



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CIVIL**

MARÍLIA GABRIELA DE OLIVEIRA

ADOÇÃO HOMOPARENTAL NO DIREITO BRASILEIRO

Salvador

2018

MARÍLIA GABRIELA DE OLIVEIRA

ADOÇÃO HOMOPARENTAL NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, como requisito parcial para a obtenção do título de Pós-Graduada em Direito Civil.

Salvador

2018

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, à minha família pelo apoio de sempre, bem como pelo incentivo e inspiração, sobretudo aos meus pais, Marco Antônio e Rita de Cássia e aos meus irmãos, Ramon César e Maria Luiza, por terem acompanhado todo o processo de conhecimento e dedicação, e por terem me possibilitado chegar até aqui.

Aos meus amigos, em especial a Ícaro Góes, que me fez companhia em inúmeras noites de sextas-feiras e manhãs de sábados me motivando a continuar mesmo quando demonstrava total cansaço.

Ao Ilustre Professor Mestre Rodolfo Pamplona Filho, que mesmo despretensiosamente me fez aflorar, o meu amor e respeito pelo Direito Civil e suas nuances.

“Conviver de forma igualitária e livre é viver a plenitude dos direitos humanos, é dar sentido e razão ao dogma maior de nossa Constituição Federal, que é o respeito à dignidade do ser humano, mas que não pode deixar de ser visto também como respeito à diversidade”.

Maria Berenice Dias

RESUMO

O presente estudo propõe discutir a possibilidade de adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, utilizando como base o direito à união estável (BRASIL, 2011), assim como o principal precedente jurídico, qual seja, o reconhecimento do casamento de pessoas do mesmo sexo, (BRASIL, 2013). Ressalta-se a existência do Provimento nº 12/2012 do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ/BA), que declarou o regramento a respeito da possibilidade de habilitação para casamento por pessoas do mesmo sexo (BAHIA, 2012), bem como a Resolução de nº 175 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (BRASIL, 2013), que dispõe desde habilitação à conversão de união estável entre homossexuais. Vale asseverar a inexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, de legislação que impeça ou regulamente a adoção homoafetiva, havendo como barreira o conservadorismo jurídico e o preconceito social. Para sua realização, levou-se em conta a natureza do tema ora debatido, adotando a metodologia bibliográfica através de obras de autores que defendem ou discutem o tema aqui proposto, citando-se inclusive, direitos e garantias previstas em nossa Magna Carta. Sustenta-se que o levantamento bibliográfico supramencionado, possibilitou a abordagem do tema de forma objetiva, geral e serviu de base para a estruturação e total aprofundamento do estudo acerca do presente tema.

Palavras-chave: Homoafetividade. Adoção. Ausência de impedimento legal. Possibilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 FAMÍLIA	9
2 PRINCÍPIOS	15
2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	16
2.2 Princípio da Igualdade	19
2.3 Princípio da Afetividade	20
2.4 Princípio do Melhor Interesse do Infante	22
2.5 Princípio da Função Social da Família	23
3 HOMOAFETIVIDADE	24
4 UNIÃO ESTÁVEL	25
5 UNIÃO HOMOAFETIVA	29
5.1 Efeitos da União Homoafetiva	33
5.2 União Estável x União Homoafetiva	43
6. ADOÇÃO	44
6.1 Histórico	47
6.2 Conceito e Natureza jurídica da adoção	48
6.3 Efeitos da adoção	51
6.4 Quem pode adotar	53
7. ADOÇÃO HOMOPARENTAL	55
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

A priori, é imperioso apontar que, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, notadamente no que tange ao artigo 3º, incisos I e IV, que são objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a principalmente o bem de todo e qualquer indivíduo sem preconceitos de origem racial, sexual, de cor ou idade, e quaisquer outras formas de discriminação, segue artigo:

“Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
[...]
IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A Constituição Brasileira, em seu artigo 1º, inciso III, prevê como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. O artigo 5º da Carta Magna dispõe sobre o princípio constitucional da igualdade.

Outrossim, no que tange a instituição familiar, esta como base da sociedade, imperioso sustentar que é implícita a existência do princípio da afetividade na Constituição Brasileira, haja vista que, tradicionalmente, a família nem sempre apresenta, como em tempos remotos, uma relação convencional, cujos membros são, essencialmente, pai, mãe e filhos.

Desse modo, levando em consideração a possibilidade de formação familiar fora dos “padrões” pré-estabelecidos, faz-se necessário compreender o casamento homoafetivo como premissa legítima, como família, a instituição formada por cidadãos – excetuando-se distinções que segregam a raça humana em grupos segundo gênero, raça, religião, entre outros – a quem compete a responsabilidade conjunta de educar seus filhos, garantindo-lhes um ambiente afetivo e moralmente estruturado, de modo que se faça relevante e pertinente o princípio do melhor interesse do infante, previsto tanto na Constituição Federal como no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Na contemporaneidade, diante das mudanças sociais, para constituição da entidade familiar, além dos valores morais e culturais, é imprescindível que seja considerado o bem estar social e, principalmente, o respeito às escolhas. Nesse sentido, segundo as concepções de Barroso (2007), levando em consideração a liberdade sexual/orientação sexual ou liberdade de escolha, inexistente, no direito brasileiro, qualquer óbice legal ou regra acerca dessa orientação, ao que acrescenta a autora e advogada especializada em Direito Homoafetivo, Maria Berenice Dias:

Tais situações, ao desaguardarem no Judiciário, muitas vezes se confrontam com a ideologia conservadora do juiz, que hesita em identificar a melhor solução, deixando de atentar no prevalente interesse do menor. Mas não ver a realidade é usar o mecanismo da invisibilidade para negar direitos, o que revela nítido caráter punitivo. Posturas pessoais ou convicções de ordem moral de caráter subjetivo não podem impedir que se reconheça que uma criança, sem pais nem lar, terá uma melhor formação se integrada a uma família, seja esta formada por pessoas de sexos iguais ou distintos. (DIAS, 2010).

Para que haja uma melhor compreensão do assunto abordado, deve-se ter como base norteadora o reconhecimento de direitos fundamentais a todo e qualquer indivíduo, demonstrado e defendido piamente pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, bem como o reconhecimento dos princípios norteadores do direito brasileiro, ora classificados como fundamentais ou gerais, assim como implícitos ou explícitos.

Portanto, o presente estudo visa demonstrar através de análise doutrinária, jurisprudencial e legislativa, a equiparação de direitos civis para as relações entre as pessoas do mesmo sexo, principalmente no que se refere a possibilidade de adoção homoparental, haja vista a inexistência de óbices legais, levando em consideração a Constituição Federal e seus princípios, o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal, e a sua possibilidade de conversão em casamento diante da Resolução do Conselho Nacional de Justiça. Imperioso ressaltar a necessidade de regulamentação do direito aqui discutido para por fim ao “poder discricionário conservador”, muito comum ao judiciário brasileiro.

1. FAMÍLIA

Primeiramente, vale destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil, preceitua algumas formas de constituir “família”, as formas supramencionadas são vislumbradas no art. 226 e incisos da Constituição Federal, são três: casamento, união estável e as famílias monoparentais.

A família, instituto presente desde os primórdios, apresenta amparo no ordenamento jurídico brasileiro, proteção constitucional e disposições legais na vertente do Direito de Família, como preceitua o autor e advogado Enézio de Deus Silva Júnior:

Cada conjuntura histórica procurou moldar a organização sócio-familiar segundo o crivo dos interesses públicos, econômicos, religiosos e culturais dominantes. E, neste aspecto, verificar o lastro motivado dos discursos e as explicações dos estudiosos que abordam as famílias é fundamental para identificar como alguns preconceitos foram construídos e se constituem, até hoje, obstáculos ao livre desenvolvimento das relações familiares. Neste diapasão, ao revés de traçar uma análise evolucionista da família – como realizara Engels -, é importante perceber que cada organização familiar apresenta a sua peculiar estruturação histórico-social, com condicionamentos próprios (SILVA JÚNIOR, 2011).

São inúmeros os doutrinadores que tentam conceituar o instituto da família. A evolução do conceito de família, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, no que tange a Constituição da República Federativa do Brasil/88, aponta com objetividade a pretensão do legislador constituinte em adequar o mencionado instituto ao atual contexto social.

Para Enézio de Deus:

As famílias, além de agrupamentos humanos baseados em laços afetivos, são, bem antes do fato biológico, produtos culturais e dados psíquicos (redes de inter-relações pela teia da afetividade). Para assim entendê-las, nas suas estruturas mais sensíveis, é preciso atenção para com os mecanismos de poder e as verdades historicamente apresentadas como definitivas sobre as estruturas familiares e as suas formas de constituição (2011, p.55).

Consoante descrito no Projeto de Lei nº 2.285/2007, denominado de “Estatuto das Famílias”:

O conceito de família esta cada vez mais no plural. Os arranjos familiares da sociedade moderna não mais decorrem do matrimônio. A união estável, entre pessoas do mesmo sexo ou não, famílias monoparentais, adoções e a comprovação de paternidade via testes de DNA atestam que as mais diversas formas de relação familiar tornam a vinculação afetiva mais importante na abrangência e nas novas definições do conceito de família.

Destarte, família deve ser compreendida além do seu elo consanguíneo. Deve, portanto, ter como característica proeminente o “vínculo natural”, através do qual os indivíduos se agrupam segundo padrões que não se limitam a relação consanguínea, mas por considerar relevantes atributos, tais como a afinidade e a afetividade. Por essa perspectiva, como versa Paulo Lôbo (2011, p. 70), a afetividade “é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.

Para a autora Maria Berenice Dias:

A família é cantada e decantada como a base da sociedade, e por essa razão, recebe especial proteção do Estado (CF 226). [...] Sempre se considerou que a maior missão do Estado é preservar o organismo familiar sobre o qual repousam suas bases. A família é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social. O direito das famílias, por dizer respeito a todos os cidadãos, revela-se como o recorte da vida privada que mais se presta às expectativas e mais esta sujeito a críticas de toda sorte (DIAS, 2016, p. 49).

No que concerne ao conceito de “família”, Caio Mario da Silva Pereira, em sua obra “Instituições de Direito Civil – Direito de Família aduz que:

Ao conceituar “família”, destaque-se a diversificação. Em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e irmãos dos cônjuges (cunhados) (SILVA PEREIRA, 2017, p. 49).

Sob este prisma conceitual, a autora Maria Berenice Dias (2016, p.47), afirma em sua obra “Manual de Direito das Famílias” que, “*a família é um agrupamento*

informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito”.

Nesta senda, é sabido que, desde os primórdios, a concepção de “família” tem sido amplamente discutida. Na antiguidade, os indivíduos se organizavam formando agrupamentos familiares extensos, com a finalidade básica de subsistência, ou seja, a afetividade não era vista como base primordial das relações, e, sim, a necessidade de luta pela sobrevivência.

Ensina Gagliano e Pamblona Filho (2014, p.55) que “[...] a expressão família ganhou significado jurídico no Direito Romano”. Foi em Roma que o sentido da família recebeu uma maior conotação, apresentando como princípio fundamental a concepção de uma família patriarcal. Nesse sentido, o ascendente de sexo masculino – ressalta-se, o mais velho -, era figura determinante, considerado como soberano, líder, o denominado *pater familias*. O que vigorava, ou predominava, era a sujeição dos ascendentes a este *pater familias*, até a sua morte, tornando-se um círculo vicioso, afinal, haja vista o costume, o próximo mais velho tomava as estribas da situação.

Com o advento do Cristianismo e o conseqüente declínio do Império Romano, houve uma considerável mudança nas relações, principalmente no significado da família. O fundamento basilar do Cristianismo era o casamento entre homem e mulher, como bem delinea Silva Júnior (2011, p.51):

Com o advento do Cristianismo, o gradual controle ideológico exercido pela Igreja Católica (através de normas específicas denominadas cânones), manifestou-se, em especial, sobre a família – vista no singular unicamente – e na supervalorização do matrimônio. Tal sacramento, marcado pela indissolubilidade, opôs-se a todas as formas de constituição familiar livre (SILVA JÚNIOR, 2011, p.51).

Neste diapasão, Silvia Ozelame preceitua a cerca das influências, o no que se refere ao arcabouço familiar, senão vejamos:

A influência da religião, no caso a católica apostólica romana, no espaço familiar, sempre foi muito significativa, podendo-se afirmar que “todas as famílias eram convidadas a considerar a Sagrada Família como seu modelo”. Além da influência religiosa na organização do espaço

intrafamiliar, havia também a indicação do modelo a ser seguido pelos membros que integravam essa instituição, isto é, a presença de homem, mulher e prole.(OZELAME, 2011, p.23)

A ideologia cristã permaneceu por séculos. A partir da Revolução Industrial, é promovida uma alteração na ideologia, que resultou em uma mudança de grande valia para a sociedade. Com o aumento considerável na demanda produtiva, a necessidade de mão-de-obra, a mulher foi tornando-se figura importante. O homem, por consequência das necessidades já mencionadas, foi deixando de ser o “centro das relações”, não erguia mais o título de única fonte de economia e subsistência familiar. A mulher ganhava mais espaço.

Outrossim, é sabido que a intervenção estatal, nas relações familiares, sempre foi de grande evidência, a par disso, Maria Berenice Dias, afirma que:

Em determinado momento histórico o intervencionismo estatal instituiu o casamento como regra de conduta. Uma convenção social para organizar os vínculos interpessoais. A família formal era uma invenção demográfica, pois somente ela permitiria a população se multiplicar. Essa foi a forma encontrada para impor limites ao homem, ser desejante que, na busca do prazer, tende a fazer do outro um objeto. É isso que o desenvolvimento da civilização impõe restrições a total liberdade, e a lei jurídica exige que ninguém fuja dessas restrições.(DIAS, 2016, p.48)

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 abalou a visão tradicional da família. As relações tomaram proporções diferentes, e, diante dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, a mulher passou a exercer com sucesso os seus direitos civis.

