

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
FRANCISCO REJANILDO FREITAS

ADOÇÃO HOMOPARENTAL: A TRAJETÓRIA DA EFETIVAÇÃO À GARANTIA
ADQUIRIDA POR FAMILIAS HOMOAFETIVAS NO BRASIL

NATAL/RN

2014

FRANCISCO REJANILDO FREITAS

**ADOÇÃO HOMOPARENTAL: A TRAJETÓRIA DA EFETIVAÇÃO À GARANTIA
ADQUIRIDA POR FAMILIAS HOMOAFETIVAS NO BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do
Campus de Natal da Universidade do Estado do
Rio Grande do Norte, como requisito parcial
para a obtenção do título de bacharel em Direito,
sob a orientação do Professor Paulo Eduardo de
Figueiredo Chacon

NATAL/RN

2014

**Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

Freitas, Francisco Rejanildo

Adoção Homoparental: A Trajetória Da Efetivação À Garantia Adquirida Por Famílias Homoafetivas No Brasil / Francisco Rejanildo Freitas –Natal, RN, 2014.

71 f.

Orientador(a): Prof. Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon

Monografia (Bacharelado). Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Campus de Natal. Curso de Direito.

1. Adoção. 2. dignidade da pessoa humana. 3. famílias homoparentais. I Chacon, Paulo Eduardo de Figueiredo. II. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III. Título.

UERN/ BC

CDD 346.015

FRANCISCO REJANILDO FREITAS

**ADOÇÃO HOMOPARENTAL - A TRAJETÓRIA DA EFETIVAÇÃO À GARANTIA
ADQUIRIDA POR FAMILIAS HOMOAFETIVAS NO BRASIL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do
Campus de Natal da Universidade do Estado do
Rio Grande do Norte como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof. Claudia Vechi

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof. Eduardo Cunha

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

DATA DA APROVAÇÃO: ____ / ____ / ____

AGRADECIMENTOS

Primeiramente à DEUS, sem ele nada disso seria possível: a meus pais Servulo Pereira de Freitas e Antônia Ferreira de Souza Freitas, por sempre me apoiarem e incentivarem na minha jornada aos meus irmãos: a Minha Noiva Adriana Oliveira de Almeida, pelos momentos que deixei de compartilhar com ela para me dedicar ao meu projeto e aos afazeres da faculdade.

Ao corpo docente da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte que vem iluminando os meus caminhos com a luz do conhecimento e do Direito.

Especialmente ao Professor Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon por toda paciência e dedicação em minha orientação.

Ao professor Sérgio Alexandre de Braga Junior pelas correções perfeitas e sempre solícito em me atender, à professora Aurélia Queiroga por me incentivar no início da minha jornada acadêmica, ao professor Eduardo pelo grande incentivo.

As professoras Flaviane Pontes, Claudia vechi, Carla, Rosimeire, Patricia, Débora.

A Ana Lúcia Castro, uma segunda mãe que encontrei na vida, à Adenilson, mais conhecido como xeroqueiro, por não importar-se com o avançado das horas e sempre fazer as minhas cópias, as funcionárias da biblioteca e a todos os funcionários da UERN.

RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem como finalidade realizar uma análise, sob a perspectiva do direito, com auxílio da Psicologia e do Serviço Social, acerca da viabilidade jurídica da adoção de crianças e adolescentes por famílias homoparentais no Brasil. A partir do cotejo dos elementos da pesquisa, infere-se que diante das várias mudanças no contexto da sociedade brasileira, sobretudo no que concerne às novas configurações familiares, bem como em decorrência das lutas sociais travadas pelas minorias representativas, o Poder Judiciário vem se tornando mais aberto para dar efetividade à aplicação dos princípios fundamentais da igualdade, liberdade e principalmente da Dignidade da pessoa humana. Nesse ínterim, após a iniciativa do colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que acabou por culminar na decisão do Supremo Tribunal Federal, trazendo à baila a regulamentação da família homoafetiva, quebrou-se um paradigma vigente desde os primórdios de nossa sociedade, ao conferir-lhes status de família. A partir desse momento, passou-se aos pares homoafetivos as mesmas prerrogativas de casais de orientação heterossexual. Neste sentido o estudo firma o posicionamento de que não há impedimento legal para a concessão da adoção entre pessoas do mesmo sexo, sendo o entendimento contrário fruto de uma exegese restritiva da dignidade humana e limitadora do Estado Democrático de Direito. Premissas interdisciplinares são utilizadas para justificar a viabilidade da habilitação da adoção por casais de mesma orientação sexual. Verificou-se que não há empecilhos que acarretem na má formação psicossocial das crianças e adolescentes adotados e criados por pares homossexuais, confirmando a tese do mero preconceito. Haja vista que juridicamente o objetivo principal da adoção é atingir a finalidade da aplicação do melhor interesse para a criança e adolescente, de modo que estejam abalizados pela doutrina da proteção integral, e, pelo fato de não existir estudos comprobatórios que comprovem a inviabilidade da adoção por este grupo de nossa sociedade, não persistem razões para que perdure a negativa da adoção homoparental. Portanto, torna-se plenamente possível a regulamentação da adoção pela entidade familiar homoafetiva.

Palavras-chave: adoção - dignidade da pessoa humana - famílias homoparentais.

ABSTRACT

This scholarly work aims to carry out an analysis, from the perspective of law, with the aid of psychology and Social Service, about the legal feasibility of adoption of children and adolescents by homosexual families in Brazil. From the collation elements of research, infer that given the various changes in the context of the Brazilian society, especially with regard to new family settings, as well as a result of social struggles waged for minorities representative, the Judiciary has become more open to give effectiveness to the application of the fundamental principles of equality, freedom and the dignity of the human person. In the meantime, after the initiative of the Court of the State of Rio Grande do Sul which eventually culminated in the decision of the Supreme Court, bringing up the same-sex family, broke up a current paradigm since the beginnings of our society, by giving them to family status. From that moment, in pairs homosexuals the same privileges of heterosexual couples. In this sense the study of placement firm that there is no lawful impediment to the granting of adoption between persons of the same sex, being otherwise understanding the result of a restrictive exegesis of human dignity and the Democratic State of law limiting. Interdisciplinary premises are used to justify the feasibility of enabling adoption by couples of the same sexual orientation. It was verified that there are no obstacles that cause on psychosocial malformation of children and adolescents adopted and reared by homosexual pairs, confirming the thesis of mere prejudice. Given that legally the primary goal of the adoption is to achieve the purpose of the application of the best interest of the child and adolescent, so they are influential for the doctrine of integral protection, and by the fact that there is no evidentiary studies proving the impracticality of adoption by this group of our society, do not persist reasons for adoption homosexuals denial persists. Therefore, it is fully possible to regulate the adoption by same-sex family.

Keywords: adoption - dignity of the human person – homoparental families.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	09
2. DIREITO DE FAMÍLIA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	12
2.1 DA NÃO DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL	15
2.1.1 Princípio da Proteção Integral	17
2.2 A TRANSIÇÃO DO PÁTRIO PODER PARA A EFETIVAÇÃO DO PODER FAMILIAR E SUAS CONSEQUENCIAS	21
2.3 O SURGIMENTO E A EFETIVAÇÃO DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA NA SOCIEDADE BRASILEIRA	25
2.3.1 Transformação na estrutura da família brasileira	26
2.3.2 Quebra da estrutura familiar patriarcal	27
2.3.3 Novas estruturas familiares	27
3. A EVOLUÇÃO DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL PÁTRIO EM RELAÇÃO À FORMAÇÃO FAMILIAR HOMOAFETIVA	32
3.1 PROCESSO DE QUEBRA DO PARADIGMA SOCIAL DO PRECONCEITO NO ÂMBITO JURISDICIONAL	32
3.2 CARÁTER DE VANGUARDA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL.....	33
3.3 PERPETUAÇÃO DO POSICIONAMENTO JURÍDICO A FAVOR DAS UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO	37
4. O INSTITUTO DA ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO COM REFLEXOS CONTEMPORÂNEOS	42
4.1 CONCEITO DE ADOÇÃO.....	42
4.1.1 Histórico da adoção no Brasil	43
4.1.2 A evolução do instituto da adoção	45
4.1.3 A adoção e a efetividade de sua função social	47
4.2 ADOÇÃO POR PESSOAS DO MESMO SEXO	50
4.2.1 Arcabouço Histórico da Adoção no Brasil e no Direito Comparado	50
4.2.2 Peculiaridades da Adoção Entre Casais do Mesmo Sexo	53
4.2.3 Adotar e ser Adotado: Direito de Quem?	54
4.2.4 Posicionamentos da Doutrina que são contrários à concessão da adoção por pares homossexuais	56
4.2.5 Breve estudo relacionado ao tema pelo Serviço Social	58

4.2.6 O aspecto da Psicologia na formação da entidade familiar pela família homoafetiva	59
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário vêm sofrendo diversas modificações no que atine à responsabilidade pelo julgamento célere em temas que envolvam as relações humanas e familiares. Hodiernamente, vivemos em uma sociedade que tem buscado informação e conhecimento acerca das suas prerrogativas, principalmente as que envolvam personalidade, patrimônio, relações interpessoais, sobretudo as relações familiares.

Uma das principais responsáveis por tal difusão, senão a maior, é a Emenda Constitucional n.º 45, do ano de 2004. Com a referida publicação, instituiu-se em nosso ordenamento jurídico o entendimento acerca da importância de trazer celeridade àqueles que pleiteiam o bem da vida em sede de processo judicial.

Durante o curso da civilização contemporânea solidificou-se o estigma acerca do Poder Judiciário em razão de sua famigerada morosidade na resolução de litígios, e, acabou-se por criar na sociedade verdadeira sensação de insegurança jurídica aos indivíduos que buscam o Judiciário para solucionar suas questões, independente da área de atuação. Nas relações familiares esta morosidade traz consigo um peso de angústia pessoal mais acentuado.

Nesse ínterim, ações que envolvam o direito de família e a garantia das prerrogativas inerentes ao cidadão, sobretudo no que se refere ao direito à igualdade e à Dignidade da Pessoa Humana se arrastaram vagarosamente por longínquas discussões jurisdicionais, filosóficas, sociais e hermenêuticas. Tal fato deve-se, dentre outros fatores, à omissão legislativa no que tange a regulamentação das relações humanas em sentido amplo.

Infelizmente ainda vivemos em uma sociedade que apesar da evolução alcançada nos últimos anos, ainda se mostrareticente no que tange às novas configurações familiares. Todavia, vale registrar que em relação ao Código Civil de 1916, o Código Civil vigente (2002) e a Carta Magna vigente mostram-se significativamente mais sensíveis e direcionados a zelar por princípios assecuratórios de direitos fundamentais, malgrado a persistência de algumas lacunas.

Graças ao despertar de nossa sociedade, sobretudo dos representantes dos grupos minoritários, tal fato passou a ter considerável projeção nos mais diversos setores de nossa sociedade. Os atores envolvidos nesses segmentos tiveram a percepção da necessidade de possuírem representantes em todas as esferas da sociedade, mas, que contar com patronos na classe política seria crucial, e assim o foi.

Assim, o tema foi se solidificando na sociedade e com a projeção de tais direitos, somando-se a grande leva de demandas judiciais cujo objeto é a fusão patrimonial bem como a concretização da união homoafetiva acabou por chamar a atenção de segmentos enaltecidos do direito à igualdade, liberdade bem como à busca incessante pela felicidade. Nessa leva, insurgiu diversos posicionamentos doutrinários acerca do embate Tradicionalismo e Vanguardismo.

Não obstante, em que pesem as conquistas sociais alcançadas, o óbice legislativo continuou a ser o maior entrave na solidificação das relações homoafetivas, seja no âmbito patrimonial ou de formalização do matrimônio. No âmbito judicial os indivíduos de orientação homossexual vêm dia a dia obtendo êxito em decisões pautadas à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, igualdade e felicidade. Felizmente a jurisprudência dos tribunais pátrios vem manifestando-se no sentido de dar efetividade às garantias fundamentais, livrando-se do estigma engessado e ultrapassado das famílias patriarcais.

Enquanto não se concretizassem no âmbito legislativo, políticas e alianças para a criação de normas verdadeiramente assecuratórias de direitos fundamentais aos indivíduos, independentemente de sua orientação sexual, o judiciário continuará sendo a única porta para a efetivação dos referidos direitos.

Em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal finalmente reconheceu de fato a família homoafetiva, conferindo aos casais homossexuais a prerrogativa de formalizar e unir-se em união estável. A referida decisão foi proferida no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade - ADI 4277-DF e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 132-RJ. Anteriormente, a união estável era um direito apenas do homem em conjunto com a mulher, conforme interpretação à luz do Código Civil de 2002, em seu art. 1.723. O Pretório Excelso extirpou a expressão "homem e mulher" da interpretação do dispositivo legal, permitindo, desta forma interpretação extensiva aos casais de mesmo sexo.

