-1-da-lei-n-12010-de-03-de-agosto-de-2009) da Lei [12.010](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/818490/lei-12010-09)/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo [43](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10615666/artigo-43-da-lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990) do [ECA](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1031134/estatuto-da-crian%C3%A7a-e-do-adolescente-lei-8069-90)estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequencias que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitados estudos especializados sobre o tema,fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade deVirgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana dePediatria), "não indicam 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 a seus cuidadores". 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor,desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aosinteresses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação àsituação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo [43](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10615666/artigo-43-da-lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990) do [ECA](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1031134/estatuto-da-crian%C3%A7a-e-do-adolescente-lei-8069-90). Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido. (STJ. T4 – QUARTA TURMA. RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4). MINISTRO LUIS FELIPE SALOMAO. Julgado em 27/04/2010)

Tal entendimento fora corroborado, em recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ao discutir adoção por união homoafetiva, na qual se negou seguimento a recurso extraordinário nº 846.102 (722) de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, conforme se abstrai por trecho da referida decisão que segue:

A Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extramuros domésticos, porque, endogenamente ou interna corporis, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família. Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levas e levas de seres humanos abandonados despejam suas últimas sobras de gente. Mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes.

Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – data vênia de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.

O princípio da busca pela felicidade, previsto de forma pioneira na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, teve menção explícita pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF 132, na qual se discutiu acerca da constitucionalidade da união homoafetiva:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.(STF - ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno)

Se utilizando da técnica da hermenêutica constitucional da interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, o Supremo Tribunal Federal declarou que o princípio da busca da felicidade teria como corolário o postulado da dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se, ainda, Resolução n° 175, de 14 de maio de 2013, que entrou em vigor no dia 16 de maio de 2013 editada pelo Conselho Nacional de Justiça, a qual busca resguardar os direitos das pessoas que vivem relacionamento homoafetivo, dispondo seu art. 1°, que:

É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo". Além disso, o art. 2° da Resolução trouxe a previsão de que "a recusa prevista no artigo 1° implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Assim, a busca da felicidade possui fundamental importância na afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, notadamente da orientação sexual.

**5. CONCLUSÃO**

Nota-se pelo estudo realizado que a aceitação social da livre orientação sexual, e a tutela de todos os direitos decorrentes de tal situação, trilhará ainda a passos tortuosos como trilhou a união estável, a lei do divórcio, a questão do filho nascido fora do casamento, os quais tiveram muita dificuldade para serem aceitos pela sociedade que, em sua maioria, é formada por pessoas conservadoras e preconceituosas.

Mas, aos poucos, essas lutas alcançaram seus objetivos e hoje ninguém se horroriza ao saber que uma mulher é divorciada; que um casal não é casado, ou que uma criança é fruto de uma relação extramatrimonial ou uma produção independente.

A evolução da família está se impondo e a sociedade, mais cedo ou mais tarde, terá que aceitar o que já existe, mas que precisa de proteção jurídica para assegurar a dignidade humana, pois de nada adianta assegurar respeito à dignidade humana, à liberdade, se não vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos preconceitos ou qualquer formato de discriminação. Enquanto houver segmentos que sejam alvo da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se estará vivendo em um Estado Democrático de Direito.

O progresso conjeturado, seja na seara jurisprudencial, seja no âmbito legal, são, indiscutivelmente, fruto da diminuição do preconceito arraigado na sociedade e da consagração dos mandamentos da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, todos em prol da busca pela felicidade.

**6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro.**São Paulo: Saraiva, 2000;

BARROS, Guiherme Freire de Melo. **Direito da Criança de do Adolescente – Vol. 36 – Coleção sinopse para concursos**. Salvador/BA: ed. JusPodivm. ano 2015;

BITTENCOURT, Sávio. **A nova lei de Adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

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

\_\_\_\_\_\_. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**. São **Liberdade sexual e direitos humanos.** Disponível em < http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=24> Acessado em: 15/01/2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias.** 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito constitucional à família (ou às famílias sociológicas ‘versus’ famílias reconhecidas pelo Direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual a luz da legalidade constitucional).** Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, nº 03, 2002

GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A Possibilidade Jurídica Da Adoção Por Homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005;

MELLO BARROS, Guilherme Freire de. **Estatuto da Criança e do Adolescente Lei Nᵒ 8.069/1990 .** 3 ed. Bahia: JusPodivm, 2010;

GAGLIANO Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil - Vol 06 – Direito de Família**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2002;

\_\_\_\_\_\_. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_\_.. **As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação.** Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Rios-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf> . Data de acesso: 20/01/2016;

ROSSATO, Luciano Alves.LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto Da Criança e Do Adolescente Comentado.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

SILVA FILHO, Arthur Marques da. **Adoção; regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** 4 ed. Curitiba: Juruá, 2010;

WELTER, Pedro Belmiro. **Igualdade Entre As Filiações Biológicas e Socioafetiva.São Paulo:** Revista dos Tribunais, 2003;