Nesta senda, os Ilustres professores e mestres Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, na obra “Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família”, descrevem que:

A formação dos grandes centros urbanos, a revolução sexual, o movimento feminista, a disseminação do divórcio como uma alternativa moralmente válida, a valorização da tutela da infância, juventude e terceira idade, a mudança de papéis nos lares, a supremacia da dignidade sobre valores pecuniários, o reconhecimento do amor como elo mais importante da formação de um “lar lugar de afeto e respeito”..., tudo isso e muito mais contribuiu para o repensar do conceito de família na contemporaneidade (PAMPLONA, STOLZE, 2016).

No que tange as mudanças havidas no que diz respeito a família, e principalmente acerca da sua constitucionalização, Silvia Ozelame sustenta que:

Percebe-se, nesse contexto, um divisor de águas entre a família codificada na década de 20 e a família constitucionalizada na década de 80: aquela, caracterizada como matrimonial, patriarcal, heterossexual e hierárquica; esta, caracterizada pela informalidade (união estável), monoparentalidade (comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes), respeito à diversidade sexual e igualdade conjugal. Ocorreu a desinstitucionalização da família, tendo em vista que a família-instituição, calcada fortemente no patrimônio e na preservação da paz doméstica, foi substituída pela família como ninho de afeto e realização, em que se primou pela promoção da dignidade de seus membros. (OZELAME, 2011, p. 33).

Ressaltou ainda:

Uma questão que se deve ter bastante clara, quando da análise da Constituição Federal de 1988, principalmente no que se refere ao direito de família, é que ela reconheceu uma situação latente na família brasileira, ou seja, a existência de entidades familiares plurais, e que não foi a partir da sua promulgação que a necessidade de mudança social precisou ocorrer, porque foram constitucionalizados valores que já estavam impregnados no seio da sociedade, traduzindo-se em normas. (OZELAME, 2011, p. 39).

A concepção antiga da família sofreu e ainda sofre mudanças consideráveis. A título de exemplo: o reconhecimento da formalização da entidade familiar por pessoas do mesmo sexo, haja vista o julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) que proferiu a decisão, em conjunto, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 (BRASIL, 2011) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 (BRASIL, 2012), bem como julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 1.183.378, pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ (BRASIL, 2012).

Nesta senda, Silvia Ozelame afirma que:

O pluralismo das relações familiares gerou transformações estruturais na sociedade, que ocasionaram uma mudança na moldura familiar até então vivenciada, o que suscitou o reconhecimento da existência de outras formas de famílias, além do casamento. (2011, p. 48).

Destarte, diante das mudanças acima citadas, vislumbra-se que, atualmente, a “família padrão” formada por pai/mãe/filho, apesar de continuar existindo, possui a companhia de outros modelos de família, modelos diversificados. Sendo assim, com base na diversidade mencionada, fica evidente a dificuldade em conceituar o instituto da família na contemporaneidade.

Sob esta perspectiva, preceitua Enézio de Deus:

As famílias, como abordado, ao contrário da realidade biológica, são teias sócio-culturais e psíquicas, pois evidenciam escolhas e extensões no âmbito da afetividade e da sexualidade, condicionadas político-jurídico-historicamente. As formas de sua constituição são detectadas ao longo da história, em graus de visibilidade variáveis, na medida, por exemplo, dos valores morais ou religiosos de determinada época e da maior ou menor proteção jurídico-estatal. O princípio do respeito à dignidade humana, neste sentido, deve delinear o reconhecimento atual (fático e jurídico-científico) das entidades familiares, através de uma hermenêutica extensiva da legislação disponível, no sentido de vislumbrar o direito à constituição familiar para além do *numerus clausus* legal positivado. (SILVA JÚNIOR, 2011, p. 60)

Portanto, nota-se que, diante da transformação do núcleo familiar, a partir do momento em que a família, ora tida como base da sociedade, deixa de ser exclusivamente um espaço abarcado pelas características patriarcal, procriacional e patrimonial, vislumbra-se uma possibilidade maior de pluralismo das relações familiares, sendo possível afirmar que o art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil apresenta apenas uma enumeração exemplificativa, sendo possível a existência de diversos núcleos familiares.

2. PRINCÍPIOS

Inicialmente, imperioso se faz destacar a diferença havida entre princípios e regras, no ordenamento jurídico. No dizer de Maria Berenice Dias:

Princípios por definição, são mandamentos nucleares de um sistema [...] A desatenção ao princípio implica ofensas não apenas a um princípio mandamental obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. [...] Regras são normas que incidem sob a forma “tudo ou nada”, o que não sucede com os princípios. Quando, aparentemente, duas regras incidem sobre o mesmo fato, é aplicada uma ou outra, segundo critérios hierárquico, cronológico ou de especialidade. Aplica-se uma regra e considera-se a outra inválida. (DIAS, 2017, p.67/68).

Com efeito, é correto enfatizar que o ordenamento jurídico brasileiro é composto por um conjunto de normas, subdividido em princípios – fontes inesgotáveis de bons costumes e moral – e regras. Os princípios podem ser considerados normas ou segmentos que possuem caráter determinador ou orientador de fatos ou atos, para que esses sejam efetivados dentro das diretrizes jurídicas e fáticas existentes.

Tendo em vista que os princípios decorrem muitas vezes dos costumes, é possível asseverar a existência do seu caráter mutável, ou seja, adequando-se as mudanças sociais. Vale ressaltar que, diferentemente dos princípios, as regras são utilizadas no direito brasileiro como reguladores de condutas, devendo ser seguidas sempre à risca, em sua totalidade e exigência. Neste diapasão, o filósofo alemão Robert Alexy, em seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”, diferencia as regras dos princípios ao afirmar que:

[...] os princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. [...] já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio. (ALEXY, 2011, pp 90/91).

A par do que fora ensinado por Robert Alexy, e diante do ramo do Direito de Família ora estudado, os princípios podem ser caracterizados como gerais, quando são

aplicáveis ao Direito de Família, e especiais, quando do seu reconhecimento, são considerados peculiares ao Direito de Família. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

Ainda segundo os mestres supramencionados, existem princípios especiais, peculiares ao direito de família, sendo estes: Princípio da afetividade, Princípio da solidariedade familiar, Princípio da proteção ao idoso, Princípio da função social da família, Princípio da proteção das crianças e adolescentes, Princípio da convivência familiar, Princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família.

Outrossim, o autor Dimas Messias de Carvalho, em sua obra “Direito das Famílias”, descreve de forma objetiva que:

Os princípios do direito de família, portanto, não são taxativos, posto que vários podem ser deduzidos de outros princípios gerais ou desdobrados, dependendo do intérprete. Alguns, todavia, assumem maior relevância e são quase unanimidade entre os estudiosos, destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade, o princípio da liberdade, o princípio do pluralismo familiar, o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, o princípio da igualdade e isonomia dos filhos, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o princípio da paternidade/maternidade responsável e o princípio da solidariedade. (MESSIAS DE CARVALHO, 2017, p. 86).

Nesta esteira, em se tratando do tema adoção por casais homoafetivos no direito brasileiro, os princípios são institutos de importância fundamental, sendo possível indicar a existência tanto princípios gerais do Direito de Família – tais como dignidade da pessoa humana e igualdade – e princípios especiais – a exemplo da afetividade e do melhor interesse do infante.

2.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O primeiro, encarado como princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, constitucionalmente amparado, é o da dignidade da pessoa humana. Sobre o mencionado princípio, versa Stolze e Pamplona Filho:

Princípio solar em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos a dizer que a noção jurídica de

dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.(PAMPLONA, STOLZE, 2014, p.88)

Esse princípio pode ser considerado como assegurador universal aos homens no que se refere ao respeito, à proteção, à liberdade de escolha (livre arbítrio), e, principalmente, à justiça. Para alguns doutrinadores, o supracitado princípio abarca diversos direitos constitucionais como o direito à saúde, à vida, à livre manifestação do pensamento, inviolabilidade do domicílio, livre locomoção, direito de propriedade, assim, podendo ser classificado como princípio absoluto. Nesta esteira, a dignidade da pessoa humana é um princípio anterior a todos os outros, generalizador, absoluto, ou ao menos tenta chegar o mais perto disso (TAVARES, 2012).

Ressalta-se que a dignidade é uma característica intrínseca a todo e qualquer ser humano, sendo, portanto, contraditório qualquer tipo de discriminação, por basicamente estar na contramão daquilo defendido constitucionalmente, promovendo a manutenção das desigualdades e enaltecendo as diferenças. Agir com base na discriminação representa um desrespeito ao sistema, que mesmo com dificuldade, prega a igualdade e liberdade.

No que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, aqui debatido, Dimas de Carvalho preceitua que o princípio supramencionado agregou valores maiores no que tange ao indivíduo, conforme descrito abaixo:

Com efeito, ao colocar a dignidade humana como um dos fundamentos da República, a Constituição brasileira conferiu valor maior à proteção da pessoa humana, vedando qualquer forma de discriminação e garantindo ao homem o exercício e o reconhecimento de sua condição de titular de direitos fundamentais na sociedade em que vive.(MESSIAS DE CARVALHO, 2017, p. 88).

Na adoção homoparental, a dignidade da pessoa humana apoia duas “classes sociais”: duas minorias que brigam por direitos, uma vítima do preconceito, os homossexuais; outra, as vítimas do descaso, as crianças. Tal adoção possibilita uma vida digna, o respeito e o amparo do Estado e da Sociedade a ambas, sem quaisquer intervenções na concretização dessa finalidade, como roboram Stolze e Pamplona Filho:

A sua magnitude constitucional denota o seu conteúdo político, transcendente pois, de qualquer tentativa de contenção pelo Direito Público ou Privado[...] a dignidade humana somente é preservada na medida em que se garante respeito à dimensão existencial do indivíduo, não apenas em sua esfera pessoal, mas, precisamente, no âmbito das suas relações sociais.(PAMPLONA, STOLZE, 2014, p. 90-91)

Nesta linha de pensamento, na obra “Homoparentalidade – Direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos”, a autora Silvia Ozelame assevera que:

o direito à homoparentalidade diz respeito à própria formação da identidade de cada ser humano, a sua realização pessoal, a sua felicidade. Por isso, deve ser analisado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de tornar-se ilegítimo o ato assim perpetrado.(OZELAME, 2011, p. 117)

Ademais, Ozelame afirma ainda que:

a dignidade humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade, principalmente, quando se está diante de questões que suscitam respostas, por envolver, de um lado, o exercício da maternidade/paternidade e, de outro, a possibilidade de crianças e adolescentes possuírem um ambiente de afeto e respeito, que assegurem a primazia de pessoas em desenvolvimento.(OZELAME, 2011, p. 118).

Outrossim, é possível asseverar que, no que se refere ao direito à homoparentalidade ou ao direito à adoção por casais do mesmo sexo, em razão de estarem diretamente ligados à formação da identidade basilar do ser humano em sua busca incansável pela realização pessoal, este deverá ser observado sob o crivo do princípio aqui debatido, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Destaca-se que, ao tentar tolher, regulamentar ou “padronizar” um tipo de família, criando um modelo formal, acaba por contrariar o princípio aqui debatido, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, impedindo por derradeiro, o indivíduo de constituir a família ao seu modo, obstaculizando um direito constitucionalmente amparado.

2.2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O segundo princípio, o da igualdade, também amparado constitucionalmente, encontra guarida no artigo 5º da Carta Magna, que prevê a isonomia como direito fundamental. Logo, todas as pessoas, independentemente da cor, raça, sexo, crença, profissão, orientação sexual, devem ser tratadas de forma igualitária, em direitos e deveres, não sendo admitido, portanto, qualquer tipo de discriminação ou preconceito.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos traz em seu arcabouço a noção básica de igualdade, essa igualdade taxativa pode ser vislumbrada nos artigos 1º e 7º da Declaração supramencionada, senão vejamos:

“Art. 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

[...]

“Art. 7º Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, tem direito igual à proteção da lei. Todos tem direito à proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

Vale salientar que, o artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, também discorre acerca da igualdade entre os indivíduos ao prevê que

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quais quer outras formas de discriminação.”

Na questão aqui proposta, o princípio da igualdade aponta o equilíbrio existente na adoção por casais heteroafetivos ou casais homoafetivos. Em ambas as situações, as partes devem ser consideradas iguais, legítimas, detentoras das mesmas possibilidades. Sendo assim, o grau de dificuldade ou facilidade, em se tratando de adoção, existente para uma, deve ser aplicado também para outra, como preleciona Maria Berenice Dias:

A sociedade que se proclama defensora da igualdade é a mesma que ainda mantém uma posição discriminatória nas questões da homossexualidade. Nítida é a rejeição social à livre orientação sexual. A homossexualidade sempre existiu, mas é marcada pelo estigma social, sendo renegada à marginalidade por se afastar dos padrões de comportamento convencional.(DIAS, n.d., p.2)

Com base no que fora descrito acima, Silvia Ozelame sustenta que:

a homoafetividade, protegida pelo manto do princípio da igualdade, não pode receber tratamento diferenciado daqueles, destinados aos heteroafetivos, fundamentado unicamente na orientação sexual. Da mesma forma, a questão não pode ser vista por outro prisma, senão o isonômico, quando pares homoafetivos que desejam o exercício da parentalidade, atendido o melhor interesse da criança ou adolescente, buscam o estabelecimento de vínculos paterno-materno-filiais na maternidade/paternidade quem no caso, se concretiza por meio da adoção ou reprodução humana assistida. (OZELAME, 2011, p. 121).

Não obstante, ainda em sua obra acerca da homoparentalidade, Ozelame aduz que:

Diante do princípio da igualdade, “caso seja vedado o direito de adoção ao homossexual em razão, tão somente, da sua opção sexual, se estará diante de um conflito entre princípios constitucionais”, haja vista que o Texto Maior assegura o direito à igualdade sem distinção de sexo e de orientação sexual. (OZELAME, 2011, p. 125).

Destarte, imperioso ressaltar que, mesmo diante da ausência expressa de um critério que vise a proibir a discriminação diante da orientação sexual, é possível vislumbrar e asseverar que o caráter proibitivo do quesito supramencionado encontra guarida no artigo 3º da Carta Magna, outrora mencionado, principalmente no que tange ao inciso IV, também mencionado.