Nessa esteira, o STF conferiu às relações homoafetivas as mesmas prerrogativas e nuances das relações heteroafetivas, quebrando, até então, um dos maiores paradigmas de nosso ordenamento jurídico. Vale mencionar, outrossim, a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, que determinou a vedação às autoridades competentes em recusar-se a habilitar e celebrar o casamento civil ou a conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Para o desenvolvimento da pesquisa serão utilizados os métodos dialético e hipotético dedutivo, valendo-se o arcabouço pesquisado de ampla amostragem jurisprudencial, bem como reminiscências legislativas e doutrinárias.

Diante do exposto, inicialmente cabe-nos realizar uma reflexão acerca de interpretações jurídicas Constitucionais realizadas historicamente e Contemporaneamente, sempre com enfoque nos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, tais quais o da Igualdade e o da Dignidade da Pessoa Humana, sempre em contraponto às práticas discriminatórias e vilipendiadoras de direitos.

No Terceiro Capítulo traremos à baila diversos julgados tradicionais e de vanguarda para que possamos fazer um cotejo analítico acerca dessa evolução jurisprudencial. Conceituaremos, outrossim, a evolução do conceito de família e as suas mais diversas e novas configurações.

Por fim, ao longo deste estudo serão diferenciados os conceitos contemporâneos de família e a evolução da estrutura familiar até adentrarmos de fato na Consolidação do Estudo da Adoção Homoafetiva e a sua importância para a efetivação dos direitos das pessoas humanas com orientação homossexual, com o intuito de demonstrar a trajetória da efetivação da adoção por casais homoafetivos no nosso ordenamento pátrio.

2. DIREITO DE FAMÍLIA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O Direito familiar é o âmbito responsável por regulamentar as relações que envolvam as configurações familiares. Precipualemente, vale frisar que este segmento possui como base de sua cadeia hermenêutica os princípios da dignidade da pessoa humana; igualdade e respeito à diferença; e pluralismo das entidades familiares, que serão explanados a seguir.

Conforme os ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias¹:

A família não traz consigo a pretensão da inalterabilidade conceitual. Ao revés, composta por seres humanos, decorre, por conseguinte, uma mutabilidade inexorável na feição da família, apresentando-se sob tantas e diversas formas quantas forem as possibilidades de se relacionar, ou melhor, de expressar o amor.

O princípio norteador das relações humanas e tido como personificador do Estado Democrático de Direito, constante do primeiro artigo da Constituição Federal é o da Dignidade da Pessoa Humana. A este é incumbida a responsabilidade de elucidar os direitos humanos, bem como aferir a efetividade da justiça social, sendo, portanto, nos ensinamentos de Maria Berenice Dias², “valor nuclear da ordem constitucional”. É, como se sabe, princípio em sentido amplo, que se ramifica e se estende aos demais em razão da elevação, por parte da ordem constitucional, da Dignidade da Pessoa Humana como norma fundamental do Ordenamento Jurídico Internacional.

Carlos Roberto Gonçalves³ é bastante elucidativo em sua posição sobre o assunto elucidando que o Estado não deve se limitar apenas a criar políticas de prevenção às ações que violem a dignidade, deve, outrossim, estender ao povo o mínimo existencial suficiente a manter sua sobrevivência. O direito das famílias está intimamente ligado aos direitos humanos no que tange a obrigação do Estado em dar tratamento justo a todas as pessoas da célula familiar.

Portanto, qualquer individuo goza da prerrogativa de formar uma célula familiar na estrutura que entenda adequada, buscar a felicidade de forma incessante, escolher com quem

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 5.

² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7ª ed., 2010, p. 62.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. V.6, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22.

pretende conviver, tal mister estende-se a todos em consequência da observância a um dos princípios basilares de nossa Carta Magna, qual seja, o da Liberdade. Verifica-se de forma clara e hialina a aplicação do referido princípio em procedimento cujo objeto é a adoção de crianças e adolescentes, em que o adotado, a partir dos 12 (doze) anos de idade, tem a poder opinativo para concordar ou não com a execução do processo adotivo⁴. Mais especificidades sobre a adoção serão oportunamente tratadas de acordo com as previsões normativas da Lei Federal n.º 8.069/90⁵.

A liberdade não deve confundir-se com a arbitrariedade, mas sim a responsabilidade que serve como limite ao seu exercício, considerando a liberdade como um valor em si, caracterizado como um direito a que o estado não impeça ações e omissões e uma permissão para fazer ou não fazer o que bem entende, desde que não existam razões suficientes para justificar a restrição da liberdade.

Conforme preleciona Habermas⁶, um estado tolerante não pode impor obrigações que não condizem com uma forma de existência, portanto, não se pode exigir dos cidadãos algo impossível, ou seja, o estado não pode definir um comportamento que seja impassível de se adequar a natureza dos indivíduos.

Outro princípio que é instrumento alicerce do Estado Democrático de Direito é o princípio da igualdade e respeito à diferença. Sabe-se que deste surge o conceito de que todos devem ser tratados de forma idêntica e isonômica, ponderadas as desigualdades para que se atinja, assim, o escopo legal.

Destarte, é de suma importância que se construa mecanismos capazes de não só formalizar, mas que possa, de fato, fazer com que vivenciemos um estado de igualdade. Fazendo uma analogia, com base nesse princípio é vedada a estipulação de qualquer distinção, por exemplo, entre filhos advindos do matrimônio, concubinato ou adoção. Toda a prole deve ser tratada e respeitada isonomicamente, possuem os mesmos direitos sucessórios, familiares, nominais e etc. Maria Helena Diniz⁷ adverte que:

Com base nesse princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, não se faz distinção entre filho matrimonial, não-matrimonial ou adotivo quanto ao

⁴ DIAS, Maria Berenice. op. cit., 2010, p. 64.

⁵ Cf. Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar

§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

⁶ HABERMA, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 142.

⁷ Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 27.

poder familiar, nome e sucessão; permite-se o reconhecimento de filhos extramatrimoniais e proíbe-se que se revele no assento de nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade.

Em relação às questões relacionadas a não observância do Princípio da Igualdade no que concerne à relação entre negros e brancos, apenas para ilustrar ainda mais esta produção científica, vale registrar que a Organização não Governamental (ONG) “Crioula” realizou pesquisa com base em dados e estudos extraídos do Ministério da Saúde, no qual revela e confirma que negros e brancos ainda são tratados de forma desigual no sistema público de saúde brasileiro.

Os resultados da pesquisa se mostram alarmantes, malgrado todo o amparo legal em defesa da proteção igualitária aos cidadãos. Não obstante, segundo a pesquisa supramencionada, a probabilidade de crianças negras e pardas com menos de 1 ano de idade vir a óbito por motivo de doenças infecciosas e parasitárias são 44% maiores do que entre as brancas. No caso específico da tuberculose, o risco é 68% superior ao dos não negros. Também nos registros de morte materna, o risco para mães pretas e pardas chega a ser 41% maior⁸.

É notável a disparidade constatada em sede de pesquisa estatística. A disparidade no atendimento a direitos básicos faz parte de um contexto que desboca em uma realidade social ainda atrelada às questões históricas e não contemporâneas. Aspectos como desinteresse políticos, desrespeito aos direitos humanos e principalmente a falta de cumprimento ao que determina a Carta Magna, não deveriam estar presentes no momento histórico vivenciado.

Se por algum motivo verifica-se a prática de discriminação, albergada por quem deveria fiscalizá-la, a sensação de não observância a direitos e deveres torna-se um perigoso precedente para que outros segmentos da sociedade sigam o mesmo exemplo. Desta forma, o ciclo vicioso do preconceito jamais será extirpado de nosso ordenamento jurídico.

Noutro pórtico, no que tange especificamente a aplicação do princípio em tela em âmbito familiar, é hialino que a efetividade da aplicação principiológica, gera, em tese, a prerrogativa da livre formação do planejamento familiar, bem como a livre escolha do modelo cultural e religioso a ser adotado, tanto dos detentores do poder familiar, como de toda a prole.

Ao passo que se confere à sociedade um tratamento realmente igualitário, tem-se como resposta um estado cuja sensação de segurança jurídica prevalece. Outrossim, é defesa a

⁸ CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES (CUT). **Negros e brancos ainda recebem tratamento desigual no sistema de saúde**. Disponível em: <<http://www.cut.org.br/agencia-de-noticias/38980/negros-e-brancos-ainda-recebem-tratamento-desigual-no-sistema-de-saude>>. Acesso, em: 25 de abril de 2014.

negativa de tal regulamentação quando se refere a vínculos familiares, pois como já dito, é extrajurídico qualquer designação discriminatória com relação à prole, independentemente se advindos do casamento, relação extraconjugal ou por adoção⁹.

É de suma importância dar enfoque não apenas a aplicação do princípio da igualdade no âmbito das relações familiares, mas também a junção deste para com a solidariedade entre os indivíduos integrantes da entidade familiar. Tem-se, pois, que a colaboração e respeito mútuo, são inerentes ao conceito moderno de família, e atrelados à reciprocidade e fraternidade. Vale ressaltar que a adoção de tais condutas é deveras importante durante a relação conjugal, mas é crucial para o bom convívio entre genitores e prole em situação de eventual dissolução do matrimônio¹⁰.

Ainda sob o prisma da Igualdade, com a modernização e elucidação dos direitos humanos foi banido, no âmbito legal, qualquer tipo discriminação por gênero. Destarte, homens e mulheres nutrem dos mesmos direitos, prerrogativas e obrigações. Como preleciona o Artigo 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos¹¹, também conhecida como Pacto de *San José da Costa Rica*.

Na práxis, vencíamos no cotidiano um verdadeiro paradigma social entre o que está estabelecido em sede de direitos fundamentais e o vivenciado nas mais ecléticas e díspares aglomerações urbanas, como se viu, não se restringindo ao âmbito de atuação do cidadão, mas compreendendo, também, ao Estado no que se refere a permissibilidade e convivência com práticas atentatórias à Igualdade e conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana em sentido amplo.

2.1 DA NÃO DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL

A proibição elencada em nossa Carta Constitucional referente à qualquer tipo de discriminação em razão do sexo é um dos alicerces que sustentam o princípio da igualdade. Cinge-se, pois, que não se delimita apenas a distinguir a atuação entre pessoas do sexo

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Das Famílias**. 2ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 45.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. 2010, p. 45.

¹¹ “1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

masculino e feminino. O Artigo 5º¹² da Constituição de 1988, preleciona que todos são iguais perante a lei, aplicando-se tal preceito tanto a brasileiros como estrangeiro, não podendo, portanto, haver discriminação de qualquer caráter.

Ademais, a Carta Magna em seu Artigo 3º¹³ tem como objetivo fundamental a promoção do bem universal, escoimados de qualquer forma de discriminação por raça, cor, idade e etc., sendo, portanto, vedado qualquer tipo de discriminação nesse sentido. O grande problema encontrado em nosso ordenamento é a falta de fiscalização ao cumprimento desses preceitos constitucionais, sobretudo à aplicação de penalidades e cumprimento de decisão judicial.

Partindo-se do princípio que o Poder Judiciário é fiel executor das normas regentes das relações sociais, quando nos depararmos com situações em que se observem a discriminação por orientação sexual, sem que haja a devida formalização de um processo que acarrete punição, surge um sentimento de injustiça, insegurança jurídica bem como falta de observância de preceitos constitucionais. O caminho para uma sociedade justa está no respeito às diferenças verificáveis entre os cidadãos.

Vale salientar que vigoram no ordenamento jurídico internacional dois tratados internacionais de direitos humanos que corroboram o direito à livre orientação sexual, são eles, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, especificamente no art. 26 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, intitulado como Pacto de *San José da Costa Rica*, na dicção dos artigos 24 e 29. Registre-se que ambos dispositivos legais são congregados pela ordem interna brasileira, respectivamente pelo Decreto Federal n.º 592/02 e 678/92, senão veja-se:

“Art. 26:

Todas as pessoas são iguais perante a lei e tem direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. (Decreto Federal nº 592/02)”

“Art. 24:

¹² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

¹³ 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 quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, Constituição Federal de 1988, p. 24, 2009)

Igualdade Perante a Lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, tem direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.”

Art. 29:

Normas de Interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada o sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupos ou pessoas, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidas na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;
- d) excluir ou limitar o efeito que possa produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. (Decreto Federal nº 678/92)”.

Assim, não é admitido, nem poderia ser, qualquer tipo de discriminação relacionada a livre orientação sexual pelos indivíduos. O judiciário e o Estado não podem ficar silentes diante de situações que atinjam as normas constitucionais e os compromissos de direito internacional, ratificadas em convenções internacionais, como é a dos Direitos Humanos, sob pena de incorrer em retrocesso social. O momento vivenciado que eleva e preza pelos princípios da igualdade, felicidade e dignidade da pessoa humana.

2.1.1 Princípio da Proteção Integral

A Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, elenca diversos princípios norteados pela dignidade da pessoa humana, elevando o indivíduo como titular de direitos e deveres sociais referentes à efetivação de direitos fundamentais de modo a combater a prática de abusos contra a vida ou as prerrogativas inerentes ao ser humano.