2.3. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O terceiro princípio a ser abordado, o da afetividade, é um dos que mais impulsiona, motiva, influencia consideravelmente e justifica as decisões judiciais no âmbito das famílias. A concepção familiar sofreu alterações significativas, de grande relevância e proporções. O princípio da afetividade deve ser encarado como um “elemento” capaz de conduzir as relações familiares.

Hoje, a chamada entidade familiar, que pode ser compreendida como um conjunto de indivíduos que anseiam em manter uma convivência independentemente do vínculo consanguíneo apresenta filiação baseada no denominado vínculo socioafetivo. O princípio da afetividade é complexo e está intrínseco em diversos ramos do Direito, porém faz morada incontestável no Direito de Família (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2016).

A autora Maria Berenice Dias, destaca:

A afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico. O termo *affectio societatis*, muito utilizado no direito empresarial, também pode ser utilizado no direito das famílias, como forma de expor a ideia de afeição entre duas pessoas para formar uma nova sociedade: a família. O afeto não é somente um laço que envolve integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família. (DIAS, 2017, p.83).

Destaca ainda:

O direito ao afeto esta muito ligado ao direito fundamental à felicidade. Também há necessidade de o Estado atuar de modo a ajudar as pessoas a realizarem seus projetos de realização de preferências ou desejos legítimos. (DIAS, 2017, p.83).

É sabido que o principio da afetividade não possui previsão expressa em nosso ordenamento jurídico brasileiro, porém é notório a sua presença, mesmo de que maneira implícita, na Constituição da República Federativa do Brasil e até mesmo no Código Civil/02. Imperioso salientar que o mencionado princípio tem como principal objetivo trazer estabilidade e proteção às relações, no Direito de Família, pode-se dizer, estabilidade e proteção às relações familiares. Neste entendimento, prescreve Dimas de Carvalho:

O princípio da afetividade, portanto, apesar de não expresso, também se encontra implícito na legislação infraconstitucional, como norma generalíssima a orientar o direito de família. (MESSIAS DE CARVALHO, 2017, p.93).

Sob este prisma, Flavio Tartuce, em sua obra Manual de Direito Civil, sustenta que:

O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão *afeto* no Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade. (TARTUCE, 2017, p. 786).

2.4. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO INFANTE

Outro princípio em destaque é o princípio do melhor interesse do infante. De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 227, *in verbis*:

Art. 227 – 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 a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Imperioso ressaltar que, o artigo supramencionado põe o princípio do melhor interesse do infante como prioridade absoluta da criança ou adolescente. Nota-se que a proteção a criança e adolescente deve ser observada não só como uma obrigação da família ou Estado, trata-se de um dever social.

Nesta mesma senda, os artigos 3º, 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente determinam:

“Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”.

“Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária”.

“Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”.

É notório então, que tanto a família, sociedade e o Estado, são garantidores universais do bem estar social das crianças e adolescentes, devendo propiciar relações equilibradas e ambientes adequados para o seu desenvolvimento.

Segundo preceitua Dimas de Carvalho:

Considerando-se a proteção dos direitos fundamentais na unidade de cada membro da família, merece atenção e prioridade as pessoas em formação, que necessitam de cuidados especiais para sua criação, orientação, educação e plena assistência familiar e comunitária, ou seja, possuem direito ao dever de cuidado. (MESSIAS DE CARVALHO, 2017, p. 101).

O princípio do “melhor interesse do infante”, não possui um conceito taxativo doutrinariamente falando, ou seja, não possui uma definição certa. Porém, é possível asseverar que a sua existência possui propósito orientador, no que tange ao menor. O princípio supramencionado assegura ao infante (criança/adolescente), o direito à proteção prevista pela Constituição, e principalmente aos cuidados que são meios de garantir as crianças/adolescentes um desenvolvimento sadio e uma estrutura sólida.

No âmbito do direito de família, as crianças e os adolescentes são determinantes em quaisquer decisões. Estas serão impreterivelmente balizadas com base no bem-estar do menor. Em se tratando do quesito adoção, é inegável às crianças e adolescentes o direito ao lar, ao afeto, à família, dentre outras garantias, tendo em vista que esses indivíduos dificilmente encontrarão nas ruas os direitos mencionados.

2.5. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

Destarte, imperioso ressaltar que o *princípio da função social da família*, vislumbrado no art. 226, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil, é de grande importância no que tange a adoção propriamente dita, uma vez que a família deve ser considerada a base da sociedade, tendo a proteção do estado de forma especial, restando demonstrado então que as relações familiares, independente da sua “formação”, devem ser analisadas e observadas dentro do contexto social.

Vale salientar que, Maria Berenice Dias, aponta, em sua obra, o princípio do “pluralismo das entidades familiares”, princípio este que se adequa perfeitamente a constituição da família homoafetiva, de acordo com a autora:

A partir do momento em que as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecidas como a única base da sociedade, aumentou o espectro da família. O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares.(DIAS, 2017, p.80).

Portanto, nota-se que os princípios são utilizados corriqueiramente em inúmeras circunstâncias, e sobretudo quando versam sobre direitos fundamentais, sociais, direitos de minorias, direitos de família, que por falha ou não do legislativo ainda não foram devidamente regulamentadas, suprindo, por derradeiro, as lacunas das leis.

3. HOMOAFETIVIDADE

Preliminarmente, imperioso destacar que, a liberdade ou orientação sexual devem ser compreendidas como uma questão de direito fundamental, basicamente por fazer parte ou ser intrínseco a todo e qualquer indivíduo. Cabe ressaltar que, os direitos e deveres sexuais se enquadram no rol de direitos humanos, principalmente no que tange aos direitos correlacionados à liberdade, à dignidade da pessoa humana, direitos esses tratados como princípios constitucionalmente amparados.

A homoafetividade ou homossexualidade, por ser uma “orientação sexual” contrária às imposições sociais conservadoras e tradicionais, no que se refere aos relacionamentos compreendidos por “normais/naturais”, foi, por muitos anos rotulada como doença, transtorno mental. Esse entendimento encaminhou a sociedade a encarar tais relações sob a ótica do preconceito/discriminação, sendo aqueles indivíduos (homoafetivos), julgados como impossibilitados de participar e obter direitos sociais constitucionalmente amparados e inerentes a todo e qualquer cidadão, como por exemplo, o direito legal de adotar e constituir família, tema objeto do presente estudo.

Com base nisso, Enézio de Deus afirma que:

Os avanços nas áreas da Medicina, da Psicologia e da Psicanálise, conduziram à retirada do termo *homossexualismo* da lista dos distúrbios mentais e emocionais em 1973, da Associação Americana de Psiquiatria (APA). Dois anos depois, a Associação de Psicologia Americana (segundo informações do Grupo Gay da Bahia 2000) elaborou resolução aprovando essa decisão. Com a desclassificação como doença mental, a Associação Brasileira de Psiquiatria aprovou, em 1984, uma resolução, afirmando que a homossexualidade não implica prejuízo nas aptidões sociais ou vocacionais, nem no raciocínio, estabilidade e confiabilidade. Em 1985, o Conselho Federal de Medicina deixou de considerá-la um desvio sexual. Neste mesmo ano, quando o Código Internacional de Doenças – CID – foi revisado, o homossexualismo “puro e simples” foi inserido no capítulo “Dos sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais e, em 1995, definitivamente, na décima revisão do CID-10, deixou de ser considerado doença, substituindo-se o sufixo “ismo”, por “dade”. (SILVA JÚNIOR, 2011, p.79).

Neste prisma, a autora Maria Berenice Dias, em sua obra/artigo Direito Fundamental à Homoafetividade, descreveu:

A sexualidade integra a própria condição humana. É um direito humano fundamental que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode se realizar como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade de livre orientação sexual. A sexualidade integra a própria natureza humana e abrange a dignidade humana. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício de sexualidade. (DIAS, 2010).

Imprescindível salientar que, assim como as uniões heteroafetivas apresentam sua origem além dos primórdios – porque não dizer até mesmo antes de Cristo, as relações entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivas), semelhantemente, sempre existiram.

As sociedades costumam defender a observância de padrões éticos e morais que devem ser seguidos pelos indivíduos que nelas convivem. Quaisquer ações ou segmentos que não estejam dentro destes padrões estabelecidos são julgados como desvios, e sofrem preconceito e discriminação por parte daqueles que os julgam. Assim é com os homossexuais, que tem a sua dignidade violada por atos de preconceito, como destaca Dias:

Qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo configura claro desrespeito à dignidade humana, a infringir o princípio maior imposto pela Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições e direitos, o que fortalece estigmas sociais que acabam por causar sentimento de rejeição e sofrimento. (DIAS, 2007, p. 7).

Há muito se discute sobre a homossexualidade. Sigmund Freud, médico neurologista e criador da Psicanálise, foi uma das grandes personalidades que contribuíram para a “explicação” da homossexualidade. O mencionado psicanalista se dispôs a responder a carta da mãe de um homossexual no ano de 1935 da seguinte forma:

A homossexualidade não é, evidentemente, uma vantagem, mas não há nela nada do qual se possa ter vergonha. Não é nem vício, nem aviltamento, nem se pode qualificá-la como doença. Nós a consideramos uma variação da função sexual, provocada por uma parada no

desenvolvimento sexual. Entendi, pela sua carta, que seu filho é homossexual. Estou muito impressionado pelo fato de a senhora não mencionar este termo nas informações sobre ele. Muitos indivíduos profundamente respeitáveis, nos tempos antigos e modernos, foram homossexuais e, dentre eles, encontramos grandes nomes (Platão, Michelangelo, Leonardo da Vinci, etc.). É uma grande injustiça perseguir a homossexualidade como um crime, além de ser uma crueldade. (FREUD *apud* SILVA JÚNIOR, 2011, p.77).

Os homoafetivos, por fugirem “dos padrões” estabelecidos pela sociedade, sempre sofreram preconceitos e perseguições sociais e religiosas. Porém, vislumbrando as mudanças contemporâneas, é possível verificar uma maior aceitação e respeito relativos às orientações sexuais.

A rejeição/preconceito/repúdio social no que tange as relações homoafetivas, ou as orientações sexuais propriamente ditas, corroboram com a dificuldade em reconhecer direitos – constitucionalmente amparados, que remetem diretamente a homoafetividade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta em seu arcabouço os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, considerados pilares do ordenamento jurídico. Tendo em vista esses dois princípios, é possível determinar que a livre orientação sexual, tido como direito personalíssimo, deve ser respeitado como um direito fundamental.

Como forma de pôr em prática o respeito outrora mencionado, o Governo brasileiro tem tentado coibir práticas discriminatórias e preconceituosas, através de ações afirmativas, como, por exemplo, a criação de programas que propõem a erradicação dessas ações delituosas. É o caso do *Programa Brasil sem Homofobia*, desenvolvido em 2004, durante a gestão do então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o mencionado programa tem como justificativa, “promover a cidadania de gays, lésbicas, travestis, transgêneros e bissexuais, a partir da equiparação de direitos e do combate a violência e à discriminação homofóbicas, respeitando a especificidade de cada um desses grupos populacionais.” (Ministério da Saúde, 2014, p.11).

As escolhas, ou orientações sexuais, não devem ser estigmatizadas ou motivos de discriminações desmedidas. Assim assevera Maria Berenice Dias:

A orientação sexual está condicionada à identificação do sexo da pessoa escolhida em relação a quem escolhe, e tal escolha não pode ser alvo de tratamento diferenciado. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, aí está incluída, por óbvio, a orientação sexual que se tenha. A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação de discriminação à homossexualidade. (DIAS, n.d., p.4)

Apesar da ausência de legislação que criminalize o preconceito homossexual, denominado de homofobia, a Carta Magna assegura que “todos são iguais perante a lei”. Assim, qualquer forma de retaliação ou discriminação decorrente da orientação sexual poderá ser configurada como afronta aos princípios do nosso ordenamento pátrio, especialmente a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

4. UNIÃO ESTÁVEL

Primeiramente, imperioso destacar o que ensina a autora Maria Berenice Dias:

Apesar da rejeição social e do repúdio do legislador, vínculos afetivos fora do casamento sempre existiram. O Código Civil de 1916, com o propósito de proteger família constituída pelos sagrados laços do matrimônio, omitiu-se em regular as relações extramatrimoniais. E foi mais. Restou por punilas. Tantas reprovações, contudo, não lograram coibir o surgimento das relações afetivas extramatrimoniais. [...] As uniões surgidas sem o selo do casamento eram identificadas com o nome de concubinato. (DIAS, 2016, p. 407):

E ainda:

Com o passar do tempo as uniões extramatrimoniais acabaram por merecer a aceitação da sociedade, levando a Constituição e dar nova dimensão à concepção de família ao introduzir um termo generalizante: entidade familiar. Alargou-se o conceito de família. Relacionamentos além dos constituídos pelo casamento passaram a merecer a especial proteção do Estado. Foi emprestada a juridicidade aos enlaces extramatrimoniais até então marginalizados pela lei. Assim o concubinato foi colocado sob regime de absoluta legalidade. As uniões de fato entre um homem e uma mulher foram reconhecidas como entidade familiar, com o nome de união estável. Também foram assim reconhecidos os vínculos monoparentais, formados por um dos pais com seus filhos. (DIAS, 2016, p. 407).

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, despindo-se de todo e qualquer preconceito havido entre as relações, em seu artigo 226, § 3º, a possibilidade de União Estável entre homem e mulher, senão vejamos:

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

[...]

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

No que tange a conceituação da união estável, Stolze e Pamplona filho asseveram que:

a união estável como uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família.(PAMPLONA, STOLZE, 2016, p. 422).

Assim sendo, com base na conceituação proposta pelos renomados autores supramencionados, imperioso se faz ressaltar que para o reconhecimento da união

estável, deve se fazer presente alguns requisitos também citados pelos autores, como: publicidade, continuidade, estabilidade e principalmente, o objetivo de constituição de família.