Nesta mesma esteira, os direitos regulamentados em favor de adolescentes que cometem atos infracionais não podem, de forma alguma, ser vilipendiados, tampouco ser caracterizado pela não punibilidade a pessoas que abusam e não respeitam a sua concretização. O adolescente é indivíduo em pleno desenvolvimento e necessita de amparo e regulamentação legal, sobretudo dos agentes públicos que aplicam e executam os dispositivos legais e normativos, de modo a ser afastado do convívio de toda e qualquer pessoa que possa ensejar uma exposição a agentes e ambientes relacionados às drogas e ao crime.

No que concerne raiz da concepção da doutrina da proteção integral, que parte do princípio da identificação com a dignidade e a prioridade no tratamento, Munir Cury e Antônio Fernando de Amaral¹⁴ lecionam que:

Ao romper definitivamente com a doutrina da situação irregular, até então admitida pelo Código de Menores (Lei n.º 6.697, de 10.10.79), e estabelecer como diretriz básica e única no atendimento de crianças e adolescentes a doutrina da proteção integral, o legislador pátrio agiu de forma coerente com o texto constitucional de 1988 e documentos internacionais aprovados com amplo consenso da comunidade das nações. (...) É nesse sentido que a Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história brasileira, aborda a questão da criança como prioridade absoluta, e a sua proteção é dever da família, da sociedade e do Estado.

Todo ser humano possui direito a vida digna, todavia, não é o que vivenciamos em nossa sociedade, haja vista que, como é sabido, milhões de pessoas em todo o mundo vivem em estado crítico de subsistência. Não obstante, a proteção integral não pode advir sem a base universalização dos direitos, sobretudo os que se referem à informação relativa as prerrogativas de direitos e do compromisso universal que os indivíduos possuem.

Nesse sentido, cabe não só aos agentes públicos, mas também às famílias a responsabilidade na elucidação de direitos, seja organizando-se para exigir, ou cooperando individualmente com o alastramento de uma idéia baseada na prática de efetivação constitucional.

Com efeito, a Doutrina da Proteção Integral surgiu e foi amplamente elucidada nos tratados e convenções, tal qual a Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990.

Nos ensinamentos Wilson Donizeti Liberati¹⁵, a doutrina da proteção integral aduz, que o direito da criança não deve ser exclusivo da famigerada “categoria” de “menor”, classificado como “carente”, “abandonado” ou “infrator”, mas deve dirigir-se a *todas* as crianças e a *todos* os adolescentes, sem qualquer tipo distinção, sob pena de não cumprir com sua finalidade. Assim, verificamos que as ações responsáveis pela efetivação de proteção devem albergar todos os direitos dispostos nos tratados internacionais de direitos humanos, bem como pelos dispositivos legais internos.

¹⁴ AMARAL, Antônio Fernando de; CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 11. ed. Atualizado de acordo com a Lei 12.010, de 3.8.2009. Munir Cury (Coord.). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 17.

¹⁵ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 20.

Assim, todas as crianças e adolescentes são sujeitos de todos os direitos constitucionalmente assegurados, pois fazem parte de um leque de direitos e garantias fundamentais abalizados em nossa carta magna.

Em se tratando especificamente na aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, com base na proteção integral, o Ordenamento Jurídico Brasileiro, vem em inúmeras decisões aplicando a efetivação do aferimento da aplicação da proteção integral¹⁶.

Não obstante às controvérsias doutrinárias, e, ainda sob o prisma da Proteção Integral na égide do ECA, é fato que o adolescente ainda é um sujeito em formação, física moral e emocional e que, por tal motivo, não pode ser responsabilizado como adulto fosse pelas infrações que venham a cometer. Mas responderão pelos seus atos infracionais segundo uma legislação especial e recebendo tratamento “condizente com a sua condição especial de pessoa em desenvolvimento”¹⁷.

Portanto, quando da aplicação do Estatuto do Adolescente, leva a desestigmatizar a concepção ideológica do adolescente, enquanto “delinquente” passando a ser, de fato visto como de sujeito direitos. Nesse sentido, o art. 1.º do Estatuto da Criança e do Adolescente, preleciona, que: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. Munir Cury¹⁸, acerca das origens desta proteção e da importância das diretrizes internacionais das quais se originou, assevera:

A proteção integral dispensada à criança e ao adolescente encontra as suas raízes mais próximas na Convenção sobre o Direito da Criança, aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 20.11.1989 e pelo Congresso Nacional brasileiro em 14.9.90, através do Dec. Legislativo 28. A ratificação ocorreu com a publicação do Dec. 99.710, em 21.11.90, através do qual o Presidente da República promulgou a Convenção, transformando-a em Lei. O espírito e a letra desses documentos internacionais constituem importante fonte de interpretação de que o exegeta do novo Direito não pode prescindir.

Portanto, não é demais pontuar que a proteção integral adentrou no Brasil aderiu veio a reforçar, ainda mais a idéia de que o estado democrático de direito apenas é completo

¹⁶ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se sedimentando no sentido de reconhecer a necessidade de aplicação da proteção integral como razão de eficácia da aplicação das sanções. Sobre o assunto versam os seguintes acórdãos: Superior Tribunal de Justiça (STJ), Habeas Corpus (HC) n.º 189.462/DF, Rel. Min. Marilza Maynard, Quinta Turma. Publicação no DJe, em: 25.03.2013.

¹⁷ FREITAS, Tais Pereira. **Serviço Social e medidas socioeducativas**: o trabalho na perspectiva de garantia de direitos. Serviço Social Sociedade, São Paulo, n.º 105. P.30-49, janeiro/março, 2011, p. 34.

¹⁸ AMARAL, Antônio Fernando de; CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 11. ed. Atualizado de acordo com a Lei 12.010, de 3.8.2009. Munir Cury (Coord.). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 18.

quando da observância de todos os preceitos constitucionais relacionados a elucidação dos direitos fundamentais.

Por fim, nos ensinamentos de Paulo Bonavides¹⁹, a interpretação constitucional vigente, presente em qualquer ramo do direito traduz-se, necessariamente, na aplicação corriqueira dos preceitos fundamentais. Sendo, portanto, esta a verdadeira personificação do Estado Democrático de Direito, onde de fato, a igualdade de tratamento aferido no aspecto legal, não é destoante da aferida nas práticas habituais de convívio em sociedade.

Em momento posterior à promulgação da Carta Política de 88, após longas e vorazes batalhas sociais e políticas as entidades familiares quebraram o conceito engessado de família patriarcal nos moldes Código Civil Brasileiro de 1916, e, culminaram em novas estruturas, bem mais modernas, abandonando-se, de uma vez por todas a idéia de que o modelo apropriado seria pautado no sistema familiar matrimonial. Hodiernamente, diversos moldes são consagrados, constituindo uma nova fase na estrutura da família contemporânea, ensejando, pois, o novo molde de estruturação pautado no princípio do pluralismo das entidades familiares, como bem pontua Maria Helena Diniz²⁰.

Nessa nova ótica familiar, até mesmo as famigeradas relações extraconjugais obtiveram o devido reconhecimento pelo ordenamento jurídico, demonstrando o que demonstra a grande evolução no Direito de Família. Outrossim, em momento posterior e já contemporâneo, as famílias homoafetivas também foram recepcionadas pelo Direito brasileiro. Portanto, o novo sistema que envolve a realidade do Direito de família hodierno pauta-se na busca incessante pela felicidade.

Nesse sentido, ordenamento jurídico pátrio finalmente ponderou a realidade das famílias e dos cidadãos que querem encontrar um mecanismo capaz de estreitar as relações familiares independente de vínculo sanguíneo, dando respaldo ao sistema jurídico de modo a dar um respaldo no sentido de não mais se eximir no que concerne à aplicação efetiva da proteção jurídica a todo e qualquer célula familiar.

As novas estruturas familiares são alicerçadas a partir de um elo de afetividade cujo comprometimento é recíproco, não engessado ao poder familiar, levando, portanto, em consideração os laços de convívio afetivo de igual sorte àqueles formados por aspectos meramente sanguíneos²¹.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 377.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. 2010, p. 42.

²¹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. 2010, p. 47-48.

2.2. A TRANSIÇÃO DO PÁTRIO PODER PARA A EFETIVAÇÃO DO PODER FAMILIAR E SUAS CONSEQUENCIAS

Historicamente a sociedade brasileira foi instruída e influenciada de modo a seguir os dogmas político-religiosos de cada época, de acordo com os interesses de cada uma. Sempre fomos levados a nos posicionar de acordo com o modelo de família tradicional, que na esmagadora maioria era centralizado na figura de um pai, que detinha consigo o poder de toda aquela estrutura social, que a bem da verdade, era bem mais relacionado a um clã político do que uma célula familiar, o famigerado pátrio poder foi por muito tempo a base da estrutura familiar da sociedade.

A expressão “pátrio poder” antes presente em todas as relações familiares, felizmente sofreu a devida alteração de modo a enaltecer, com a promulgação do novo código civil de 2002, com o intuito de acompanhar a evolução jurídica advinda da Carta Magna de 1988. Hodiernamente, o instituto Família é dividido entre seus gestores, as atividades e obrigações passaram a ser de fato desempenhadas em conjunto, tanto pelo homem como pela mulher.

Dessa forma, o instituto do poder familiar sofreu importante evolução no que concerne a quebra do sistema mandatário para uma comunhão de cumprimento de deveres e obrigações mútuas entre os detentores de tal mister.

Essa modificação deriva, principalmente, da igualdade de direitos entre o homem e a mulher. O legislador preferiu, portanto, uma expressão mais condizente com a atual realidade, tendo em vista que o termo “pátrio poder” fazia referência apenas ao papel do genitor como figura proeminente na relação parental. Destaca Arthur Marques da Silva, que, na realidade, ambos os genitores possuem poderes iguais²².

A principal particularidade encontrada no modelo supracitado era a de conferir aos genitores o compartilhamento do desenvolvimento saudável entre os genitores e filhos, não havendo impedimentos de qualquer natureza no que tange ao exercício do poder familiar. Nesse sentido, a formalização da estrutura familiar ainda era moldada na composição entre pai, mãe e filhos.

Vivenciamos hoje, felizmente um período cuja evolução encontra-se ainda mais acentuada, principalmente no que tange ao surgimento de novas estruturas familiares em que

²² FILHO, Arthur Marques da Silva. **Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, existência, anulação**. 2ª ed., ver. atual, ampl- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.66.

se disseminou o poder familiar, destituindo-se o modelo em que a concentração apenas figuração nas mãos dos genitores.

Portanto, a nova estruturação insurge do exercício do poder por ambos os genitores, sendo dividida por igual todas as responsabilidades atreladas à proteção, arrimo, amparo, formação social, educacional e psicossocial que são indispensáveis ao bom desenvolvimento, enquanto cidadão, a qualquer indivíduo em formação. Tal fato auxilia, outrossim, a integração íntima familiar haja vista que, agora, os ideais são comuns a todos os atores da célula familiar.

Vale sempre salientar que malgrado haja grande incidência de casos em que ocorra o contrário, as obrigações familiares são de cunho estritamente personalíssimas, não sendo é passível de renúncia, transferência ou alienação.

Ademais, sabemos que as relações afetivas estão sujeitas a passarem por problemas e acarretar em dissolução, todavia, deve-se ter a compreensão de que o relacionamento apenas termina para o casal, mas o Laço familiar entre pai e filho deve continuar, para que desta forma, haja um relacionamento saudável pós-dissolução sem que o fato social atrapalhe no desenvolvimento da prole.

O direito a convivência é estendido aos filhos mesmo independente da situação conjugal entre marido e mulher, nesse ínterim, as obrigações inerentes ao exercício do poder familiar devem se perpetuar até que a prole possa de fato concluir a fase de desenvolvimento psicossocial. O rompimento do laço afetivo entre homem e mulher não deve impor barreiras a continuidade do relacionamento entre pai/mãe e filho, sob pena de incorrer em verdadeira prática de alienação parental, o que é sobremaneira prejudicial ao desenvolvimento dos filhos e que pode acarretar danos psicológicos indescritíveis.

A concretização do afeto e a busca incessante pela felicidade tornaram-se um dos mais importantes objetivos da sociedade brasileira, graças à elucidação da efetivação dos direitos fundamentais albergados na Carta Magna de 1988, nesse mesmo sentido, TEPEDINO²³ arremata:

“A maior preocupação da atualidade é com a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social”

Portanto, tem-se, pois, que o instituto do Poder Familiar é deveras importante para a concretização da família brasileira, sobretudo no que concerne a boa formação psicossocial da

²³ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. 2ª ed.ver. atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

prole, e não deve, de forma alguma, ser prejudicado por fatos alheios ao exercício de tal poder, devendo restringir-se a em comum acordo traçar planos efetivos de garantia de direitos e obrigações familiares.

Não obstante a política de sustentação do exercício do poder familiar, tal conceituação não é absoluta, o Código de 2002, estipula em seu Art. 1634 que o poder familiar será exercido conjuntamente por ambos os pais, e a eles é devida o exercício de todas as prerrogativas, contudo, tal mister não quer dizer que os filhos são meros coadjuvantes passivos da relação familiar.

Tal colocação evidencia que ambos, pais e filhos são titulares recíprocos de direitos e obrigações. Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe, “na forma que dispuser a legislação civil”.

Entretanto, o ordenamento prevê situações em que possam ensejar a suspensão ou a extinção do poder familiar. O estado exerce a função fiscalizadora das relações familiares, e, diante do caso concreto, pode suspender ou até extinguir o exercício do poder familiar.