Segundo preceitua a autora Maria Berenice Dias:

O Código Civil não traz o conceito de família e indica os requisitos para o reconhecimento da união estável [...] A união estável nasce da convivência, simples fato jurídico que evolui para a constituição de ato jurídico, em face dos direitos que brotam dessa relação. (DIAS, 2016, p. 412).

Ressalta-se que, conforme outrora descrito, historicamente, a instituição da União Estável, hoje assim reconhecida, era anteriormente denominada de Concubinato, que pode ser compreendido como estado de **homem e da mulher**, que vivem como casados.

As relações que eram havidas fora dos paradigmas previstos pelos ideais cristãos, notadamente no que se refere ao matrimônio, relações consolidadas, abençoadas pela igreja e reconhecidas pelo Estado, eram vislumbradas e tratadas, de um modo geral, de maneira diferenciada ou sob os holofotes do preconceito enraizado.

De acordo com Stolze e Pamplona Filho:

Até o início do século XX, qualquer tentativa de constituição de família fora dos cânones do matrimônio era destinatária da mais profunda repulsa social.

A união livre simplesmente não era considerada como família e a sua concepção era de uma relação ilícita, comumente associada ao adultério e que deveria ser rejeitada e proibida. (PAMPLONA, STOLZE, 2016, p.409).

E ainda:

[...] foi somente após a promulgação da nossa Constituição de 1988 que outrora denominado concubinato, agora reconhecido como união estável – expressão com carga menos pejorativa -, recebeu o justo tratamento jurídico e a proteção do Direito de Família. (PAMPLONA, STOLZE, 2016, p. 409).

Sobre este prisma, Paulo Nader afirma que:

O Código Civil de 1916 foi concebido e elaborado em uma quadra histórica dominada pelo sentimento religioso, que situava o matrimônio como sacramento. Para a moral social, família era sinônimo de casamento. Para moral social, família era sinônimo de casamento. Natural que o Código, refletindo o pensamento predominante, centralizasse os institutos de Direito de Família na figura do casamento. Este, para o Código era a espinha dorsal e constituía verdadeiro dogma. Dentro desta perspectiva, as construções jurídicas visavam a fortalecer o instituto do casamento, não contemplando as uniões extramatrimoniais. Estas eram absolutamente marginalizadas. Admiti-las seria relativizar a importância do casamento, dando aberturas para a sedimentação de fórmulas alternativas de vida em comum. O plano inferior a que ficavam relegados aos filhos adulterinos era um desdobramento da discriminação. (NADER, 2016, p. 777).

O código civil de 2002, ao trazer em seu arcabouço o instituto da união estável, previu no artigo 1.723, a dualidade de sexos, e os requisitos outrora mencionados, *in verbis*:

“Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

De acordo com Maria Berenice dias:

A referência constitucional a “um homem e uma mulher” na definição da união estável (CF 226 §3º), durante muito tempo serviu de justificativa para negar às uniões de pessoas do mesmo sexo status de entidade familiar merecedora da tutela do Estado. Foi necessário que o Supremo Tribunal Federal, proclamasse a existência dos mesmos e iguais direitos e deveres às uniões homoafetivas. (DIAS, 2016, p. 410).

Ressalta-se que, o processo de reconhecimento da união estável foi de um avanço considerável no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que equiparou as uniões outrora desprovidas de registro formal aquelas oriundas do casamento como forma primordial de proteção ao instituto da família.

Outrossim, sustenta-se que, com base na característica não discriminatória defendida pela Constituição Federal, nas lutas das minorias, e na quebra de preconceitos vista atualmente, mesmo tendo ciência da ausência de regulamentação de casamento ou união estável entre pessoas do mesmo sexo, a jurisprudência Brasileira, depois de longas batalhas, admitiu a aplicação das regras da união

estável em favor das relações entre companheiros (as) do mesmo sexo, ou seja, relações ou uniões homoafetivas.

Portanto, revela-se que, a Constituição Federal de 1988, assegurou ampla proteção a família constituída, definindo outras possíveis espécies de entidade familiar, sendo assim, o casamento deixou de ser exclusividade, ou seja, deixou de ser a única maneira de se constituir família, tendo a união estável ocupado também um lugar de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente ao ser reconhecida pela Magna Carta, obtendo por consequência, a tutela absoluta do estado.

5. UNIÕES HOMOAFETIVAS

Primeiramente, imperioso ressaltar que as uniões havidas entre pessoas do mesmo sexo, por quebrarem tabus, configuram como um dos mais relevantes temas já debatidos na atualidade.

É sabido que, as uniões homoafetivas são compreendidas como a convivência entre duas pessoas do mesmo sexo, convivência pública, duradoura e contínua, e assim como uma relação havida entre pessoas de sexos distintos, com a pretensão de constituir um laço familiar.

Maria Berenice Dias, em sua obra “Manual de Direito das Famílias sustenta:

Historicamente a família é identificada como a relação entre um homem e uma mulher constituída pelos “sagrados” laços do matrimônio. É tão arraigada essa ideia, que a Constituição, ao assegurar a proteção especial à família e ao casamento, nada diz sobre a diversidade sexual do par. O Código Civil, quando trata do casamento, não exige que o casal seja formado por pessoas de sexo diferente. Assim, na ausência de vedação constitucional ou legal, não há impedimento ao casamento homoafetivo. (DIAS, 2017, p.459).

Destaca-se que o preconceito social acerca das relações estabelecidas por pessoas do mesmo sexo, principalmente no que tange a moral cristã, acaba provocando a dificuldade na quebra de “tabus”. Vale asseverar que, os operadores do direito, encontram a dificuldade supramencionada, notadamente no que se refere a necessidade de dar respostas a sociedade, neste prisma, Silvio Venosa destaca que:

Quando o jurista se volta para a problemática dos direitos relativos a conviventes do mesmo sexo deve, primeiramente, se despojar de preconceitos, impostos por uma moral cristã de muitos séculos. A tarefa nem sempre será fácil, em razão de profundas raízes históricas e sociais.

[...]

O jurista, o magistrado e o operador do Direito em geral devem dar resposta adequada à sociedade que os rodeia, resposta essa que seja aceita e absorvida por essa mesma sociedade no momento atual. Para isso, ponderam-se os valores vigentes e a transformação cada vez mais dinâmica deles em torno das famílias contemporâneas. Toda questão sociojurídica deve ser assim avaliada. (VENOSA, 2017).

É possível afirmar que, as relações homoafetivas revestem-se de um laço afetivo, não devendo a sociedade discriminar as relações mencionadas, uma vez que, além de ser um preconceito sem fundamento, é absolutamente vedado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo assim, conclui-se que, marginalizar esse tipo de relação demonstra uma afronta ou violação ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, e principalmente ao princípio de maior destaque no ordenamento jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo entendimento do autor Enézio de Deus:

A união duradoura, mutuamente correspondida e justificada pelo amor, entre dois seres humanos, independente das suas orientações afetivo-sexuais, configura teia familiar merecedora de respeito e de tutela jurídica – assim como já recebeu, pelo legislador pátrio, a convivência ente qualquer dos pais (seja homossexual, heterossexual ou bissexual) e a sua prole, natural ou adotiva. (SILVA JÚNIOR, 2011, p. 58).

E ainda:

o amor homossexual exige dos Estados, fundamentado na base maior da dignidade, da igualdade e dos direitos humanos, os mesmos efeitos jurídicos dos vínculos afetivos tidos convencionais, de vez que os preconceitos, com relação à homossexualidade (os de natureza religiosa, em especial), sempre se constituíram os principais entraves à regulamentação da união homoafetiva (em países formalmente democráticos, como o Brasil) e à justa interpretação e aplicação das leis através da jurisprudência. (SILVA JÚNIOR, 2011, p. 58).

As uniões advindas das pessoas do mesmo sexo, denominadas de uniões homoafetivas, não apresentam regulamentação própria, bem como não possuem previsão constitucional expressa, porém, devem ser respeitadas e consideradas, haja vista, principalmente, os princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Dessa forma, hoje, na vertente do Direito de Família, as uniões homoafetivas enquadram-se no *status* de entidades familiares.

No que tange à regulamentação das uniões homoafetivas, Pamplona Filho e Pablo Stolze afirmam que:

Não existe, portanto, no Brasil, ainda, lei em sentido estrito que expressamente regule a união homoafetiva, de maneira que sempre defendemos, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, a aplicação analógica das regras que disciplinam a união estável (arts. 1.723 a 1.727 do Código Civil).(PAMPLONA, STOLZE, 2016, p. 486).

Nesta prisma, Maria Berenice ressalta:

O legislador, com medo de desagradar seu eleitorado, prefere não aprovar leis que concedam direitos às minorias alvo da discriminação. Não há outra justificativa para as uniões homossexuais serem marginalizadas e excluídas do sistema jurídico. No entanto, a ausência de lei não significa inexistência de direito. (DIAS, 2017, p. 460).

As uniões homoafetivas sempre foram vítimas dos preconceitos de ordem moral, sofrendo até os dias de hoje um certo tipo de rejeição de parte da sociedade, do legislador e de entidades religiosas, que pregam a “obstrução” dos dogmas cristãos diante das relações de pessoas do mesmo sexo, o que, de certa forma, acarreta a omissão do Estado no que se refere à regulamentação das mencionadas uniões.

Sob o prisma da recepção das uniões homoafetivas nas sociedades como um todo, imperioso ressaltar que a homoafetividade é uma “modalidade” de relação que sempre fora objeto de questionamento entre as mais diversas entidades, notadamente por envolver a questões morais, e principalmente, a “tradicional”, uma vez que resta latente a idéia central de que a família deve ser pautada e constituída por homem e mulher.

É sabido que, no ordenamento jurídico brasileiro, a relação/convivência entre pares do mesmo sexo não possui qualquer tipo de regulamentação que vise, principalmente, proteger tais relações de ações discriminatórias. Vislumbra-se que a jurisprudência pátria tem tentado suprir esse vazio/ausência de regulamentação atribuindo efeitos às relações entre os homoafetivos como uma legítima entidade familiar, como é reconhecida a união estável pela Constituição da República Federativa de 1988.

Neste sentido, sustenta o Autor Enézio de Deus:

O amor, destarte, que não comporta barreiras e nem se curva ante o preconceito, é o responsável por todos os sentidos, aptidões emocionais e

desejos comuns aos indivíduos (independente da atração sexual que os movimenta), a exemplo do preparo para a maternidade, para a paternidade, bem como do desenvolvimento da estabilidade e do compromisso afetivo mútuo, que formam uma base familiar. Ousando, hoje dizer o seu nome – ao contrario do que percebera Oscar Wilde na sua época vitoriana –, o amor homossexual exige dos Estados, fundamentado na base maior da dignidade, da igualdade e dos direitos humanos, os mesmos efeitos jurídicos dos vínculos afetivos tidos convencionais, de vez que os preconceitos com relação a homossexualidade (os de natureza religiosa, em especial), sempre constituíram os principais entraves à regulamentação da união homoafetiva (em países formalmente democráticos, como o Brasil) e à justa interpretação e aplicação das leis através da jurisprudência. (SILVA JÚNIOR, 2011, p. 89).

Destarte, nesta senda, Silvia Ozelame assevera que:

a evolução do tratamento dado a homoafetividade, ainda traz doses de preconceito, fato que não foi abolido, mesmo com o deslocamento da terminologia patológica dada pela medicina. Convém observar que os reflexos desses preconceitos são oriundos da interpretação dada pelo comportamento social e que terá significativa influência na resolubilidade das pretensões jurídicas aforadas por pares homoafetivos. (OZELAME, 2011, p. 59).

Outrossim, no que corresponde a “rejeição de parte da sociedade”, outrora mencionado, na obra “Novo Curso de Direito Civil”, Pamplona Filho e Gagliano são objetivos ao asseverarem que:

Uma disciplina legal explícita da união estável e do casamento homoafetivo, **pondo uma pá de cal na resistência social, ainda existente**, seria a melhor forma de o Congresso Nacional brasileiro mostrar que também se encontra afinado com a sintonia constitucional reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. (PAMPLONA, STOLZE, 2016, p. 492).

Todo esse conservadorismo, por muitas vezes, também do próprio Judiciário, acabava por dificultar o reconhecimento dessas relações. Porém, é sabido que o Estado não pode se eximir de prestar tutela jurisdicional. Este, aliás, é garantidor dos direitos de todo e qualquer indivíduo. Nesta senda, sob a ótica de Maria Berenice Dias:

Não se pode falar em homossexualidade sem pensar em afeto. Enquanto a lei não acompanha a evolução social, a mudança de mentalidade, ninguém tem o direito de fechar os olhos assumindo postura preconceituosa ou discriminatória, para não enxergar essa nova realidade. Os aplicadores do Direito não podem ser fortes de grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões morais e religiosas. (DIAS, n.d., p.6).

No que concerne à instituição “família homoafetiva” e sua proteção, o autor Dimas de Carvalho, em sua obra Direito das famílias, sustentou que:

A família homoafetiva é aquela constituída de pessoas do mesmo sexo, com fundamento na afetividade de seus membros e merecedoras da proteção legal, possuindo os mesmos direitos e deveres da união estável heteroafetiva, pois, ainda que não prevista na Constituição Federal, não pode ser excluída do *status* de família e ser merecedora de proteção do Estado. (MESSIAS DE CARVALHO, 2017, p.54).

Ainda ao que tange sobre o reconhecimento e proteção da família homoafetiva, Silvia Ozelame salienta que:

o reconhecimento da função social da família espraia-se para uniões homoafetivas, haja vista que, ao derivar dos princípios fundamentais da República, mormente o da dignidade da pessoa humana, tem-se que alguns direitos listados entre os arts. 226 ao 230 da Constituição Federal de 1988 são elevados à categoria de direitos fundamentais “principalmente quando envolvem [...] situações existenciais que exigem a consonância com o princípio da igualdade, em última instância”. Então estar-se-ia afrontando a Constituição se uniões, caracterizadas pela informalidade, afetividade, estabilidade, ostensibilidade, objetivando constituir família, promovendo a dignidade humana, não recebessem o tratamento isonômico e fossem tratadas de forma diferenciada em razão da orientação sexual dos integrantes. (OZELAME, 2011, p. 63-64).