Malgrado a aplicação das referidas sanções serem possivelmente aplicadas aos genitores, estas não se configuram como pena, tendo em vista seu caráter não punitivo. Tal procedimento é realizado de modo a preservar o interesse dos filhos.

A depender do caso concreto, o magistrado aplicará o dispositivo legal em consonância com as atitudes do transgressor. As referidas sanções estão elencadas nos artigos 1635 a 1638 do Código Civil de 2002. No que tange a aplicação da suspensão do poder familiar, regulamentado pelo artigo 1637 do Código Civil Pátrio, por se tratar de uma situação de caráter mais leve, a suspensão é consequência da caracterização de abuso de autoridade ou descumprimento dos deveres inerentes aos genitores, dentre outros²⁴.

O fato do poder familiar possuir *munos publico*, no dizer de DINIZ²⁵, significa que tal mister deve ser exercido visando os interesses dos filhos, e enquanto menores e não emancipados forem, o estado tem o dever de controle, em razão do comportamento negativo do genitor, pelo fato de tal situação prejudicar o bom desenvolvimento psíquico do menor.

Nesse sentido, o Estado priva por tempo determinado o exercício do poder familiar. Exemplo trazido na obra de Maria Helena Diniz é a situação em que o pai é afastado do exercício do poder familiar pelo fato de estar dilapidando o patrimônio do filho.

²⁴ Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2002).

²⁵ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., 2010, p. 70.

Contudo, nada impede o pai de retornar ao exercício se a causa que deu origem a tal ruína se esvaír, pois a sanção visa preservar os filhos de forma a afastar a influência negativa do genitor em razão da quebra da confiança e do dever de exercer o poder familiar conforme preleciona a legislação infraconstitucional.

São outros motivos de suspensão do poder familiar a comprovação de que o pai ou a mãe comete maus tratos, é má influência social, utiliza de convivência cruel ou perversa para com os filhos²⁶.

Vale ressaltar, ainda, que a suspensão pode ser aplicada a todos os filhos, mas pode ser aplicada isoladamente. Por fim, é de salutar importância tecer algumas informações acerca do instituto da Extinção do Poder Familiar, podendo ser acarretada por causas naturais podendo se configurar pelas causas naturais como a morte dos pais ou do filho, a emancipação, a maioridade ou em relação de sanção imposta por decisão judicial, toda estas hipóteses estão elencadas no art. 1635²⁷ do Código Civil.

Em relação à situação encontrada na inteligência do Art. 1635, V c/c Art. 1638, encontramos guarida para proteção das crianças e adolescentes em formação de sorte a impedir o convívio não sadio com os pais em consequência de atitudes como maus tratos, abandono afetivo, prática de atos imorais que ferem aos bons costumes.

O ordenamento jurídico não pode deixar a prole a mercê de maus genitores tendo em razão da Doutrina da Proteção Integral, e da aplicação dos mais nobres princípios fundamentais, dentre eles o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, respeito e da busca incessante pela felicidade.

Cabe ao Estado a realização da proteção à criança e ao adolescente e colocá-los a salvo de toda a violência e opressão, seja de onde esta vier. No dizer de LÔBO²⁸, na dimensão do tradicional pátrio poder, era inconcebível o poder de castigar fisicamente o filho, todavia, na dimensão do poder familiar, fundado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, não há como admiti-lo. Cada vez mais nos deparamos com uma sociedade em que

²⁶ BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de Direito Civil; Direito de Família**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1980. V.2., 285.

²⁷ Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638. (BRASIL, CÓDIGO CIVIL, 2002).

²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**. Álvaro Villaça Azevedo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003. V.3. XVI., p. 24.

não se admite a prática de abusos contra crianças e adolescentes, a proteção a estes indivíduos é garantia constitucional de eficácia plena e ilimitada.

O poder judiciário tem se posicionado cada vez mais no sentido da garantia e da aplicação de tais direitos. Todavia não podemos deixar de comentar a situação dos centros de recuperação de menores infratores, sobretudo os famigerados CEDUC's, haja vista que é sabido a condição desumana em que menores infratores são tratados.

Tanto a suspensão como a perda do poder familiar necessitam de um processo judicial formalizado, devendo a referida ação ser proposta por um dos genitores em desfavor do outro. O Ministério Público possui, outrossim, esta prerrogativa, situação em que será nomeado curador para mediar à situação. A maior problemática em relação à extinção do poder familiar refere-se ao local em que as crianças permanecem durante o curso do processo, que geralmente é bastante longo.

Geralmente as crianças são encaminhadas a abrigos e/ou famílias substitutas. Em razão da demora no curso do processo a criança se desenvolve adolescente e torna-se praticamente “inadotável” em razão da idade avançada, pois, como se sabe, a busca por crianças na lista de adoção leva em conta muito a idade inicial dos “adotandos”.

2.3 O SURGIMENTO E A EFETIVAÇÃO DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Nos tópicos seguintes serão tratados os principais aspectos da evolução da estrutura familiar e das suas diversas classificações com as nomenclaturas usuais. A complexidade das relações sociais deu vazão para a ampliação das formas de agremiação humana que caracterizam o núcleo familiar. Distintamente de concepções antigas, e como já tratado neste estudo, não existem óbices jurídicos para a aceitação de famílias cuja formação não seja no formato clássico de “pai (sexo masculino), mãe (sexo feminino) e filhos”.

2.3.1 Transformação na estrutura da família brasileira

Hodiernamente a estrutura família brasileira tem sofrido expressivas transformações, sobretudo no que tange estrutura. A cada dia que passa a família brasileira se apresenta mais eclética e regulamentada pura e simplesmente com a adoção da busca incessante pela felicidade. Abandonou-se o opressor laço familiar obrigatoriamente formalizado pelo casamento.

2.3.2 Quebra da estrutura familiar patriarcal

Tal fato deve-se, dentre outros fatores, mas em especial a derrocada do conceito de família petrificado na imagem patriarcal, tendo aquela figura centralizadora de poder e decisão, o *pater*. A ramificação da família estruturada de antigamente possuía atores subalternos, tais quais esposa, filhos, genros, noras e netos, perfazendo, portanto a hierarquia familiar.

Felizmente, o momento vivenciado apresenta-se através de novas, mutáveis e periódicas transformações no que concerne a estrutura familiar, todavia, o respeito a quem escolhe perpetuar-se com o tradicional apesar de lastimável, é necessário para manutenção do bom convívio²⁹.

Destarte, é primordial que diante de tal evolução, realizemos um exame crítico e vanguardista deixando de lado os preconceitos, abrindo horizontes para empreender uma visão pluralista da família brasileira, dando, de fato respaldo aos diversos conceitos familiares.

Regiraremos, sempre que possível e necessário, a importância de aclarar que estas novas estruturas pautam-se nos laços de afetividade, convívio e socialização, independentemente da presença ou ausência de centro hierárquico. O novo paradigma da entidade familiar cinge-se em uma metodologia comprometida com o indivíduo em si, aos seus almejos e anseios, deixando de lado a errônea visão de que sinônimo de família sólida é aquela que concentra riquezas e um leque de pessoas subordinadas ao *pater*³⁰.

Nesse sentido, é de uma clareza solar que a finalidade da família contemporânea é a busca pelo fortalecimento do afeto puro e simples, dentro de uma estrutura juridicamente respaldada em todos os seus efeitos obrigacionais e patrimoniais. Com efeito, cada uma das

²⁹ DIAS, Maria Berenice. Op. cit. 2010, p. 44.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. Op. cit. 2010, p. 42.

“formas” de família deve possuir arrimo jurídico para sua proteção e integridade, inclusive no pertinente à transmissão de bens e compromissos alimentares.

2.3.3 Novas estruturas familiares

Fica registrado, portanto, que o novo conceito de Família está atrelado à percepção de que seu núcleo não é mais centralizado nas mãos de um patriarca ou uma matriarca, tampouco há a formação da entidade com a junção de apenas ascendentes e descendentes em um espaço físico, surgindo, assim, os vários modelos de organização familiar.

Família Monoparental

Diante do surgimento das novas classificações da estrutura familiar, ultimamente vem surgindo, cada vez mais, a célula constituída por apenas um de seus genitores juntamente a prole, ou seja, um pai/mãe e seus filhos. A doutrina nomeia esta com a nomenclatura de Família Monoparental, de modo a ressaltar o comparecimento de somente um dos genitores, que centraliza a titularidade do poder familiar.

Família Anaparental

Vale novamente que salientar que não obstante ao número indivíduos presentes em um ciclo familiar, as estruturas modernas têm buscado seu fortalecimento pautados na busca incessante pela felicidade.

Portanto, não é requisito indispensável para que o indivíduo possa fazer jus aos direitos fundamentais, sobretudo patrimonial e nominal, que a família a qual faça parte, esteja atrelada a uma estrutura tradicional. Vivenciamos, pois, uma fase no direito de família

que não se despreza, seja qual for o molde, a garantia dos direitos inerentes aos atores da célula familiar, sob pena de incorrerem em prática discriminatória.

Portanto, a entidade familiar faz jus ao devido amparo jurídico independente da idade, grau de parentesco, orientação sexual, cor, raça e de seus integrantes. Diante dessa nova perspectiva, temos que, a convivência entre pessoas com o intuito de unir-se em um ambiente familiar, independente do parentesco consanguíneo, é intitulada pela doutrina como família anaparental³¹.

Família Eudemonista

É do senso comum que as relações de afeto são propícias a fracassarem no que concerne ao mantimento da família, após a dissolução do matrimônio, cada vez mais temos a incidência de pessoas cuja vontade de unir-se e de não se entregar a solidão é maior que tudo, pautada, outrossim, na busca e efetivação do direito a felicidade plena de seus membros, caracterizada como comunhão de afeto recíproco, identificado pela comunhão da vida de amor e afeto no plano igualitário. Pode ser citada como exemplo a junção de amigos que convivem unidos entre si, constituindo, desta forma, o conceito de família eudemonista³².

Família Pluriparental

Noutro pórtico, temos aqueles indivíduos cujos relacionamentos passados não renderam frutos afetivos matrimoniais, aqueles que não se quedam ao interstício, dão prosseguimento à vida, e continuam a busca pela reconstrução da vida conjugal com outra pessoa, o que pode se verificar, e comprovar com a incidência cada vez maior da família pluriparental. No dizer de Maria Berenice Dias³³, são compostas através de relações parentais fomentadas, em sua maioria, pelo divórcio, onde um ou ambos são egressos de casamentos anteriores, trazendo para a nova família seus filhos.

³¹ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., 2010, p. 48.

³² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., 2010, p. 313-314.

³³ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., 2010, p. 49.

Família Paralela

Não podemos deixar de registrar um instituto historicamente perseguido e que sempre foi marginalizado em relação às demais entidades familiares e jamais antes, gozou de status de entidade familiar. Falamos sobre família paralela. Negar a sua ocorrência e existência em nossa sociedade é de fato cair no profundo senso de injustiça e hipocrisia. É do conhecimento de todos que relação concubinatória sempre foi e será malvista pela sociedade, sobretudo aos adeptos de dogmas religiosos e os que prezam, de fato por valores éticos e morais.

Contudo, é claro e hialino que para uma relação acontecer dentro da legalidade, é necessário a manifestação da vontade de ambos, e, conseqüentemente, a incidência do afeto nesse tipo de relação é crucial. Hodiernamente, não restam dúvidas que essa configuração deste tipo de estrutura familiar gera e dá ensejo à adoção de efeitos jurídicos, tal qual a família dita como oficializada³⁴.

Malgrado a ruptura dos paradigmas relativos aos valores morais e éticos o direito não teria como banir de nossa sociedade, e deixar desguarnecida a prole advinda relação de traição entre marido e mulher. A prole nada tem a ver com tal fato social. De forma louvável o legislador inclinou-se no sentido de assegurar a estes todos os direitos e vantagens adequadas ao bom desenvolvimento psicossocial e intelectual, a luz dos princípios norteadores dos direitos garantistas de família.

A entidade familiar, portanto tem a prerrogativa de ser formada por pessoas que se identificam pela comunhão de interesses comuns relativos ao amor, afeto, senso de igualdade e justiça, liberdade vontade de constituir um lar e, sobretudo a reciprocidade, elemento indispensável à boa formação afetiva da família.

Destarte afastou-se a presença daquele famigerado formato hierárquico, passando-se a corroborar um modelo mais democrático do poder familiar, e, conseqüentemente, a não aplicação excessiva de dogmas morais, políticos e religiosos na formação da referida estrutura, o que acarreta, por conseqüência, a diminuição da interferência estatal no cotidiano das famílias.

³⁴ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., 2010, p. 50.

A família homoafetiva

Cabe mencionar que o marco inicial da alavancada jurisprudencial em nosso ordenamento jurídico no que concerne ao direito de família, sobretudo as relações afetivas entre pessoas de mesma orientação sexual. De forma efetiva, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da união entre pessoas do mesmo sexo, tema objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132), reconhecendo, pois, a união estável para casais Homoafetivos.

A Família Homoafetiva historicamente sempre foi e é vítima de preconceito em diversos segmentos de nossa sociedade, infelizmente, até mesmo do estado, órgão que detém a missão de proteger o cidadão, em razão do fato de até pouco tempo a incidência da omissão legislativa trazida pelo código civil de 2002 colocou em situação periférica a regulamentação das relações homoafetivas.

Sem mencionar o preconceito sofrido pela própria sociedade, esta, segregadora do convívio, colocando estes indivíduos, até pouco tempo atrás em situação de ostracismo. A mais grave e injusta propagação do preconceito emergiu de nossa Carta Constitucional. Em seu corpo legal, a CF de 1988 reconheceu apenas união estável entre homem e mulher.

Nesse desiderato, o ordenamento jurídico pátrio tem, devido à evolução jurídica supramencionada, decidido em favor do reconhecimento dessas relações. As uniões entre pessoas de mesma orientação sexual passaram a ter a conceituação e reconhecimento de família, tendo como principal característica o afeto e a divisão de sentimentos e projetos de vida, por isso é inconcebível que lhes seja negada tal caracterização.

Assim, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar cinge-se no novo modelo de família contemporânea, abalizando as mais diversas configurações familiares. Destarte, Rodrigo da Cunha Pereira assevera³⁵:

É da Constituição da República que se extrai o sustentáculo para a aplicabilidade do princípio da pluralidade de família, uma vez que, em seu preâmbulo, além de instituir o Estado Democrático de Direito, estabelece que deve ser assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade. Sobretudo da garantia da liberdade e igualdade,

³⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. 2ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 167.

sustentadas pelo macroprincípio da dignidade, é que se extrai a aceitação da família plural, que vai além daquelas previstas constitucionalmente e, principalmente, diante da falta de previsão legal.

A não regulamentação ao reconhecimento da entidade familiar formada por pares homossexuais é o mesmo que negar a família como um instituto que deva ser regulamentado a luz do princípio de liberdade, presente em nosso ordenamento, e elencado na Carta Magna, devendo a interpretação constitucional se estender, outrossim todos os casais, independentemente de sua orientação sexual. (MEDEIROS, 2011)

Desta forma, a sociedade passará a entender que todas as famílias são livres e iguais, devendo acabar com o benefício apenas para os casais heterossexuais e estender tal reconhecimento também à família homoafetiva. Maria Berenice Dias³⁶ assevera que:

Preconceitos de ordem moral não podem levar à omissão do Estado. Nem a ausência de leis nem o conservadorismo do Judiciário servem de justificativa para negar direitos aos vínculos afetivos que não têm diferença de sexo como pressuposto. É absolutamente discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis homossexuais. São relacionamentos que surgem de um vínculo afetivo, gerando o enlaçamento de vidas com desdobramentos de caráter pessoal e patrimonial, estando a reclamar regramento jurídico.

O Estado eximiu-se, por longos períodos da responsabilidade pela regulamentação das famílias homoafetivas. Acreditamos que a influência da sociedade cristã brasileira possa ter, efetivamente, contribuído negativamente para “vedar os olhos” da justiça brasileira às pessoas de orientação homossexual, o que por si só é um absurdo, haja vista que a República Federativa do Brasil trata-se de um estado laico, pelo menos teoricamente.

3. A EVOLUÇÃO DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL PÁTRIO EM RELAÇÃO À FORMAÇÃO FAMILIAR HOMOAFETIVA

Não são mais novidade as barreiras sociais e dogmáticas impostas às uniões homoafetivas. O casamento sempre foi um instituto sacralizado, que se restringia ao objetivo

³⁶ DIAS, Maria Berenice. Op. cit. 2010, p. 53-54.

de procriação, o que inviabilizava a introdução das famílias homoafetivas no reino dos céus, tampouco no Direito de Familiar. Nesse sentido havia uma barreira social para o devido reconhecimento acerca das famílias homoafetivas pelo fato da sociedade e da Doutrina Cristã não acreditarem que tal segmento da sociedade era pautado no princípio da afetividade.

Portanto, qualquer tipo de identificação familiar era desvinculado do conceito de família homoafetiva. Infelizmente, sempre se teve a idéia de que a aceitação da união entre pessoas de mesma orientação sexual era uma verdadeira afronta à moral e aos bons costumes, a sociedade brasileira sempre se mostrou pseudo-moralista

3.1 PROCESSO DE QUEBRA DO PARADIGMA SOCIAL DO PRECONCEITO NO ÂMBITO JURISDICIONAL

Em um momento não tão longínquo, a Justiça nas esporádicas situações em que de fato reconheceu o vínculo destas famílias, o fez apenas no que concerne a aplicação de efeitos de ordem meramente patrimonial, e, absurdamente as denominava como sociedades de fato. Os casais homossexuais não possuíam guarida no direito das obrigações, travavam uma verdadeira batalha para provar a legitimidade na participação da aquisição de bens.

Prima facie o poder judiciário do Rio Grande do Sul especificamente no ano de 1999, começou com um processo de definição de competência dos juizados especializados em direito de família para apreciar e julgar causas que envolvam relações homoafetivas, tal fato foi o marco jurisprudencial da efetivação dos direitos dos homossexuais no Brasil³⁷.

3.2 CARÁTER DE VANGUARDA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Nesse sentido, foi do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul o primeiro julgado no sentido de reconhecer a união de pessoas de mesma orientação sexual como entidade familiar estendendo o direito de herança ao parceiro, julgado nunca antes

³⁷ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 66.

proferido no Brasil, que impulsionou o Poder Judiciário a iniciar uma tendência a abertura da porta da desigualdade:

Ementa: HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal que vedam discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto á união homossexual. E é justamente agora, quando uma nova onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preconceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecias, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 598362655, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 01/03/2000) (BRASIL, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 598362655, 2000).

Ademais, o TJRS deu inicio ao reconhecimento da família homoafetiva em relação ao direito sucessório, o que foi de suma importância para que se alavancasse e desse inicio a um processo de mudança na forma de pensar de nossa sociedade.

Não é fácil realizar efetivamente uma mudança radical no modo de pensar de uma sociedade que desde os primórdios de sua colonização foi instada a pensar de forma conservadora e com diretrizes religiosas, contudo, o momento chegou e o Colendo Tribunal supracitado com louvor deu o pontapé inicial para o reconhecimento de tais direitos:

Ementa: UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infrigentes acolhidos, por maioria. (Embargos Infringentes Nº 70003967676, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator Vencido: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Redator para Acordão: Maria Berenice Dias, Julgado em 09/05/2003) (BRASIL, Tribunal de Justiça, Embargos Infringentes nº 70003967676, 2003).

Ademais, o entendimento jurisprudencial tem se perpetuado no ordenamento jurídico pátrio, basta que façamos uma análise superficial de um recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO. 1. Recurso especial tirado de acórdão que, na origem, fixou a competência do Juízo Civil para apreciação de ação de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva, em detrimento da competência da Vara de Família existente. 2. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas trouxe, como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional. 3. Apesar da organização judiciária de cada Estado ser afeta ao Judiciário local, a outorga de competências privativas a determinadas Varas, impõe a submissão dessas varas às respectivas vinculações legais construídas em nível federal, sob pena de ofensa à lógica do razoável e, in casu, também agressão ao princípio da igualdade. 4. Se a prerrogativa de vara privativa é outorgada ao extrato heterossexual da população brasileira, para a solução de determinadas lides, também o será à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que tenham similar demanda. 5. Havendo vara privativa para julgamento de processos de família, esta é competente para apreciar e julgar pedido de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva, independentemente das limitações inseridas no Código de Organização e Divisão Judiciária local. 6. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1291924 RJ 2010/0204125-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 28/05/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/06/2013).

Vale registrar outra significativa conquista efetuada pelas pessoas de orientação sexual homoafetiva, o julgamento do Acórdão nº 24.564³⁸ de 02/10/2004 do Tribunal Superior Eleitoral cujo relator é o Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

³⁸ ERESPE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 24564 - Viseu/PA, Acórdão nº 24564 de 02/10/2004, Relator(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES **Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração para se colher o voto do Ministro Presidente, que não participara do julgamento anterior. O Ministro Presidente votou provendo o recurso, nos termos do voto do relator. **Indexação:** Acolhimento, embargos de declaração, ausência, quorum, julgamento, recurso especial, inelegibilidade, existência, matéria constitucional, recebimento, voto, presidente, (TSE). Inelegibilidade, candidato, prefeitura, união, homossexual, prefeito, candidato reeleito, aplicação, súmula, (STF), existência, concurso, patrimônio, jurisprudência, concubinato. (CLE) (EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 24564, Acórdão nº 24564 de 02/10/2004, Relator(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES) (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral nº 24564, 2004)

Inicialmente pode até parecer uma negativa do Tribunal Eleitoral, todavia, em uma visão macro, tem-se, pois, que os efeitos da referida decisão aplicaram extensiva interpretação ao caso em comento, equiparando às relações homoafetivas idênticas obrigações e, por conseguinte, os mesmos benefícios conferidos aos casais heterossexuais.

No momento em que o TSE apreciou a decisão apontando pela inelegibilidade reflexa nas uniões homossexuais, equiparou-a com as relações heterossexuais uma vez que aplicou as mesmas normas legais inerentes às relações familiares, fazendo interpretação análoga com a situação prevista no artigo 14, § 7º³⁹ da CF, que diz ser inelegível o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins.

Em seu voto o Ministro Gilmar Mendes decidiu pela caracterização da união de fato entre a recorrida e a prefeita reeleita de Viséu/PA. A dúvida nodal da questão era escoimar a dúvida de que a união entre pessoas do mesmo sexo dá ensejo à inelegibilidade reflexa, à luz da interpretação do art. 14, § 7º, da Carta Magna.

O TSE historicamente tem entendido que o concubinato, assim como a união estável, enseja a inelegibilidade prevista no referido dispositivo Constitucional, como bem enfatizado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no voto do REspe nº 19.442, de 21.8.2001, vejamos:

[...] as questões acerca do concubinato, do desquite simulado, da irmã da concubina (Súmula nº 7) e tantas outras construções jurisprudenciais que assustaram os ortodoxos, mas, criadas neste Tribunal, vieram a ser consagradas, com uma ou outra exceção, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Vale registrar que o posicionamento jurisprudencial em tela tem como principal finalidade o combate a perpetuação de um mesmo clã político no poder, as chamadas oligarquias, o que é deveras prejudicial ao sistema político nacional, e que a bem da verdade, em grande parte das situações dá ensejo a formalização de cartel, corrupção, tráfico de influencia e outros atos de corrupção diariamente noticiados nos telejornais e na imprensa escrita. Não temos desta forma, como vislumbrar outra perspectiva para estes grupos políticos.

³⁹ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante

(...)

§7º - § 7º - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Ao reconhecer a inelegibilidade do companheiro do chefe do Poder Executivo para o mesmo cargo do titular, considerou que, conforme interpretação no caso de famílias heterossexuais, o fato de impedir a eleição de parentes próximos tem o escopo de impedir o uso da máquina pública de forma contínua, impedindo, assim, flagrante vantagem em relação aos outros candidatos o que por si só retiraria a lisura do processo eletivo.

Em seu voto continua o Ministro Gilmar Mendes:

Em todas essas situações - concubinato, união estável, casamento e parentesco - está presente, pelo menos em tese, forte vínculo afetivo, capaz de unir pessoas em torno de interesses políticos comuns. Por essa razão, sujeitam-se à regra constitucional do art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro ainda não ter admitido a comunhão de vidas entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, acredito que esse relacionamento tenha reflexo na esfera eleitoral.

Ao realizar tal a apreciação do julgamento, o Relator felizmente reconheceu a existência de relações homossexuais e fez uma analogia com a situação da união estável, no casamento ou no concubinato, por se tratarem idênticos laços de afetividade em que pode haver, indubitavelmente, o favorecimento, a prática de nepotismo e Etc.

Portanto, acreditamos que o julgamento da inelegibilidade reflexa em tela foi deveras importante para a alavancada do reconhecimento dos direitos das famílias homoafetivas, sobretudo na mudança da interpretação no sentido de dar o devido reconhecimento e a configuração como entidade familiar, afastamento a caracterização apenas como sociedade de fato.

Ademais, não pode-se negar que os efeitos desta decisão caracteriza-se pela elucidação de direitos fundamentais como o da igualdade e o da não discriminação em razão do Sexo, aplicando, outrossim, o dispositivo legal presente no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

Outro ponto de grande valia para o início da efetivação dos direitos dos homossexuais foi a publicação da Instrução Normativa 25/2000 do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) que passou a conceder auxílio por morte e auxílio reclusão aos companheiros, na condição de dependente preferencial, equiparando-se às situações que envolvam relacionamentos heterossexuais.

Em feliz colocação Maria Berenice Dias descreve o quão importante é a participação da sociedade na perda dos preconceitos e na quebra dos tabus que sempre nos foram impostos, graças a decisão de enfrentar o problema sem temer o julgamento precipitado de terceiros não interessados, arremata:

“Merece ser louvada a coragem de ousar, quando se ultrapassam os tabus que rondam o tema da sexualidade e rompe-se o preconceito que persegue as entidades familiares homoafetivas. Ainda bem que está havendo verdadeiro enfrentamento a toda uma cultura conservadora e firma oposição à jurisprudência ainda apegada a um conceito sacralizado de família. Essa nova orientação mostra que o Judiciário tomou consciência de sua missão de criar o direito. Não pode a justiça seguir dando respostas mortas a perguntas vivas, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no conformismo, para deixar de dizer o direito”.