Silvia Ozelame ressalta ainda que:

a Declaração Universal dos Direitos do Homem assegura às pessoas humanas o direito de fundar uma família. Em seu art. XVI, 3, está exposto que a família é o núcleo natural e fundamental da Sociedade que, juntamente com o Estado, garante sua proteção. O direito de fundá-la é princípio reconhecido universalmente, que alcança não só as entidades familiares previstas constitucionalmente, mas também todas as famílias socialmente constituídas (OZELAME, 2011, p.69).

Indo ao encontro das mudanças sociais e do certo grau de aceitação social, em recente julgamento conjunto da ADI n° 4277 (BRASIL, 2011) e da ADPF n° 132 (BRASIL, 2011), o Supremo Tribunal Federal, levando em consideração a proibição do preconceito e discriminação, reconheceu a união homoafetiva como instituto jurídico, *in verbis*:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE

OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. 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 emanção 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 ESTABELECEM 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-equivalência 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 - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341).

Salienta-se que, o Ministro Ayres Britto, relator das ações supramencionadas, usou como fundamento básico o **artigo 3º, inciso IV, da CRFB**, que possui como texto base a vedação/proibição a todo e qualquer tipo de discriminação/preconceito, segue um trecho da ADPF que aponta o referido artigo:

[...] 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 emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade.

Destaca-se que, a decisão supramencionada foi de grande importância no Direito Brasileiro, uma vez que trouxe um avanço considerável ao nosso ordenamento, notadamente por fazer reconhecido o direito do pares homoafetivos em constituir família.

Na mesma senda, vale ressaltar a existência de Recurso Especial, nº 1.183.378 provido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) com base no julgado do STF acima mencionado, que reconhece a inexistência de óbice legal que impeça a habilitação de pessoas do mesmo sexo para o casamento, *in verbis*:

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 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 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 autoafirmação 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 Constituição 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 compromissado 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. (STJ. Relator/ Ministro Luis Felipe Salomão. Recurso Especial nº1.183.378. – RS (2010/0036663-8)).

Tendo em vista o caráter não vinculativo do supracitado Recurso Especial advindo do Superior Tribunal de Justiça; o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ/BA), em atitude louvável, em sede de Provimento de nº 12/2012, declarou o regramento a respeito da possibilidade de habilitação casamento por casais do mesmo sexo (BAHIA, 2012).

Ademais, o Conselho Nacional de Justiça, em 2013, através da Resolução de nº 175, também reconheceu a possibilidade de conversão da união estável entre pessoas do mesmo sexo, em casamento civil, assim preceitua a ementa da referida resolução: “Dispões sobre habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo.” (CNJ, 2013).

Salienta-se que, com o reconhecimento das uniões homoafetivas, pela doutrina, e principalmente, pela jurisprudência brasileira (majoritária), estas relações passaram a possuir e produzir efeitos jurídicos no que tange as obrigações e também as sucessões.

Diante do supracitado reconhecimento das uniões homoafetivas e consequente quebra de paradigmas por parte do Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), fica então descabido a distinção entre as relações acima mencionadas e as relações entre heterossexuais, fazendo jus a regulamentação legislativa.

Por derradeiro, importa destacar que, o termo “união homoafetiva” fora criado pela Ilustríssima Desembargadora Dr^a Maria Berenice Dias, com o objetivo primordial de diminuir a acepção pejorativa que se dava aos relacionamentos havidos entre pessoas do mesmo sexo, e tornou-se por derradeiro, o termo ou expressão utilizada para lidar sobre o direito relacionado a união dos casais supramencionados.

5.1. EFEITOS DECORRENTES DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Como é sabido, em nosso ordenamento, as relações jurídicas existentes resultam em efeitos também jurídicos, no que se refere ao Direito de Família propriamente dito, os efeitos podem ser basicamente pessoais ou patrimoniais.

A união homoafetiva, mesmo não possuindo regulamentação legal, é reconhecida jurisprudencialmente e até mesmo doutrinariamente, podendo ser reconhecida (analogicamente) como um núcleo familiar, núcleo este que merece amparo jurídico, portanto, por se tratar de relação jurídica, esta produz efeitos incontestáveis.

Na seara dos efeitos pessoais, segundo afirmam Pamplona Filho e Gagliano, os indivíduos inseridos no núcleo familiar das uniões homoafetivas, assim como em qualquer outro tipo de relação familiar, devem observar direitos e seguir os deveres recíprocos.

Sendo assim, ainda citando os autores supramencionados, na obra “Novo Curso de Direito Civil”, são descritos alguns deveres básicos decorrentes da união homoafetiva, conforme citado abaixo:

Em síntese, podem ser sistematizados 4 (quatro) deveres básicos, que consideramos também perfeitamente exigíveis na união homoafetiva, a saber: a) dever de lealdade; b) dever de respeito; c) dever de assistência; d) dever de guarda, sustento e educação dos filhos. (PAMPLONA, STOLZE, 2016, p. 496).

A respeito dos efeitos patrimoniais advindos da união homoafetiva, é possível ser aplicado a esse tipo de relação os direitos e deveres patrimoniais referentes as uniões estáveis, como por exemplo: fixação de alimentos, consoante sustentam Pamplona Filho e Gagliano:

Vale dizer, a inserção deste núcleo da seara do Direito de Família, acarreta naturais consequências, como a fixação de alimentos ao companheiro necessitado, a observância de um regime de bens, e ainda o direito a herança.(PAMPLONA, STOLZE, 2016, p. 498).

Desta forma, conforme descrito acima, é possível asseverar que mesmo diante da ausência de legislação que regule a situação das relações advindas das uniões homoafetivas, deve ser utilizado analogicamente os deveres e direitos inerentes as uniões estáveis, já regulamentadas no ordenamento jurídico brasileiro, com fito de dar credibilidade as relações outrora mencionadas.

5.2. UNIÃO HOMOAFETIVA X UNIÃO ESTÁVEL

Primeiramente, imperioso ressaltar a decisão do Supremo em ver reconhecida a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, quebrando tabus e vencendo preconceitos outrora enraizados.

Destaca-se que, anteriormente ao reconhecimento da união estável aos homoafetivos, pelo Supremo, o Estado Democrático de Direito em que vivemos, o mesmo Estado que defende e busca resguardar o direito à igualdade, dignidade, liberdade, promoveu a exclusão quando da dificuldade em não reconhecer as relações homoafetivas (união estável/casamento), por preconceito ou conservadorismo e, infelizmente, promove a manutenção da referida exclusão quando dificultam que seja regulamentado o exercício de um direito constitucionalmente aparado (mesmo que não expressamente), o direito de adoção por pares do mesmo sexo.

Outrossim, como sabido, e reiterado anteriormente, a união homoafetiva não é regulamentada pelo sistema jurídico brasileiro (apesar de ter sido reconhecida a possibilidade de união estável e conversão em casamento). Sustenta-se que na ausência de regulamentação, segundo a doutrina brasileira, existem duas correntes que debatem o enquadramento e possibilidade da união homoafetiva como união estável, acerca disso Flávio Tartuce demonstra que:

1ª Corrente – sustenta que a união entre pessoas do mesmo sexo não constitui entidade familiar, mas mera sociedade de fato. Isso porque, para a união estável a Constituição Federal exige diversidade de sexos. Sendo assim, não há direito a alimentos, direitos sucessórios ou direito à meação patrimonial com base nas regras de regime de bens. A questão patrimonial é resolvida com base na Súmula 380 do STF, havendo direito a uma participação quanto aos bens adquiridos pelo esforço comum. Essa corrente prevaleceu por tempos na doutrina e na jurisprudência, sendo certo que a

maioria dos julgados encontrados, por óbvio, ainda segue essa forma de enquadramento, pelo fato de serem ampla maioria no passado.

[...]

2ª Corrente – Afirma expressamente que a união homoafetiva é entidade familiar que deve ser equiparada à união estável. Desse modo, há direito a alimentos, direitos sucessórios e direito à meação, aplicando-se, por analogia as mesmas regras da união estável. (TARTUCE, 2017, p.874).

Com base na evolução histórica de aceitação das relações de pessoas do mesmo sexo, e seu reconhecimento, imperioso se faz ressaltar que todas as possibilidades pertencentes as relações entre companheiros de sexo diferentes, prevista na 2ª corrente, devem ser equiparadas as relações homoafetivas, sem qualquer tipo de ressalva.

Outrossim, ressalta-se que compete a Vara de Família apreciar toda e qualquer matéria relativa as uniões homoafetivas, notadamente ao que diz respeito as questões patrimoniais e pessoais.

Por derradeiro, a título de exemplo, seguem alguns precedentes acerca do reconhecimento da união estável por pares do mesmo sexo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO HOMOAFETIVA, CUMULADA COM PEDIDO DE CONVERSÃO EM CASAMENTO. PROCEDÊNCIA. ADOÇÃO DE SOBRENOME E ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. PRETENSÕES A SEREM MANIFESTADAS PERANTE O OFICIAL DO REGISTRO COMPETENTE. DESNECESSIDADE DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL. 1. Por ocasião da formalização do pedido de conversão da união estável em casamento ao oficial do registro competente, já autorizado, deverão as requerentes manifestar o interesse na adoção do sobrenome uma da outra. Art. 157 da Consolidação Normativa Notarial e Registral. 2. Pretendendo as requerentes adotar para o matrimônio o regime da comunhão universal de bens, basta que estabeleçam como lhes aprover, observada a forma exigida em lei, o regime de bens, ainda que alterando um anterior, para o que não necessitam de autorização do Poder Judiciário, regime este que regulará o matrimônio, por conta da conversão a ser efetivada. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70057974750, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 20/03/2014)

(TJ-RS - AC: 70057974750 RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Data de Julgamento: 20/03/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/03/2014)

APELAÇÕES CÍVEIS. REGISTROS PÚBLICOS. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA EM CASAMENTO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA ISONOMIA E DA NÃO

DISCRIMINAÇÃO. DECISÃO DO E. STF EM JULGAMENTO CONJUNTO DA ADI Nº 4277 E DA ADPF Nº 132 QUE ATRIBUIU EFICÁCIA ERGA OMNES E EFEITO VINCULANTE À INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DADA AO ART. 1.723 DO CC. RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. FACILITAÇÃO DA CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO. RÉCENTE ORIENTAÇÃO DO E. STF E DESTE E. TJRJ. SENTENÇA REFORMADA. RECURSOS PROVIDOS.

(TJ-RJ - APL: 00066978120138190000 RJ 0006697-81.2013.8.19.0000, Relator: DES. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS, Data de Julgamento: 09/07/2013, DÉCIMA QUINTA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 04/09/2013 14:48)

- RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. 1. Provada a existência da união estável homoafetiva, evidenciada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, o reconhecimento do relacionamento afetivo é medida que se impõe. 2. Recurso conhecido e improvido. Unanimidade.

(TJ-MA - APL: 0422332013 MA 0016529-24.2012.8.10.0001, Relator: PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA, Data de Julgamento: 05/08/2014, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 14/08/2014)

6. ADOÇÃO

Primeiramente, é prudente asseverar que o instituto da adoção, desde sempre, configurou um imenso desafio para a sociedade. O desafio supramencionado diz respeito basicamente as alterações promovidas em um dos institutos mais tradicionais do ordenamento jurídico, qual seja: a família.

A filiação está além do elo consanguíneo, das relações biológicas e naturais. Ela abarca também a possibilidade de filiação por adoção, modalidade esta que é resultante unicamente do afeto e de uma determinação judicial. Esse tipo de filiação encontra-se amparo na Carta Magna de 1988, no Código Civil de 2002, na Lei n° 8.069/90 – denominada de Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – e na Lei Nacional da Adoção (Lei n° 12.010/09).

A adoção proporciona as crianças e adolescentes uma possibilidade, antes remota, de construir um elo familiar, haja vista que, por intermédio do vínculo legal firmado, aqueles podem conquistar o sonho de um lar, e famílias podem ser formadas ou até mesmo expandir.

Sob essa perspectiva, o Autor Paulo Nader sustenta:

Nenhum instituto jurídico supera o conteúdo social e humanitário da adoção. Mais do que uma relação jurídica, constitui um elo de afetividade, que visa a substituir, por ato de vontade, o geneticamente formado pela natureza. Sob um ângulo moral, a adoção apresenta um componente especial, nem sempre presente na procriação: a paternidade desejada. Qualquer que seja a motivação íntima, a adoção deve ser um ato de amor, propósito de envolver o novo ente familiar com igual carinho e atenção dispensado ao filho consanguíneo. (NADER, 2016, p. 514).

Destarte, Silvio de Sávio Venosa em sua obra Direito Civil – 5, afirma que:

A filiação natural ou biológica repousa sobre o vínculo de sangue, genético ou biológico; adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva. A adoção contemporânea é, portanto, um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade ou filiação entre duas pessoas. O ato da adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico. (VENOSA, 2017, cap 13).

Neste prisma, a par do conceito da “adoção”, delimitado pelo autor Silvio Venosa, nota-se que a adoção não se trata necessariamente de um negócio jurídico, mas sim de um ato também jurídico em sentido estrito, com seus efeitos absolutamente delimitados pela lei, sendo assim, é claro que a adoção depende de uma decisão judicial para reproduzir os seus efeitos.

Destarte, por ultrapassar os limites do negócio jurídico ou ato jurídico, a adoção abarca uma perspectiva também humanista, o referido instituto impulsiona aquele que adota a criar responsabilidades não apenas afetivas, mas “responsabilidades de vida”, com aquele que é adotado, principalmente quando se tratam de crianças ou adolescentes em formação.