Daí por diante o que se viu foi uma verdadeira enxurrada de ações cujo objeto era o reconhecimento e constatou-se, assim, o início da evolução jurisprudencial no sentido de reconhecer e dar respostas cada vez mais sólidas, eficazes e bem fundamentadas aos direitos pleiteados em sede de ação judicial.

3.3 PERPETUAÇÃO DO POSICIONAMENTO JURÍDICO A FAVOR DAS UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO:

Em razão da repercussão trazida com as ações em primeiro grau, após um período de omissão jurisprudencial, felizmente o STF decidiu encarar uma realidade irreversível após as longínquas batalhas sociais travadas por movimentos minoritários de afirmação social, tal qual o movimento LGBTTTT - Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros bem como aos grupos de apoio a efetivação dos Direitos Humanos, e decidiu aplicar ao caso concreto a efetivação dos direitos à igualdade e, principalmente a dignidade da pessoa humana, fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O *Pretório Excelso*, juntamente com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), passou a adotar uma postura sensata que afasta a mácula do preconceito, e de uma vez por todas, inicia um processo de desmarginalização da homossexualidade.

Vale mencionar, novamente, que a publicação da Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, do CNJ, que estipulou a determinação da vedação à prática de recusa na habilitação e celebração do casamento civil ou da conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Com a referida decisão, deu-se início a quebra do paradigma burocrático do preconceito com pessoas de orientação homossexual. Em nossa sociedade a incidência da prática de exclusão social dos seres humanos de orientação sexual é deveras acentuada.

Verifica-se a incidência do preconceito nos mais diversos âmbitos de nossa sociedade. Infelizmente o preconceito é resultado de um processo histórico social desde a colonização, ultrapassando os ditames militares do período da ditadura militar cuja política de extermínio de homossexuais era prática comum. Infelizmente, ainda sentimos os reflexos do histórico de preconceito e exclusão social, sobretudo por ser atrelado o conceito de que todo homossexual é promiscuo, utiliza drogas, e é potencial transmissor de doenças sexualmente transmissíveis.

Nesse sentido, é fato que o Estado não pode deixar de reconhecer nenhuma espécie de vínculo familiar, sobretudo aos pautados no afeto e na busca incessante pela felicidade. Tampouco deixar de conferir *status* de família a quem de fato faz jus a tal direito.

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana eleva o cidadão no sentido de garantir-lhe o exercício de todos os seus direitos fundamentais, dentre eles, o da felicidade (CF, art. 1, III)⁴⁰

Nesse mesmo sentido, com o julgamento da ADPF nº132/ADI nº 4.277, o Pretório Excelso direcionou-se no sentido de garantir as prerrogativas constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana no caso concreto, em relação aos casais de orientação sexual homoafetiva, concedendo, com o julgamento da referida decisão, status de entidade familiar e com os mesmos direitos dos quais são titulares os casais heterossexuais. Do voto do Ministro Luiz Fux anuindo ao voto do Ministro Relator Ayres Britto, é possível extrair a seguinte ementa:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONEXA. UNIÃO HOMOAFETIVA. EQUIPARAÇÃO À UNIÃO ESTÁVEL ENTRE HOMEM E MULHER (ART. 226, § 3.º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). ART. 19, INCISOS II E V, E O

⁴⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

ART. 33, INCISOS I A X E PARÁGRAFO ÚNICO, TODOS DO DECRETO-LEI N.º 220/75, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DECISÕES JUDICIAIS DE TRIBUNAIS DE JUSTIÇA, ESPECIALMENTE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. RECEBIMENTO DA ADPF COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, COM APRECIÇÃO DE PEDIDO SUBSIDIÁRIO. GOVERNADOR DO ESTADO: PERTINÊNCIA TEMÁTICA. TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO. DEVER DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CIDADÃOS. GARANTIA INSTITUCIONAL DA FAMÍLIA (ART. 226, CAPUT). CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR. IGUALDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, NA VERTENTE DA PROTEÇÃO DA AUTONOMIA INDIVIDUAL. DIREITOS DE PERSONALIDADE. SEGURANÇA JURÍDICA: PREVISIBILIDADE E CERTEZA DOS EFEITOS JURÍDICOS DAS RELAÇÕES ESTABELECIDAS ENTRE INDIVÍDUOS DO MESMO SEXO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL.1. O Estado é responsável pela proteção e promoção dos direitos fundamentais, à luz da teoria dos deveres de proteção.2. O Governador do Estado atende o requisito da pertinência temática para deflagração do controle concentrado de constitucionalidade dos atos do Poder Público na defesa dos direitos fundamentais de seus cidadãos.3. A garantia institucional da família, insculpida no art. 226, caput, da Constituição da República, pressupõe a existência de relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os membros, bem como a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum e a identidade de uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade.4. A união homoafetiva se enquadra no conceito constitucionalmente adequado de família.5. O art. 226, § 3º, da Constituição deve ser interpretado em conjunto com os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana – em sua vertente da proteção da autonomia individual – e da segurança jurídica, de modo a conferir guarida às uniões homoafetivas nos mesmos termos que a confere às uniões estáveis heterossexuais.6. Interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil de 2002, para permitir sua aplicação às uniões homoafetivas.

No seu voto o Ministro Luiz Fux ressaltou que não haver no ordenamento nacional qualquer lei, decreto ou determinação configurando as relações homossexuais como ilícitas, bem como ao fato de que as mudanças e as evoluções ocorridas na sociedade não podem ser ignoradas, tampouco deixar de ser regulamentado pelo mundo jurídico, deixando claro, outrossim, que a questão versa sobre o reconhecimento de direitos e não o surgimento destes.

É de salutar importância que registremos que sob o prisma do referido julgamento, nenhum dos ministros justificou o seu voto abalizado na justificativa de mutação constitucional. Na prática, o posicionamento da suprema corte foi no sentido de elucidar a

efetivação do reconhecimento de direitos fundamentais inerentes ao ser humano, afastando a interpretação relativa a uma inovação na ordem constitucional brasileira.

Tal posicionamento é de mister importância haja vista que a referida situação trata-se de um fato social, que por vezes foi renegado e tratado como inexistente à luz do direito. Não reconhecer tais direitos seria uma forma de perpetuar a prática de discriminação em, nosso ordenamento jurídico.

Corroborando o os votos supracitados, o Ministro Joaquim Barbosa tece significativos ensinamentos sobre a luta pelos reconhecimentos de direitos e a mudança do paradigma social sobre o tema discutido:

“Note-se que, segundo a vastíssima bibliografia existente sobre o enquadramento jurídico-constitucional das reivindicações das pessoas de orientação homossexual, sobretudo em língua inglesa, houve uma significativa mudança de paradigma ao longo das últimas décadas no tratamento do tema e na natureza das respectivas reivindicações. Com efeito, se é certo que num primeiro momento bastava aos reivindicantes que a sociedade lhes demonstrasse um certo grau de tolerância, hoje o discurso mudou e o que se busca é o reconhecimento jurídico das respectivas relações, de modo que o ordenamento jurídico outorgue às relações homoafetivas o mesmo reconhecimento que oferece às relações heteroafetivas.” (BARBOSA, Joaquim. Julgamento ADPF 132)

O caráter jurídico dos efeitos desta decisão vai além dos efeitos meramente positivistas, observando-se todos os primados constitucionais basilares do Estado Democrático de Direito. É de fato, prática marcante da elucidação de direitos humanos e da regulamentação de direitos fundamentais outrora esquecidos.

O reconhecimento das famílias homoafetivas foi um marco histórico, que apesar de tardio teve a sua regulamentação jurisprudencial graças às pressões sofridas nos mais diversos segmentos de nossa sociedade, sobretudo aos movimentos minoritários de representação.

Por fim, tem-se, pois, que com o reconhecimento jurídico do casamento entre pessoas do mesmo sexo, quebra-se um paradigma histórico, o do reconhecimento legal das Famílias Homoafetivas. Ademais, vale ressaltar que tal instituto põe fim às discussões acerca da dúvida sobre o dever do estado em realizar a devida proteção jurídica a este segmento do Direito Familiar.

Dentro desse contexto, verifica-se que hodiernamente, não tem como se admitir a exclusão da tutela jurídica a qualquer entidade que preenham os requisitos que configurem o direito de família contemporâneo, independente da orientação sexual dos atores que a constituem. Nesse sentido, continua Lôbo escrevendo:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.

Com os efeitos desta Decisão, os casais homoafetivos passam, efetivamente, a gozar de direitos como herança, inscrição do parceiro na Previdência Social, bem como nos planos de saúde - incluindo autorização de cirurgia de risco a prerrogativa da impenhorabilidade da residência do casal, pensão alimentícia e divisão jurídica de bens patrimoniais em caso de dissolução do vínculo matrimonial. Traduzindo, assim, uma das mais importantes evoluções não só do ordenamento jurídico pátrio, mas também no cotidiano da sociedade tupiniquim.

4. O INSTITUTO DA ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO COM REFLEXOS CONTEMPORÂNEOS

4.1 CONCEITO DE ADOÇÃO

Adoção é um ato jurídico em sentido estrito cuja finalidade é criar um laço fictício de paternidade entre pessoas até então estranhas, similar ao resultante da filiação biológica, de concepção direta. Todavia, vale ressaltar que tal ação decorre exclusivamente de um ato de vontade, pois a verdadeira paternidade cinge-se no desejo de amar e constituir laços afetivos, malgrado a sociedade não ter essa visão⁴¹.

⁴¹ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 4. Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 39.

Tem-se, pois, que a adoção precipuamente é uma modalidade de filiação constituída no amor e no afeto, na simples motivação de dar e receber amor, por pura e simples opção. A adoção traduz-se na paternalidade socioafetiva, baseada não no fator biológico, mas no sociológico.

Em nossa carta magna, diversas são as passagens legais em que se resguardam os direitos fundamentais, sobretudo aqueles relacionados a proteção de crianças e adolescentes. Nesse sentido, o art. 222, §6º, passou a dar o enfoque constitucional amplo a este segmento de modo a quebrar o estigma de que a adoção era apenas uma busca contratual para aquisição de uma criança para a família, passando, agora, de fato a buscar um lar, uma família afetiva para a criança. Ressalte-se que a criança adotada agora possui todos os direitos inerentes a prole biológica, sem qualquer distinção de ordem filial ou patrimonial.

É nesse sentido que se extinguiu do ordenamento jurídico a expressão filho adotivo, passando agora a se adotar a expressão filho por adoção, haja vista que a origem da filiação é única e recai quando do ato de adotar homologado em sentença judicial, momento em que é feito o registro de nascimento e início do vínculo parental entre pai e filho⁴².

A adoção é, portanto, o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independente de relação consanguínea vínculo de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha⁴³. Todavia, há que se falar que o processo de adoção é munido de formalidades rigorosas, não se tratando, portanto, um procedimento às escuras em que o adotando a seu bel prazer, escolhe como quer e da maneira que lhes é conveniente.

Portanto, a adoção é antes de tudo uma medida protetiva e uma instituição de caráter humanitário que se por um lado oferece a oportunidade de dar filhos aqueles que por sua vontade ou sua deficiência genética não puderam conceber no âmbito do matrimônio. Não obstante, vale salientar que hodiernamente o conceito de adoção é atrelado ao princípio do melhor interesse da criança.

Nos ditames do artigo 1625 do Código Civil, somente será concedida a adoção que constituir benefício direto para o adotando, bem como deve-se aferir quais as reais vantagens de sua concessão. Passou-se do tempo em que a adoção era apenas um mecanismo para favorecer a alguém como forma de atividade solidária, hoje vivenciamos a busca efetiva pelos valores fundamentais, sobretudo os concernentes a busca incessante pela felicidade.

⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit. 2003, p. 32.

⁴³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: direito de família. Volume 6, 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 31.

Não é a toa que a maioria do procedimento inerente a adoção é feito através do poder judiciário e o acompanhamento do poder público, como forma de fiscalizar a real aplicação da lei, onde deverá se estabelecer todas as condições favoráveis⁴⁴.

Uma vez efetuada a adoção, rompem-se por total os laços entre o adotado e a sua família biológica, com apenas uma ressalva, quanto aos impedimentos matrimoniais entre familiares de primeira linha, evitando-se, deste modo, práticas que atentem contra a ordem pública a moral e os bons costumes. Não obstante as conceituações doutrinárias é de salutar importância que o conceito de adoção deve, sempre estar atrelado ao princípio do melhor interesse para a criança ou adolescente à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente

4.1.2 Histórico da Adoção no Brasil:

Inicialmente o instituto da adoção tem origem na necessidade das famílias sem filhos em dar continuidade ao clã familiar, perpetuando, assim, vínculo parental, tendo em vista que a família que se extinguiu não teria quem lhes cultuassem a memória de seus ancestrais. Ou seja, o direito de adotar era o mecanismo encontrado, nos primórdios, para perpetuar o nome da família perante a sociedade.