O autor Paulo Nader, no que tange a responsabilidade do adotante, descreve em sua obra “Curso de Direito Civil”:

Em suas determinações deve estar a consciência de que não possui a titularidade daquela vida, de que a adoção não lhe confere legitimidade para gerir a liberdade do filho, apenas a de estabelecer limites em prol de sua boa formação. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) destaca, nos artigos 15 a 18, o direito dos menores em geral à liberdade, ao respeito e à dignidade. (NADER, 2016, p. 514).

Desta forma, nota-se que a adoção é uma relação de “via de mão dupla”, proporcionando aquelas pessoas ali interligadas, direitos, deveres, responsabilidades e principalmente, afeto.

6.1. HISTÓRICO

Com base nas alterações advindas do Direito de Família, o instituto da adoção também passou por mudanças, adaptando-se às novas circunstâncias propostas socialmente.

A adoção sempre existiu. É considerada um dos institutos mais antigos do ordenamento jurídico brasileiro. Anteriormente ao Código Civil de 2002, a adoção era prevista em três modalidades, quais seriam: a simulada (criada pela

jurisprudência para tratar sobre pessoas que registravam filhos alheios como se seus fossem, com o consentimento da mãe); a civil (aqui, apesar de ser adotado, a criança ou adolescente permanecia vinculada a família biológica, passando apenas em sua integralidade para o adotante o poder familiar); estatutária (essa modalidade de adoção, que era prevista no ECA, especialmente para os menores de 18 anos, os adotados, diferentemente da adoção civil, eram completamente desvinculados da família biológica).

No Código Civil de 1916, a adoção era prevista nos artigos de n. 363 a 378, que apresentavam em seu arcabouço os procedimentos legais para sua efetivação. Haviam certas previsões que não permanecem na legislação vigente, como a necessidade de prazo mínimo (cinco anos) de casamento para adotar, e a diferença entre filhos advindos da adoção e os filhos biológicos, assim como os direitos sucessórios.

Acerca do instituto da adoção previsto no Código Civil de 16, Silvia Ozelame em sua obra “Homoparentalidade – Direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos”, asseverou que:

A finalidade da adoção era dar filhos a quem não os podia ter, situação que foi alterada posteriormente, mas ainda revela os contornos traçados pelo ordenamento privado, vale dizer, a exclusão da sucessão hereditária ou a garantia de somente a metade da herança ser cabível aos filhos legítimos. A adoção era admitida apenas aos maiores de trinta anos. O vínculo poderia ser dissolvido, havendo consenso entre as partes ou quando se admitia a deserdação, permitida a duas pessoas, apenas no caso de serem marido e mulher, o que trazia novamente o casamento para o centro do rancho familiar. (OZELAME, 2011, p. 33).

Ainda sob este prisma, Ozelame assevera que:

A adoção, surgiu, *prima facie*, como meio de paliar a esterilidade dos casais, mas tronou-se, no decorrer dos tempos, uma forma de realização do projeto parental de pessoas que não estariam afetadas por problemas de saúde. Mas nem sempre foi assim. No direito romano, em razão da necessidade de perpetuação do culto doméstico, buscava-se, na adoção, a sua solução, pois a religião obrigava o homem a casar e facultava, em caso de esterilidade, o divórcio, quando ocorria a substituição do marido por um parente. Se mesmo assim, o nascimento de um filho não se concretizava, cabia, então, como último recurso à família e à manutenção do culto a adoção de um filho. (OZELAME, 2011, p. 149).

Vale ressaltar que são impedidos de adotar os ascendentes, descendentes, irmãos do adotando, menores de 18 anos, os que não tenham discernimento ou não puderem exprimir sua vontade, ébrios, excepcionais considerados relativamente incapazes. Uma das vedações previstas no Código de 1916 permanece na legislação vigente, qual seja, a diferença de idade de no mínimo 16 anos entre o adotante e o adotado.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e posterior criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi possível vislumbrar a equiparação de direitos entre os filhos, ou seja, não existiam mais distinções entre os filhos naturais e o adotivos. Qualquer tipo de restrição havida entre eles era considerado proibido ou preconceito. Assim, prevê o artigo 227, § 6º da Carta Magna, *in verbis*:

Art 227 omissis:

[...]

§6. 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.

A criação do ECA fora de fundamental importância, pois regula o tratamento que deve ser dado às crianças e adolescentes, oferecendo proteção integral a estes, e o mínimo de dignidade, direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente. Nesse sentido, Gagliano e Pamplona Filho aduzem:

Outrora, o Código Civil brasileiro regulava a adoção juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Essa duplicidade normativa, então explicada pela existência de uma “adoção civil” e outra “estatutária”, não era de toda cômoda, pois gerava insegurança jurídica. Havia, pois, como dito, duas espécies de adoção, a regulada pelo Código Civil (para maiores de dezoito anos) e a do ECA (para crianças e adolescentes). Com o advento da Lei nº 12.010 de 2009, a matéria passou a ser regulada pela lei especial (ECA), que, inclusive, passaria a ter aplicação subsidiária na adoção de maiores. (PAMPLONA, STOLZE, 2016).

Destarte, ao assumir essa posição, torna-se ainda mais claro que o mencionado Estatuto assegura todas as garantias possíveis às crianças e adolescentes e, inclusive, aos maiores, por ter aplicação subsidiária, nos termos do art. 1.619 do Código Civil.

Com o advento da Lei Nacional de Adoção, houve mudanças que alteraram dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Atualmente, o referido Estatuto gere integralmente o sistema de adoção dos já citados dependentes e a adoção de maiores no que lhe couber, dependendo esta da assistência do Poder Público e conseqüente sentença judicial, consoante preleciona Carlos Roberto Gonçalves:

No sistema da Lei n. 12/010, de 3 de agosto de 2009, que dispõe sobre adoção e alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, o instituto da adoção compreende tanto a de crianças e adolescente como a de maiores, exigindo procedimento judicial em ambos os casos (ECA art.47; CC art 1.629, com a redação dada pela referida lei). Descabe, portanto, qualquer adjetivação, devendo ambas ser chamadas apenas de “adoção”. (GONÇALVES, 2012, p.312).

No que tange ao estado civil do adotante, não há que se falar em impedimento para proceder a adoção. Porém, quando a adoção é conjunta, a lei exige que esse casal esteja unido em matrimônio ou em união estável; o que acaba vislumbrando a admissão da possibilidade da adoção homoparental, haja vista o reconhecimento da relação homoafetiva como união estável, sendo esta possibilidade o objeto do presente artigo.

6.2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA ADOÇÃO

A adoção é um ato solene e trata-se de um instituto complexo, consoante afirma Gagliano e Pamplona Filho:

Podemos conceituar a adoção como um ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, excepcional, irrevogável e personalíssimo, que firma a relação paterno ou materno-filial com o adotando, em perceptiva constitucional isonômica em face da filiação biológica. (PAMPLONA, STOLZE, 2016, p. 676).

Nesta senda, ainda afirmam:

De nossa parte, entendemos que a adoção mais se aproximaria do conceito de ato jurídico em sentido estrito. Como se sabe, o ato jurídico em sentido estrito ou não negocial caracteriza-se por ser um comportamento humano cujos efeitos estão legalmente previstos. Vale dizer, não existe, aqui, liberdade na escolha das conseqüências jurídicas pretendidas. Ora, a partir

do momento em que a adoção passou a ser oficializada e disciplinada por meio de normas de natureza cogente e de ordem pública, concluímos que a subsunção do conceito de adoção à categoria de ato em sentido estrito seria mais adequada do que a do negócio jurídico. (PAMPLONA, STOLZE, 2016, p. 676).

Do mesmo modo, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 256) aduz que “Adoção é um ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”.

Neste diapasão, Paulo Nader afirma que:

A legislação pátria não define adoção, mas esta se infere do conjunto de disposições sobre matéria. Consiste no parentesco civil, entre pais e filhos, estabelecido mediante negócio jurídico bilateral, solene e complexo, formalizado perante a autoridade judiciária. Distinção não há, sob o aspecto jurídico, entre o filho adotivo e o biológico. Prevalece o princípio da igualdade entre os filhos de qualquer natureza, estabelecido pela Constituição Federal, independentemente da época em que se verificou a adoção. (NADER, 2016, p. 517).

No Código Civil de 1916, a adoção era considerada negócio solene e bilateral, uma vez que dependia da manifestação de vontade das partes interessadas (adotante e adotado) e de uma escritura. Assim, sua natureza jurídica era meramente contratual.

Hoje, há uma divergência doutrinária no que tange à definição da natureza jurídica da adoção, tendo em vista que, no ordenamento jurídico brasileiro a adoção depende de uma sentença judicial que promova eficiência ao negócio, consoante nos ensina Carlos Roberto Gonçalves:

A adoção não mais estampa o caráter contratualista de outrora, como ato praticado entre adotante e adotado, pois, em consonância com o preceito constitucional mencionado, o legislador ordinário ditará as regras segundo as quais o Poder Público dará assistência aos atos de adoção. Desse modo, como também sucede com o casamento, podem ser observados dois aspectos na adoção: o de sua formação, representado por um ato de vontade submetido aos requisitos peculiares, e o do *status* que gera, preponderantemente de natureza institucional. (GONÇALVES, 2014, p.257).

Sobre esse prisma, é sabido que no que tange acerca da natureza jurídica da adoção, tem-se que esta não possui definição concreta, sendo controvertida. (VENOSA, 2017).

Portanto, pode-se afirmar que o instituto da adoção, apesar de apresentarem divergências doutrinárias acerca da sua natureza jurídica, possui então natureza híbrida, haja vista a impossibilidade das partes regularizarem a adoção e seus efeitos, mesmo que essa decorra da manifestação de vontade.

6.3. EFEITOS DA ADOÇÃO

O referido instituto, como destacado alhures, encontra-se previsto na Lei 8.069/90. Um dos primeiros efeitos da adoção vem descrito já no primeiro parágrafo do primeiro artigo regulamentador, ao garantir o caráter irrevogável do presente instituto, ou seja, um dos efeitos da adoção é a irrevogabilidade do ato.

Acerca da irrevogabilidade da adoção, Silvio Venosa afirma que:

A adoção nos moldes ora estabelecidos é irrevogável. Uma vez estabelecida a adoção, a sentença de adoção somente pode ser rescindida de acordo com os princípios processuais. (VENOSA, 2017)

Outrossim, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 39, § 1º prevê:

“Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo disposto nesta Lei.
§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta lei”.

Uma das mudanças trazidas pela legislação vigente, repise-se, é a proibição de tratamento desigual entre os adotados e os filhos naturais, o que conduz à afirmação que qualquer tipo de preconceito ou discriminação é proibido. Sendo assim, o termo “filho adotivo” não deve ser mais considerado, pois são iguais os direitos e deveres para todos, inclusive no que se refere ao direito sucessório. Não deve haver, portanto, tratamento desigual.

Desta maneira, consoante ensina-nos o autor Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 271), “os principais efeitos da adoção podem ser de ordem pessoal e patrimonial. Os

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

Diante disso, o vínculo e efeitos advindos da adoção são efetivados a partir do trânsito em julgado da sentença judicial constitutiva (art. 47 §7º, ECA), inclusive no que tange ao nome do adotado e o prenome. Vale ressaltar que, tendo vista a equiparação de direitos entre filhos naturais e adotivos, é possível asseverar que a prestação de alimentos é devida entre o adotado e adotante, já que esta também é devida entre pais e filhos biológicos.

Imperioso ressaltar que, de acordo com o art. 47, § 7º do ECA, os efeitos derivados da adoção começam a partir do trânsito em julgado da sentença. Destarte, para toda regra há uma exceção, no caso da adoção, a exceção advém nos casos em que o adotante falecer durante o procedimento, caso em que os efeitos terão força retroativa à data do óbito.

Outrossim, de acordo com Flávio Tartuce, em sua obra Manual de Direito Civil (2017, p. 902), “a adoção de crianças e adolescentes com deficiência ou doença crônica tem prioridade na tramitação judicial, conforme o novo art. 47, § 9º do ECA”.

Ademais, no que tange a característica do instituto da adoção e efeitos, de acordo com Paulo Nader :

A adoção é ato negociável indivisível. Esta característica significa que é impossível adotar alguém apenas para determinados fins. Um vez que criado o parentesco civil, este produz por inteiro os efeitos previstos no ordenamento.

A adoção é irrevogável. Atendidos os requisitos legais e deferido o pedido pelo juiz, a filiação civil se torna imutável. O arrependimento superveniente, de pai ou de filho, é incapaz de desfazer o vínculo formado. (NADER, 2016, P.519).

Assim sendo, imperioso afirmar que o principal efeito decorrente do instituto da adoção é a irrevogabilidade do ato.

6.4 QUEM PODE ADOTAR

Imperioso se faz saber que para realizar o ato da adoção imprescindível que o indivíduo possua condições absolutas de ofertar ao adotado um desenvolvimento ético, material, e, principalmente, moral, fazendo jus ao princípio do “melhor interesse do infante”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 42, descreve:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§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.

§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 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.

§5º. Nos casos do §4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no artigo 1.584 da Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.

§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.

No que se refere ao estabelecido pelo parágrafo 3º, acima referido, Paulo Nader aduz que:

A diferença de idade se explica sobre vários aspectos. Espera-se que o adotante tenha maior experiência de vida, a fim de que, possa bem orientar do adotado. Presume-se, por outro lado, que a diferença apontada favoreça a natural ascendência moral que deve existir na relação entre pai e filho. Busca-se, também, afastar interesse de ordem sexual entre ambos. Nota-se, de pronto, que a importância da exigência legal é meramente relativa, pois não garante que a finalidade da disposição seja alcançada. (NADER, 106, p. 527).

Ainda sobre o artigo supramencionado, Paulo Nader sustenta:

O Código Civil não proíbe a adoção por ascendentes ou irmãos, mas tal impedimento é expresso no Estatuto da Criança e do Adolescente, §1º do art. 42, e mantém-se na ordem jurídica, pois não conflita com disposições do Códex. Quanto a descendentes, desnecessária qualquer menção, pois a diferença de idade, por si só, exclui tal adoção.

[...]

As vedações do ECA se justificam, pois seria perturbador, o fato de alguém ser, ao mesmo tempo, avô biológico e pai adotivo ou irmão biológico e pai por adoção. Por outro lado a adoção provoca a ruptura jurídica do filho adotivo com a sua família biológica.(NADER 106, P. 527).

Desta forma, nota-se que, para que seja promovida a eficácia jurídica do instituto da adoção, necessário que sejam vislumbrados os requisitos predispostos no artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

7. ADOÇÃO HOMOPARENTAL

A adoção homoparental encontra dificuldade em sua efetivação, haja vista o preconceito havido na sociedade em relação a orientação sexual, necessariamente ao que diz respeito ao homossexual. Ressalta-se que o maior dos preconceitos advém – na maioria dos casos, das religiões cristãs.

Em que pese o preconceito existente na adoção por casais homoafetivos, não há lei que vede essa possibilidade. O artigo 1.622 do Código Civil de 2002, antes de ser revogado pela Lei 12.010/09, previa que “Ninguém poderá ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável.” Acerca disso, assevera Rolf Madaleno:

Dispunha o revogado artigo 1.622 do Código Civil que ninguém poderia ser adotado por duas pessoas, salvo se se tratasse de marido e mulher, ou de uma união estável. Com o advento da Lei nº 12.010/2009 a adoção de crianças e adolescentes passou a ser regulamentada exclusivamente no Estatuto da Criança e do Adolescente, como já ocorria mesmo depois da atrapalhada intromissão causada com o vigente Código Civil que reeditou em seu texto de lei disposições concernentes à adoção. (MADALENO, 2017, P. 676).

Sob este quesito, Silvia Ozelame salienta ao citar a Procuradoria de Justiça do Rio de Janeiro, que:

É a necessidade de dar e receber afeto que faz com que inúmeros pedidos batam às portas do Poder Judiciário, almejando a adoção de crianças por pessoas unidas homoafetivamente. A adoção por pais homossexuais pode, na concepção de alguns, gerar algumas estranhezas: “a falta do personagem feminino, a homossexualidade do pai e a atribuição a um homem dos cuidados com a criança”. A procuradoria de Justiça do Rio de Janeiro, ao manifestar-se sobre o recurso interposto pelo Ministério Público por causa do julgamento procedente da adoção por homossexual, declara: “não há impeditivos na lei para a adoção por homossexuais, além da Constituição Federal assegurar a igualdade, vedando preconceito de qualquer ordem”. (OZELAME, 2011, p. 151).

Neste viés, o ECA, no §2º do artigo 42 prescreve que “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”.

A par do que foi dito e do reconhecimento da união homoafetiva como união estável pelo Supremo Tribunal Federal, fica evidente o enquadramento dos homossexuais como legitimadores do direito à adoção. Diante da eficácia *erga omnes* da decisão¹, ou seja, vinculador do mencionado reconhecimento (por força do art. 102, § 2º, da Constituição Federal de 1988), o deferimento das adoções homoparentais tornaram-se comuns no Poder Judiciário Brasileiro.

Neste sentido, Ozelame assevera que:

O legislador ordinário, no caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, não ressaltou a orientação sexual na habilitação para a adoção, o que reforça a integral adequação à Constituição Federal, que, expressamente, traz como objetivo a vedação a qualquer forma de discriminação por sexo ou orientação sexual. (OZELAME, 2011, P. 151).

Como é sabida, quando da ausência de legislação, a utilização de princípios, costumes e analogias são autorizadas para conferir êxito à solução das lides. Com a situação em apreço não é diferente, tendo em vista a ausência de lei federal que regulamente tanto as uniões homoafetivas como a adoção homoparental, fica conferido ao poder judiciário valer-se daquelas para garantir direitos civis já reconhecidos.

Preceitua Enezio de Deus (2011, cap 3):

Fundamenta-se a viabilidade jurídica do deferimento do pedido de adoção, ao casal homossexual, pela adequação do ordenamento jurídico à realidade factual, a partir da analogia da convivência homoafetiva com a união estável, o que amplia a eficácia do § 3º, art. 226, CF/88 e dos demais dispositivos que o regulam – como muitos(as) juízes (as) e Tribunais do país vem procedendo para o reconhecimento de diversos efeitos jurídicos, especialmente após a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ e na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 (de maio de 2011). (SILVA JUNIOR, 2011, cap 3).

Portanto, os casais homossexuais que possuem o reconhecimento da sua união estável fazem jus à habilitação para adoção conjunta por cumprirem, para tanto, um

¹ Sobre os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, cf. Mendes, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional* Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva 2012.

dos requisitos previstos no artigo 197-A do ECA, principalmente a exigência do inciso III, *in verbis*:

Art. 197-A. *omissis*

[...]

III – cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável.

Sob essa perspectiva, para que a criança ou adolescente sejam colocados em família substituta é necessário que o casal preencha alguns requisitos imprescindíveis, estes descritos taxativamente no artigo 165 do ECA:

Art. 165. São requisitos para a concessão de pedidos de colocação em família substituta:

I – qualificação completa do representante e de seu eventual cônjuge, ou companheiro, com expressa anuência deste;

II – indicação de eventual parentesco do requerente e de seu cônjuge, ou companheiro, com criança ou adolescente, especificando se tem ou não parente vivo;

III – qualificação completa da criança ou adolescente e de seus pais, se conhecidos;

IV – indicação do cartório onde foi inscrito nascimento, anexando, se possível, uma cópia da respectiva certidão;

V – declaração sobre a existência de bens, direitos ou rendimentos relativos à criança ou ao adolescente

Parágrafo único: Em se tratando de adoção, observar-se-ão também os requisitos específicos.

E ao que acrescenta Enézio de Deus Silva Júnior:

Verifica-se que os dois primeiros incisos se aplicam à união homoafetiva, porque, quando se trata de liame afetivo-familiar estável, independente do sexo dos que se relacionam, esses podem ser qualificados e reconhecidos como companheiros, parceiros, conviventes, concubinos e, até mesmo cônjuges. (SILVA JÚNIOR, 2011, p. 124)

Desta forma, os dispositivos acima descritos garantem não só a possibilidade de adoção para os casais heterossexuais, como analogicamente interpretados também para os casais homoafetivos que convivam em união estável devidamente comprovada, o que aumenta a probabilidade de adoção homoparental.

É sabido que uma das exigências previstas para adoção é a necessidade de colocação da criança ou adolescente em famílias substitutas que apresentem um ambiente saudável e equilibrado emocionalmente. Daí decorrem os preconceitos advindos dos magistrados mais conservadores, que acreditam que a orientação

sexual dos adotantes possam interferir significativamente na orientação e educação dos adotados, o que é um equívoco.

Asseverar que a orientação sexual dos adotantes (pares homoafetivos), venha a interferir na orientação dos adotados é uma crença usual e trazida a discussão corriqueiramente, acreditar em um dano potencial sob a justificativa de ausência de referências é um argumento pautado em preconceito e discriminação enraizado, uma vez que inexistente qualquer tipo de comprovação científica, psicológica que confirme tal intervenção.

Sobre este quesito, notadamente no que se refere a interferência da orientação sexual dos adotantes, Silvio Venosa ressalta que:

Só com a análise profunda de cada caso é que se terá condições de se responder se existe ambiente familiar propício para a adoção nesse caso, e na verdade, em qualquer outra situação, dentro da regra geral que rege as adoções. Não há nada que indique a priori que a adoção por um casal homoafetivo seja inconveniente, degradante ou dificultoso para a formação do menor adotado, como também não há certeza alguma a esse respeito quando os adotantes são heterossexuais. (VENOSA, 2017).

Nesta senda, os Autores Pamplona e Stolze asseveram que:

Em nosso pensar, a premissa da qual devemos partir, a fim de chegarmos a uma conclusão justa, é o interesse existencial da criança ou do adolescente que se pretende adotar. Deve-se evitar que a própria homossexualidade é de causa desconhecida, chegar-se a tal conclusão sem embasamento científico é, sem dúvida, uma temeridade. Aliás, a realidade da vida não demonstra que, em uma família cujo casal seja heterossexual, podem existir – e existem – filhos homossexuais? Não há, portanto, um determinismo psicológico, sociológico, enfim, científico, que permita chegar-se a tal conclusão. (PAMPLONA, STOLZE, 2017, p. 504).

Para atestar a viabilidade de inserção dessas crianças ou adolescentes no seio das relações homoafetivas, são feitos estudos por uma equipe técnica especializada (psicólogos, assistentes sociais) que garantirá o êxito dos pleitos. Assim, a impossibilidade ou indeferimento imediato da adoção, feitas pelos magistrados com “poderes discricionários preconceituosos”, poderão, incontestavelmente, acarretar prejuízos tanto ao melhor interesse do infante, quanto à possível constituição de família, direito esse assegurado a todos os cidadãos.

Salienta-se que, não existem pesquisas científicas ou estudos mais apurados que comprovem que a orientação sexual dos pais afete a educação ou orientação dos filhos, como bem aponta Enézio de Deus Silva Júnior:

A indagação leiga ou o contra-argumento mais frequente, no que tange à criação e à adoção pelo casal homossexual, apresenta a possibilidade de a orientação afetivo-sexual dos pais interferir no desenvolvimento da afetividade dos filhos, como se, pela convivência, esses estivessem propensos a se tornarem, também, homossexuais. (SILVA JÚNIOR, 2011, p. 127).

Esse pensamento retrógrado acerca da orientação sexual e suas “consequências” dificulta cada vez mais a elaboração de uma lei que venha positivar direitos que já foram reconhecidos na seara jurisprudencial. É certo que a sociedade ainda sofre grande incidência de dogmas religiosos cristãos que favorecem as ideologias preconceituosas dos cidadãos, do Judiciário e do Legislativo.

Alguns modelos convencionais vêm sendo quebrados, o que contribui para uma “maior aceitação” do que se encontra fora dos padrões estabelecidos, como por exemplo, a existência de uma família homoparental.

Acerca dos obstáculos sofridos pelos homossexuais no que tange a possibilidade de adoção de crianças e adolescentes, Rolf Madaleno sustenta em sua obra que:

Tais obstáculos eram motivados por evidente discriminação social à orientação sexual dos homossexuais, sob o argumento de a referência familiar originar de casais heterossexuais e, portanto, a adoção por casais homoafetivos, de infantes em desenvolvimento psíquico, intelectual e emocional retiraria dos adotandos a natural identidade de comportamento, só podendo ser reconhecidas as figuras ascendentes de paternidade e maternidade, e não a possibilidade de duas paternidades ou de duas maternidades, como se critérios como aptidão para amar, educar e desenvolver uma vida familiar econômica e afetivamente estável não fossem valores que se sobrepusessem sobre qualquer forma de discriminação.(MADALENO, 2017, p. 677).

E ainda:

Alguns seguimentos sociais discriminam a adoção por casais homoafetivos, sugerindo inclusive que estas crianças e adolescentes poderiam apresentar problemas no desenvolvimento de sua própria identidade ou alguma outra inquietação diante do suposto risco de algum maltrato sexual por parte dos adotantes, malgrado a completa ausência de dados científicos acerca

desses temores, como tampouco pode ser afirmado que estas crianças vivam em ambiente familiar menos protegido.(MADALENO, 2017, p. 677).

Deve ser levado em consideração que a orientação sexual dos indivíduos não é um aspecto relevante no que tange à formação de uma família; qualquer tipo de óbice que impossibilite a formação desse núcleo familiar poderia ser facilmente caracterizado como homofobia, discriminação ou preconceito, em sua essência.

A todos é garantido constitucionalmente direito à cidadania, à liberdade, dignidade e igualdade. Vê-se, portanto, que os casais homossexuais apenas querem ver protegido o seu direito de liberdade de constituir família e o conseqüente acesso a uma expectativa comum ao próprio ser humano: ter filhos. No caso em apreço, a garantia da possibilidade de uma adoção conjunta, já que fazem jus a todos os requisitos pré-estabelecidos.

Muitas crianças e adolescentes permanecem em orfanatos até os seus dezoito anos, quando estão aptos a viverem socialmente sem o “aparato familiar”. Diante disso, quantas famílias são impedidas de serem constituídas por conta do silêncio ensurdecido do legislador? Quantos direitos e garantias constitucionais são violadas por conta do preconceito exacerbado do Poder Legislativo conservador ou do “poder discricionário preconceituoso” do magistrado?

Sustenta-se que, um casal homoafetivo, disposto a efetivar o instituto da adoção, com fito de constituir família (direito previsto para todo e qualquer indivíduo), vislumbra a primeira dificuldade ou obstáculo na (infeliz) ausência de legislação capaz de regulamentar a supramencionada possibilidade.

Outrossim, salienta-se que, o que deve ser levado em conta, no que tange a adoção, são as características individuais de cada ser disposto a concretizar a adoção, principalmente no que diz respeito às suas habilidades (emocionais), à sua capacidade humana de compartilhar amor e um ambiente movido a afeto e respeito. Privar uma criança ou adolescente de ser inserido em um lar por preconceito ou discriminação não atende aos princípios basilares previstos constitucionalmente, bem como não atende aos parâmetros defendidos e buscados pelo Direito de Família, o qual luta pela valorização do afeto (em toda e qualquer circunstância).

A visões discriminatórias que rodeiam a vida social, necessariamente no que se refere as relações homoafetivas e a possibilidade havida entre pessoas do mesmo sexo de por em prática o instituto da adoção, de certa forma, impõem barreiras e obstáculos para a interpretação das leis, e até mesmo para a criação delas (caso de ausência de regulamentação para relações entre pares do mesmo sexo), tendo em vista que as leis já existentes, como por exemplo o Código Civil, ECA ou Lei da Adoção, são falhas por obterem lacunas em relação à concessão da adoção homoparental, deixando à critério dos valores morais e conservadores do juiz o poder de decisão final.