O código civil de 1916 regulamentou a adoção baseado em princípios do direito romano, como já dito, tal qual a instituição da continuidade da família, dando a casais estéreis os que a natureza os negou. Todavia, a adoção apenas era permitida a indivíduos maiores de 50 anos, sem prole legítima, em razão da suposta dificuldade encontrada nesta idade para a constituição de herdeiros naturais.

Nesse ínterim, com a evolução do instituto da adoção passou a ser praticamente um rito humanitário. No futuro, teve-se a visão de além de tal fato, aliar ao caráter filantrópico, de sorte a oferecer uma família a quem não possuiu.

Tal modificação, regulamentada pela Lei 3.133 de 1957, trouxe, outrossim, para o ordenamento jurídico a possibilidade de pessoas a partir de 30 anos realizar a adoção, o que possibilitou uma alavancada nos procedimentos adotivos.

Todavia, a regulamentação pelo Código Civil de 1916 era bastante deficitário, sobretudo no que se refere a integração familiar entre adotado e a nova família, tendo em vista que a criança permanecia vinculada a sua família de origem, em razão da interpretação do

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit., 2010, p. 342.

artigo 37 da mesma codificação, que prelecionava que os direitos e deveres resultantes do parentesco natural não se extinguiriam-se com o advento da adoção.

Tal fato era deveras prejudicial ao adotado, haja vista que apesar de ser vinculado ao pátrio poder da familiar e do pai que o adotou, permanecia afincada a sua família de origem, sobretudo as obrigações.

Surgiu deste fato social a famigerada adoção a brasileira, situação onde os adotantes se viam de forma corriqueira a partilhar os filhos adotivos com a família biológica, dando, ensejo a pratica de casais em registrar filhos de pessoas alheias, como sendo seu legítimo.

Já um pouco mais abalizada nos ditames constitucionais da dignidade da pessoa humana e na busca incessante pela felicidade, o ECA trouxe diversas novidades que modificaram a forma de adoção em nosso ordenamento jurídico.

Ao trazer à baila do direito familiar considerações acerca da família substituta, o legislador levou em consideração que a sociedade estava passando por uma mudança de caráter interpessoal, e, que continuar regulamentando as relações familiares sob o prisma engessado do código de menores seria uma afronta aos princípios constitucionais elencados na Carta Magna.

Posteriormente, com a publicação do Código Civil de 2002, a adoção abarca tanto crianças e adolescentes como maiores de idade, sendo exigido procedimento jurisdicional em ambos os casos. Todavia, hoje se instituiu no ECA a nomenclatura uniforme para a adoção, eximindo da legislação pátria tantas quantas nomenclaturas outrora aplicadas.

A bem da verdade o código civil reproduziu o que preleciona o Estatuto da Criança e do Adolescente, malgrado aquele este não tratar sobre normas procedimentais de competência jurisdicional, o que acabou por fixar o juízo da infância e juventude como responsável pela concessão da adoção⁴⁵.

Como mais um mecanismo de efetividade das crianças e adolescentes, e como forma de pragmatizar as relações familiares pautadas no afeto, foi promulgada em 3 de agosto de 2009, a maior evolução relacionada ao instituto da Adoção, trata-se da Lei Nacional da Adoção. Após períodos turbulentos no direito de família, evoluímos para um estado de segurança jurídica nunca antes vista em nosso ordenamento.

Nesse sentido, a nova lei revogou diversos artigos do Código Civil retirando deste qualquer regulamentação sobre o tema, compilando, agora, o assunto no Estatuto da Criança e

⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit., 2010, p. 346.

do Adolescente e na Nova Lei da Adoção, encerrando, agora, a famigerada discussão de que dispositivo legal era responsável por gerir a Adoção.

4.1.3 A Evolução do Instituto da Adoção

Com o advento da nova lei, a adoção passou a ser uma medida protetiva excepcional e irrevogável. Já consta desta regulamentação todos aqueles conceitos de família contemporânea já exposta nesta atividade científica, entendendo-se como família a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Ademais, é presente, por óbvio o conceito de família ampliada, que estende tal conceito além da célula patriarcal, abarcando familiares e parentes próximos cuja união é laçada por vínculos de afinidade e principalmente de afetividade.

Pelo fato de tratar-se de uma medida que visa principalmente a inserção de uma criança em uma célula familiar nova, na nova regulamentação, precipuamente os adotados são ouvidos acerca da do estágio de convivência e sobre possíveis implicações a efetivação da medida, conforme preleciona o § 1º do artigo 28 do ECA⁴⁶. Anteriormente o Estatuto apenas ouvia o adotado de forma esporádica e apenas se possível, atualmente é uma medida crucial para o sucesso da adoção.

Ademais, é obrigatória a realização de uma audiência onde será aferido ou não o consentimento do adotado sobre o processo de adoção, haja vista que o Judiciário não há de compactuar com adoções forçadas e indesejadas pelo ator principal desse sistema de elucidação de direitos humanos que busca, sobretudo, a felicidade.

Nesse mesmo sentido, o nível de afinidade, ou ate mesmo o grau de parentesco era levada em consideração na apreciação do pedido de adoção, como forma de buscar estreitar os laços familiares, assim preleciona o § 3º do artigo supracitado.

É importante destacar que na vigência da legislação anterior que tratava sobre a adoção, não era possível manter irmãos na mesma família responsável pelo processo de adoção. A referida determinação estendia-se à guarda, tutela. Conforme Ana Paula Cipriano, hodiernamente lei de adoção passou a adotar este procedimento como vinculado, salvo a

⁴⁶ Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada

existência de fato impeditivo para a convivência saudável, como a comprovação de histórico de abuso ou maus tratos, ou situação diversa que desnature a relação afetiva entre irmãos.⁴⁷

Ainda no âmbito do fortalecimento das relações, o novo dispositivo legal em seu § 3º⁴⁸ do art. 46 inovou novamente, quando trouxe para o ordenamento a unificação do prazo de convivência previa entre família e adotado, que passa a ser de 30 dias, seja o adotado criança ou adolescente. Na vigência da lei anterior, tal interstício era de no mínimo quinze dias para crianças de até dois anos de idade, e de no mínimo trinta dias quando se tratar de adotando acima de dois anos de vida.

Talvez a mais interessante evolução do processo de adoção, a nosso ver, é a possibilidade de casais divorciados, ou separados judicialmente, possam, em conjunto, adotar crianças ou adolescentes, desde que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, comprovados os requisitos de afinidade entre os envolvidos, e desde que o estágio de convivência tenha sido dado início na convivência entre estes.

Tal inovação acaba por beneficiar e dar espaço para a efetivação da adoção homoafetiva, pelo fato da nova lei conceder a adoção a pessoas que não formam entidade familiar, dando início a quebra de um paradigma que se perpetuou por vários anos em nosso ordenamento jurídico⁴⁹.

4.1.4 A adoção e a efetividade de sua Função Social

A adoção é um instituto deveras importante para a minimização das desigualdades sociais patenteadas nos mais diversos segmentos de nossa sociedade. Malgrado não se tratar de uma medida apenas que reflete sobre o prisma da miséria e da pobreza, tendo em vista que inúmeros são os casos de pais que apesar de possuírem boa condição financeira, optam por não dar prosseguimento na formação social de seus filhos.

⁴⁷ CIPRIANO, Ana Paula. **Adoção**: as modificações trazidas pela Lei n.º 12.010/2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22630/adocao-as-modificacoes-trazidas-pela-lei-n-12-010-2009/2>>. Acesso, em: 24 de abril de 2014.

⁴⁸ § 3º Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 (trinta) dias.

⁴⁹ TARTUCE, Flavio. **Direito Civil. V.5 direito de família**. Flavio Tartuce e José Simão - 8 ed. Ver atualizada e ampliada. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 377.

Por outro lado, ainda há a situação em que jovens dão a vida a crianças indesejadas, por irresponsabilidade ou por não nutrir de sentimento materno-paterno-afetivo, entregam seus filhos para adoção. Inúmeras são as situações cotidianas cujo escopo traduz-se em abandono afetivo, falta de capacidade de gerir uma família, ou até mesmo falta de interesse com a vida de uma pessoa inocente.

Apesar de a adoção inicialmente, se confundir com uma relação estritamente contratual, está, a bem da verdade ligada a uma natureza de cunho meramente afetiva, pautada no amor e na busca incessante pela felicidade. Tal procedimento é por muitas vezes, o elo de salvação de uma família, e na maioria das vezes, uma ponte para a realização do sonho de ser parte integrante de uma família, anseio este que em outrora era mera expectativa, assim define Nader:

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 o 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 dispensados ao filho cosanguíneo.

Nos primórdios do Direito Romano a adoção era apenas uma medida paliativa para beneficiar casais estéreis, hoje em dia tal instituto se reveste de assistencialismo, bem estar social, humanismo e principalmente dar efetividade às garantias elencadas no corpo de nossa Carta Magna.

Vivenciamos o Estado Democrático de Direito, todavia, para que seja elevado a status de pleno, é de uma clareza solar a necessidade da criação de políticas públicas assistencialistas cujas a característica sejam pautadas na elucidação de direitos fundamentais, tais quais, à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Malgrado possuímos todos esses direitos, na prática não são resguardados à maioria da população, e é justamente onde a adoção pode canalizar as relações afetivas, dando oportunidade a inúmeros indivíduos, que muito provavelmente não iriam conseguir dar efetividade a todos os direitos que possuem, se estiver adstrito a um orfanato, tampouco se estiver na rua.

Nesse sentido, hodiernamente, a Adoção já não é caracterizada por seu individualismo familiar cujo único interesse era a manutenção de um clã familiar, ou até mesmo medalha de consolo para casais estéreis, trata-se, assim, de um instituto de solidariedade social e auxílio mútuo.

A busca incessante pela felicidade está intimamente ligada à vontade de constituir uma família, bem como a intenção de dar e receber amor. O Ato de adotar é uma ação da mais pura afetividade e da sensibilidade de dar amor e condições de vida a uma pessoa até então desconhecida.

Graças aos recentes avanços jurídicos de nosso ordenamento, vivenciamos um período de elucidação de direitos e garantias fundamentais, cujos atores sociais de cada segmento têm dado continuidade a um processo de efetivação e de busca pelas prerrogativas que possuem, e, a Nova lei da Adoção veio para dar ainda mais efetividade a tal processo.

No ano de 2009, foi sancionada a nova Lei Nacional responsável por regulamentar a Adoção em nosso país. A referida lei proporcionou ao ordenamento jurídico pátrio uma revolução nas relações familiares, bem como na legislação antes vigente em nosso país, e, acabou por revogar alguns dispositivos do Código Civil, das Leis Trabalhistas bem como ao fato de inserir diversas novidades ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

A nova lei da adoção tem como princípios basilares a busca pela celeridade no processo adotivo, o que irá reduzir o lapso temporal em que as crianças ou adolescentes permaneceriam nos abrigos. Ademais, a novidade legislativa prima pela permanência do menor na família de origem situação em que tem contato com os outros parentes, bem como a unificação do cadastro de adoção.

É do conhecimento de grande parte da sociedade a lentidão inerente ao processo de adoção, fato acarretado pelo seu caráter de burocracia excessiva, o que pode acarretar que os menores acabem por passar vários anos nos abrigos à espera de um novo lar.

A Nova lei trouxe uma inovação deveras importante para os adotandos, tendo em vista que a nova lei aduz que o abrigo deverá ser localizado nas proximidades da residência da criança/adolescente. Ademais, estipulou-se um limite para permanência da criança permanecer em abrigo, que é o prazo de dois anos.

Uma importante inovação para nosso ordenamento foi o advento do conceito de família extensa, modalidade na qual o elo familiar se estende para além da unidade matrimonial, em sua maioria, formada por parentes que nutrem entre si certa proximidade, e, que a criança ou o adolescente tenha certo vínculo afetivo.

Nesse sentido, é garantida a probabilidade de tios, avós, primos, caso queiram, realizar a adoção do menor, fazendo com que o mesmo permaneça no âmbito familiar. Tal procedimento dar-se-á na fase da destituição do poder familiar⁵⁰.

A inteligência do dispositivo legal é no sentido de realizar uma tentativa inicial de a criança em sua família de origem, independente de não serem os pais biológicos, será realizada uma tentativa, e, apenas se tal situação não se concretizar, é que a criança será enviada para o cadastro de adoção.

No que se refere especificamente aos habilitados para realizar a adoção, a legislação em seu artigo 42 estipula que qualquer pessoa maior de dezoito anos de idade tem “capacidade” para realizar a adoção, vejamos:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. (...) § 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. (...)

Com a permissa vênua ao referido dispositivo legal, acreditamos que um indivíduo por mais sensato que seja aos dezoito anos de idade não tem a formação psicológica necessária a proporcionar uma condição de vida ao adotando, sobretudo em relação à sua formação psicossocial, o que é mais o tema mais abordado na nova lei. O legislador de forma clara mostrou que essa é a principal finalidade da publicação da nova lei.