É nítido que a falta de legislação federal que regulamente a união homoafetiva e consequente possibilidade de adoção homoparental contribui para incidência de qualquer tipo de posicionamento tendencioso e contrário a este direito, com base nisso, preleciona Enézio de Deus:

Assim, diante da atual ausência de lei federal a regulamentar os efeitos das uniões homossexuais no Brasil, autorizados(as) estarão os(as) magistrados(as) a continuarem se valendo da analogia como instrumento de integração legislativa (CPC, arts. 5º, da LICC e 126), o que conduz à inevitável aplicação da legislação da união estável aos pleitos de pares do mesmo sexo, atribuindo-lhes todo o plexo de direitos familiares – inclusive, para efeito de adoção e conjunto de crianças e adolescentes e até maiores (de 18 anos). (SILVA JÚNIOR, 2011, p. 120).

Porém, as soluções favoráveis já encontradas para esses casos (adoção), demonstram o progresso e o respeito às pessoas que buscam o apoio judicial, clamando pela concordância em constituírem família independente das suas orientações sexuais de qualquer natureza (SILVA JÚNIOR, 2011). A título de exemplo, relevante transcrever alguns precedentes favoráveis à adoção homoafetiva:

Apelação cível. Habilitação para adoção. Casal homoafetivo. Preliminar de ilegitimidade ativa afastada. Possibilidade do reconhecimento de uniões homoafetivas como entidades familiares. Ausência de vedação legal. Atribuição por analogia de normatividade semelhante à união estável prevista na cf/88 e no cc/02. Habilitação em conjunto de casal homoafetivo. Possibilidade, desde que atendidos aos demais requisitos previstos em lei. Impossibilidade de limitação de idade e sexo do adotando. Ausência de previsão legal. Não-demonstração de prejuízo. Melhor interesse do adotando que deve ser analisado durante o estágio de convivência no

processo de adoção, e não na habilitação dos pretendentes. Apelação provida. Recurso adesivo prejudicado. (Tribunal de Justiça do Paraná - ac: 5824999 pr 0582499-9, relator: mendonça de anunciação, data de julgamento: 17/03/2010, 11ª câmara cível, data de publicação: dj: 409)

Apelação cível. Adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo. Possibilidade. Recurso provido. A omissão legal não significa inexistência de direito, tampouco quer dizer que as uniões homoafetivas não merecem a tutela jurídica adequada, inclusive no que tange ao direito de adotar, motivo pelo qual não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido de adoção. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família, de modo que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana. Sendo possível conceder aos casais formados por pessoas do mesmo sexo tratamento igualitário ao conferido às uniões estáveis entre heterossexuais, não há que se falar em impossibilidade de adoção por casais homossexuais, ainda mais quando nem o eca tampouco o código civil trazem qualquer restrição quanto ao sexo, ao estado civil ou à orientação sexual do adotante. Assim, na ausência de impedimentos, deve prevalecer o princípio consagrado pelo referido estatuto, que admite a adoção quando se funda em motivos legítimos e apresenta reais vantagens ao adotando. (Tribunal de Justiça do Mato Grosso, ac 78200/2009, 2ª c. Cív., rel. Desa. Maria helena gargaglione póvoas, j. 28/04/2010).

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. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ac 70013801592, 7ªc. Civ. rel. Des. Luiz felipe brasil santos, j. 05/04/2006).

Apelação ? Procedimento de habilitação no cadastro de pretendentes à adoção, por casal em união homoafetiva ? Deferimento, com ressalva de vedação à adoção de infante masculino ? Alegação do Juízo de que a adoção de um garoto por mulheres em união homoafetiva não se mostra adequada, vez que a figura paterna é essencial para a formação de sua personalidade ? Inadmissibilidade - Adoção deve em tudo se assemelhar à família naturalmente constituída - Conduta da sexagem (possibilidade de escolha do sexo do bebê) que não é admitida nos nascimentos naturais e, assim, não deve ser imposta às pretensas adotantes - Adoção que, acima de tudo, é medida protetiva de colocação da criança em família substituta e, como tal, não deve encontrar obstáculos, senão aqueles legalmente previstos - Situações hipotéticas não podem basear as decisões judiciais ? Lesão a direitos constitucionalmente reconhecidos - Às autoras, o direito constitucional à família. À criança, ou adolescente, o direito a ampla proteção ? Estado que tem o dever de proteger a criança e o adolescente, não podendo, assim, restringir a adoção por pares homoafetivos, que comprovadamente possuam convivência familiar estável - Tramitação

idêntica do processo de adoção requerido por pessoa heterossexual deve ter aquele solicitado por homossexual ? Estudos favoráveis juntados aos autos ? Obstáculo que é vedado por disposição constitucional (artigo 5º) e representa prejuízo ao melhor interesse das crianças e adolescentes ? Apelo ao qual se dá provimento, para reformar parcialmente a r. sentença a fim de excluir dela a vedação para eventual adoção de criança do sexo masculino.

(TJ-SP - APL: 48847920118260457 SP 0004884-79.2011.8.26.0457, Relator: Claudia Grieco Tabosa Pessoa, Data de Julgamento: 23/07/2012, Câmara Especial, Data de Publicação: 26/07/2012)

Infância e Juventude. Inscrição no cadastro de adoção. Pretendente que admite manter relação homoafetiva. Deferimento com base em estudos psicossociais. Reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como entidades familiares. Ausência de circunstâncias incompatíveis com a natureza da adoção. Recurso improvido.

(TJ-SP - APL: 9000004192011826 SP 9000004-19.2011.8.26.0576, Relator: Presidente Da Seção De Direito Privado, Data de Julgamento: 27/02/2012, Câmara Especial, Data de Publicação: 28/02/2012).

O autor Enézio de Deus assevera que:

Com o Supremo Tribunal Federal (na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132/RJ) e na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.277) equiparou a união homoafetiva à união estável entre homem e mulher, a partir deste julgado, cujo teor é vinculante para o Poder Judiciário, tornar-se-ão cada vez mais comuns os deferimentos de adoções a casais de pessoas do mesmo sexo no Brasil. (SILVA JÚNIOR, 2011, p. 120).

Com o advento das transformações sociais, a defesa do aspecto moral das relações não correspondem ao atual cenário social. A defesa da moral e tradição das relações ou até mesmo das entidades familiares, implicam diretamente em um preconceito acentuado e em questionamentos, muitas vezes sem fundamentos, que se apresentam como obstáculos para a aceitação da adoção homoparental.

Nesta senda, preceitua Enézio de Deus:

É por tal razão que, seja pela vis biológica ou adotiva, a educação familiar demanda amor e cuidado para que seja bem-sucedida. O familismo, no aspecto psicológico, envolve tantos traços subjetivos de cada membro, que se mostra, no mínimo, temeroso e incoerente julgar o sucesso de uma teia familiar pelo simples modo como essa se confugira externamente, no meio social – se por exemplo, com apenas um progenitor ou uma progenitora e sua prole natural; se com pai ou mãe por adoção; se com avô e/ou avó(s) e neto(s); pai, mãe e prole natural; pai, mãe e filhos adotivos e/ou biológicos; dois pais ou duas mães, sendo o rebento natural de um deles, de ambos

(pela fusão de material genético) e/ou adotivo. (SILVA JÚNIOR, 2011, p. 57).

Outrossim, faz-se mister sustentar que, os óbices entravados, que venha a dificultar a realização da adoção por pares homoafetivos, acarretam uma busca pela facilidade de uma “adoção irregular”, sendo efetivado o registro de uma criança de outro indivíduo, como se sua ela fosse, ressalta-se que essa prática, acaba por destruir sonhos daquelas crianças e adolescentes que vivem em lares/orfanatos, de serem inseridas em famílias.

É fato notório que a resistência existente acerca da possibilidade jurídica, ou não, de adoção por casais homoafetivos, “terminologicamente” chamada de **homoparentalidade**, resulta do preconceito evidente, haja vista, como dito anteriormente, a clara ausência de legislação que promova o impedimento de tal possibilidade.

Tendo em vista que nenhum dispositivo legal nega a possibilidade de adoção por casais homoafetivos, o que existe, em verdade, na grande maioria dos casos em nosso ordenamento jurídico, é uma postura do legislador em promover a interpretação da estrutura familiar existente, de uma maneira conservadora e tradicional, assoberbada de “padrões morais”, ou seja, guiado sobre a ideia das figuras paterna e materna ao prover o deferimento da adoção.

Portanto, o deferimento da adoção de crianças ou adolescentes por casais homoafetivos, deve ser baseada única e absolutamente nas condições reais que cada indivíduo predispõe ao requerer a ação de adoção, e, que o resultado final seja relevante para os infantes (princípio do melhor interesse do infante), independentemente da orientação sexual de cada indivíduo.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente estudo foi demonstrar a possibilidade de adoção homoparental no direito brasileiro, haja vista, não só os novos modelos de família vislumbrados na contemporaneidade, como também, diante da existência do reconhecimento da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal e seus efeitos como união estável.

Fora analisado de forma sucinta o histórico das famílias no Brasil, os princípios basilares do direito de família, como por exemplo, o princípio da afetividade (“elemento” capaz de conduzir as relações familiares), a homoafetividade como uma orientação sexual, as uniões homoafetivas e sua relação com a união estável, e por fim, o histórico do instituto da adoção, sua natureza jurídica, efeitos, condições e finalmente, a possibilidade de adoção homoparental (mesmo diante da ausência de legislação regulamentadora).

Verificou-se no presente estudo a resistência do legislador em positivizar direitos já reconhecidos e reiteradamente revistos em sede jurisprudencial, tendo em vista o seu posicionamento conservador e muitas vezes preconceituoso. Fora demonstrado que não existem comprovações científicas de que a orientação sexual dos pais afetem a educação e orientação da criança ou adolescente.

A atmosfera de amor oferecida por esses casais não é melhor nem pior do que as oferecidas pelos casais heteroafetivos. Logo, esse posicionamento conservador e esse silêncio do legislador só impedem e retiram da criança e do adolescente qualquer probabilidade de viver em um ambiente saudável e digno, ambiente este previsto e amparado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Inúmeros são os casos de indivíduos, casais do mesmo sexo, que, com base no desejo “intrínseco” de constituir família, vão até ao sistema judiciário brasileiro pleiteando a efetivação de um sonho, a adoção de crianças ou adolescentes. Visto isso, preconceito e discriminação é impedir que essas pessoas concretizem o seu direito constitucionalmente amparado, o de serem tratados com igualdade,

dignidade, assim como são tratados os casais heterossexuais ao participarem do processo de adoção.

Para evitar o poder discricionário e conservador, para não dizer preconceituoso, faz-se necessário a criação de Lei Federal que venha garantir o exercício legal do direito outrora reconhecido pelo STF. A adoção não pode mais ficar à mercê da orientação sexual dos adotantes. Essa realidade acaba por impedir que sejam garantidos os princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, afetividade e o principal: o melhor interesse do infante.

Sendo assim, é necessário que seja realizada, com caráter de urgência, a revisão dos direitos para que vidas não permaneçam ou fiquem na dependência do critério subjetivo que terceiros, que pode ser pautado em preconceito que dificulta a realização de uma decisão acertada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros 2008.

BAHIA, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Provimento Conjunto n° CGJ/CCI – 12/2012. Desembargadora Ivete Caldas; Desembargador Antônio Pessoa Cardoso. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/corregedoria/images/pdf/provimento_conjunto_12_2012.pdf> Acesso em 17 de novembro de 2014, às 23h10 min.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Revista de Diálogo Jurídico, Salvador, n° 16, maio-jun-julho-agosto, 2007. Disponível em <www.direitopublico.com.br> Acesso em 17 de novembro de 2014, às 22h04min

BRASIL, Código Civil 2002. Vade Mecum Saraiva/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. – 17. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Resolução n° 175 de 14 de maio de 2013. Ministro Presidente Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf> Acesso em 17 de novembro de 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Saraiva/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. – 17. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei Federal n° 8.069, de 13 de julho de 1990. Vade Mecum Saraiva/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. – 17. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4722/DF. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisar.Jurisprudencia.asp> Acesso em 10 de novembro de 2014, às 17h 21min.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais n° 132/RJ. Relator Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisar.Jurisprudencia.asp> Acesso em 10 de novembro de 2014, às 17h 21min.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível/ Relator: Mendonça de Anunciação, Data de Julgamento: 17/03/2010, 11ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 409. Disponível

em <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19500285/apelacao-civel-ac-5824999-pr-0582499-9-tjpr>>. Acesso em 27 de abril de 2015 às 16h25min

BRASIL, Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Apelação Cível/ Relatora. Desa. Maria Helena Gargaglione Póvoas, 2ª Câmara Cível, j. 28/04/2014. Disponível em <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php#t>>. Acesso em 27 de abril de 2015 às 17h.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do SUL. Apelação Cível/ Relator. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, 7ª Câmara Cível, j. 05/04/2006. Disponível em <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php#t>>. Acesso em 27 de abril de 2015 às 17h14min.

CARVALHO, Dimas Messias de Direito das famílias/ Dimas Messias de Carvalho – 5. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

CONSELHO, Nacional de Combate à Discriminação. Brasil sem Homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2014. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf>. Acesso em 27 de maio de 2015 às 14h09min.

DIAS, Maria Berenice – Manual de direito das famílias. 11 ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Maria Berenice. Homoafetividade e o Direito à Diferença. Disponível em <<http://www.blogofg.com.br>> 23 de agosto de 2007. Acesso em 12 de abril de 2015, às 13h23min.

_____. Maria Berenice. A família homoafetiva e seus direitos. (n.d.) Disponível em <<http://mariaberenice.com.br/pt/home.dept>>. Acesso em 12 de abril de 2015, às 14h.

_____. Maria Berenice. Uniões homoafetivas e o atual conceito de família. (n.d.) Disponível em <<http://mariaberenice.com.br/pt/home.dept>> . Acesso em 12 de abril de 2015 às 14h20min.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: direito de família. v. 6. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Direito de Família. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. Vol. VI. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. Direito de Família/ Rolf Madaleno – 7ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, v.5: direito de família / Paulo Nader. / Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil – VOL. V/ Atual. Tânia da Silva Pereira – 25. ed. rev., atual e ampl – Rio de Janeiro: Forense: 2017.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. A possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais, 5º ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.