Ademais, em tal estágio de vida, o indivíduo ainda está terminando de formar sua personalidade, como poderia, por exemplo, auxiliar na formação da personalidade de outrem? Sobretudo na condição humana que se encontra o adotando. É no mínimo questionável.

É um risco que o legislador resolveu correr em prol de uma suposta abertura de leque de opções para os adotandos. A problemática que notamos, é o fato de as crianças já terem passado por um histórico de incertezas e principalmente de abandono afetivo, o que por si só era para se realizar todo um cuidado no trato da adoção, aplicando o acompanhamento de psicólogos e assistentes sociais de modo a auxiliar o juiz no aferimento das possibilidades da concessão da adoção.

⁵⁰ Nova Lei da Adoção. Brasília, 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm> Acesso em 30 de maio de 2014.

4.2. ADOÇÃO POR PESSOAS DO MESMO SEXO

4.2.1 Arcabouço Histórico da Adoção no Brasil e no Direito Comparado

Malgrado a polêmica em torno da temática referente à adoção por pares homoafetivos, e, em razão da grande resistência encontrada na sociedade sob o prisma do preconceito inerente às relações humanas no Brasil, o referido instituto é, assim como no Brasil, regulamentado em diversos países do mundo, sempre sob a égide do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, como forma de efetivar direitos humanos elencados em nossa Carta Magna⁵¹.

Como é sabido, inicialmente é de salutar importância aduzir que todo assunto cuja regulamentação é ausente, se faz propícia a atuação clandestina, e, conseqüentemente, está sujeita a acarretar malefícios à Sociedade. No que se refere à adoção, não é diferente, haja vista que com a falta de regulamentação da Adoção por pares homoafetivos, supostamente, poderíamos nos deparar com situações em que os interessados utilizem-se de meios escoimados de ilicitude para alcançar o objetivo final da adoção.

A Holanda foi pioneira na regulamentação da adoção homoafetiva. Outro país a regulamentar a Adoção tida como homoafetiva foi os Estados Unidos da América, todavia, nesta nação, apenas é regulamentada a adoção singular, em relação à pessoas de estado civil solteiro, traduzindo-se na Adoção Unilateral. Vale registrar que nesse país um homossexual tem a possibilidade de adotar o filho legítimo de seu par. Ademais, no que se refere ao registro civil da criança, apresenta-se como um avanço singular, à medida que irá constar no registro de nascimento da criança o nome dos dois pais ou o nome das duas mães (SILVA JUNIOR, p. 144).

Os referidos países têm o condão de considerarem-se estados democráticos em sua amplitude, onde a execução e a plenitude dos atos de cidadania não são impostos à sociedade, como não o é o voto. O sufrágio universal é exercido facultativamente pelos cidadãos. Podemos verificar, pois, que a evolução social de uma nação bem como a evolução do pensamento ideológico dão-se gradativamente, de acordo com o momento vivenciado.

Não obstante aos segmentos minoritários cujos ideais são voltados para a prática cotidiana de homofobia, racismo e xenofobia, os referidos países evoluíram no sentido de politizar os cidadãos com campanhas de descaracterização do preconceito e do ostracismo aos indivíduos cuja orientação sexual é a de homossexualidade.

⁵¹ DIAS, Maria Berenice. União Homoafetiva: o preconceito & a Justiça, 2009, p. 219-220.

Porém, vale ressaltar que a Legislação Norte-americana é bastante heterogênea, tendo em vista que se utiliza a legislação diferente em cada Estado. Em determinados estados, as leis se configuram como bastante rigorosas e possuem caráter conservador, no sentido de proibir a adoção homoafetiva, como é o caso da Flórida. Em outros Estados, como exemplo da Califórnia, há a incidência de legislação mais branda, no sentido de maior observação dos direitos humanos, sobretudo o da igualdade.

Dando continuidade, há o exemplo da Suécia, referindo-se como um país de vanguarda no que se refere á adoção conjunta por pares homossexuais. Noutra sentido, alheio às evoluções sociais e jurisdicionais, países como a Inglaterra e Alemanha permanecem omissos no que tange a esta modalidade de adoção. Valendo registrar que as cortes destes países se posicionaram, apenas sobre a regulamentação da união entre pessoas do mesmo sexo, aguardemos, pois, a implementação da adoção por pessoas homossexuais nos referidos países⁵².

Felizmente, é do conhecimento de todos que a Republica Federativa do Brasil reconheceu a união entre pares homoafetivos como entidade familiar, conferindo a esta parcela de nossa sociedade, todos os direitos inerentes aos cidadãos. Antes mesmo da publicação da Nova lei da Adoção, a Jurisprudência já se manifestava no sentido de conceder a Adoção aos casais de orientação homossexual, tendo em vista que até pouco tempo era inimaginável a aceitação da classe homossexual realizar a adoção, em decorrência da grande discriminação e rejeição social.

O poder judiciário teve significativa parcela de contribuição para a efetivação dos direitos da igualdade e dignidade da pessoa humana, antes, pouco aplicada aos indivíduos de orientação homossexual. Tal fato acarretou a mobilização do legislativo para a criação de normas legais eficazes.

Com as inúmeras decisões decorrentes das solicitações levadas aos cuidados do Judiciário, este órgão jurisdicional elucida a cada dia, e dá efetividade em suas decisões aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, que são basilares do Estado Democrático de Direito.

Como forma de executar de fato todo o arcabouço teórico elencado em nossa Carta Magna, de forma inovadora, o Colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de forma vanguardista, deu inicio a uma enxurrada de decisões no sentido de conceder a possibilidade da Adoção à pares homossexuais, vejamos:

⁵² SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais**, 4º Edição. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 144-145.

"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" (APELAÇÃO CÍVEL SÉTIMA CÂMARA CÍVEL Nº 70013801592, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luis Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006).

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça consagrou a Adoção em sede de Recurso Especial “STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 889852 RS 2006/0209137-4 (STJ), dando início à efetiva regulamentação do tema em nosso ordenamento jurídico, vejamos:

Ementa: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010 /09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. Data de Publicação: 10/08/2010.

Com a referida Decisão o STJ eliminou pelo menos do afã do judiciário, a prática nefasta do preconceito e da mitigação de direitos de família, sobretudo no que se refere à busca incessante pela felicidade. Sabemos que uma mudança no modo de pensar da sociedade em geral não se dá subitamente, mas de forma gradual. A esperança é de que com o advento de regulamentação no âmbito jurídico e legislativo, acarrete na evolução do pensamento das pessoas que compõe a sociedade brasileira.

4.2.2. Peculiaridades da Adoção Entre Casais do Mesmo Sexo

É de salutar importância esclarecer que a ingerência estatal na vida do cidadão brasileiro mostra-se presentes nos mais diversos âmbitos de nossa sociedade. Apesar de por diversas situações se fazer necessária a intervenção estatal, de modo a garantir a fiscalização da aplicação dos preceitos legais, e, sobretudo dos princípios constitucionais, ocorre, outrossim, inúmeras situações deploráveis cuja incidência do preconceito é patente.

O instituto da adoção visa, principalmente, atender ao melhor interesse do da criança e do adolescente, verificando se a família que irá ser integrado, tem reais condições de lhes proporcionar um futuro melhor, tendo em vista todos os percalços atravessados no início de sua vida, de modo que a orientação sexual dos adotantes não é requisito deste instituto, tampouco influencia de forma negativa à sua má formação psicossocial.

Portanto, nada impede que pessoas de orientação homossexual possam habitar-se, em conjunto ou separadamente para um processo de adoção, desde que, obviamente, preencham todos os requisitos inerentes à legislação pátria e, por conseguinte, demonstrem condições de educar e amparar quem for adotado. Nesse sentido Silva Júnior arremata⁵³:

Direito não deve decidir de que forma a família deverá ser constituída ou quais serão suas motivações juridicamente relevantes (...). Formando-se uma sociedade (...) que respeite a dignidade de seus membros, a igualdade nas relações entre eles, a liberdade necessária ao crescimento individual e a prevalência das relações de afeto entre todos, ao operador jurídico resta aplaudir, como mero espectador

Ademais, apenas como forma de corroborar com os ensinamento doutrinários, é de salutar importância que debruçemo-nos sob o artigo 227, §5º e §6º da Constituição Federal de 1988, de modo a verificar que não constam quaisquer impedimentos relacionados à adoção por casais homossexuais⁵⁴, vejamos:

⁵³ SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais**, 4º Edição. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 123.

⁵⁴ “Adoção cumulada com destituição do pátrio poder. Alegação de ser homossexual o adotante. Deferimento do pedido. Recurso do Ministério Público. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais), considerando que o adotado, agora com dez anos, sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro, e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Votação:Unânime Resultado: Apelo

Art.227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, a cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

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

4.2.3. Adotar e ser Adotado: Direito de Quem?

A república federativa do Brasil tem como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme preleciona o Art. 3º, I da Carta Magna⁵⁵ apenas na transcrição desta passagem constitucional, filtramos argumentos suficientes para regulamentar o direito de adoção entre pares homossexuais. Primeiramente, a sociedade deve ser construída e instituída de forma livre, onde os indivíduos possam escolher o modo de vida de cada um, sem a interferência do Estado, desde que não ultrapasse os limites da legalidade.

Outro ponto nodal é a construção de uma sociedade justa, todavia, como podemos considerar uma sociedade justa se o próprio Poder Público mitiga os direitos e prerrogativas de seus cidadãos? Negando-lhes direitos, decidindo sobre como este deve se portar perante a sociedade? Obrigando-o a exercer direitos que o exercício deveriam ser facultativos?

Ademais, não há maior prova de solidariedade e de amor que a adoção, por seu caráter de integração social, pois há o recrutamento de um indivíduo até então desconhecido, convidando-o para adentrar em seu um novo lar coberto de amor, afeto e novas perspectivas de vida.

Nesse sentido, a prerrogativa da adoção é direito de Crianças e adolescentes com até dezoito anos completados à data da formalização do pedido de adoção, em situações que os genitores forem falecidos ou em situações que o paradeiros destes seja desconhecido.

improvido TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO Acórdão: Apelação Cível – Processo 1998.001.14332 Relator: Desembargador Jorge Magalhães Julgamento: 23.03.1999 – Nona Câmara Cível”

⁵⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária

Ademais, faz jus ao direito à adoção àqueles os genitores tiverem sido destituídos do poder familiar pelas condutas elencadas no art.1638 do Código Civil de 2002⁵⁶ ou anuírem com a adoção de seu filho.

Vale registrar que os maiores de idade também podem ser adotados. Neste caso, o Código civil trouxe a prerrogativa de a ação ser assistida pelo poder público e necessariamente dependendo de sentença constitutiva.

Em que pese à nova perspectiva do direito de família, com o advento da nova lei da adoção, passou a vigorar em nosso ordenamento jurídico, possui a prerrogativa da adoção os maiores de dezoito anos, independente de ser casado, solteiro, divorciado ou viúvo. É com essa brecha na legislação que vislumbramos a possibilidade e a legalidade na adoção por pessoas de orientação sexual homoafetiva.

Todavia, no que concerne à adoção conjunta, é requisito indispensável que os adotantes sejam casados na forma civil, ou mantenham entre si relação de união estável reconhecida de forma estável e concisa. Já no que concerne aos divorciados, estes podem adotar em conjunto, desde que estipulem a modalidade de guarda e o regime de visitas.

Todavia, esta possibilidade apenas se faz viável se o período de convivência da criança ou do adolescente tenha dado início na constância do casamento, momento em que serão verificados os vínculos afetivos que justifiquem a concessão neste caso excepcional. Os referidos ensinamentos encontram-se elencados no Art. 42⁵⁷ do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Tanto o adotando como o adotado, possuem direito à felicidade, e o instituto da adoção veio a somar com toda a política de elucidação dos direitos humanos, encabeçada pela dignidade da pessoa humana.

⁵⁶ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente

⁵⁷ ART. 42 - Podem adotar os maiores de dezoito anos, independentemente de estado civil.

§ 2º - Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

§ 4º - Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

e 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 (BRASIL, 2002, Código Civil).

4.2.4 Posicionamentos da Doutrina que são contrários à concessão da adoção por pares homossexuais

Ante a complexidade da discussão acadêmica em tela, não como deixar de registrar os posicionamentos contrários à concessão da adoção. Data vênua aos ensinamentos dos ilustres Doutrinadores prezamos pela aplicação dos direitos fundamentais elencados na carta magna, sobretudo o da Dignidade da Pessoa Humana e o da Igualdade. Não há como elucidar tais prerrogativas e impedir a felicidade e restringir direitos a indivíduos por puro e simples preconceito.

Hodiernamente não cabem mais em nosso ordenamento jurídico pensamentos engessados e atrelados a um passado nefasto de denegação aos direitos humanos. Não obstante ao nosso posicionamento, registramos, pois, as opiniões de quem se manifestam de forma contrária no sentido da concessão da adoção de crianças e adolescentes por pares homoafetivos. Segundo os ensinamentos do ilustre Doutrinador Arnaldo Marmitt:

Se de um lado não há impedimento contra o impotente, não vale o mesmo, quanto aos travestis, aos homossexuais, as lésbicas, as sádicas, etc; Sem condições morais suficientes. A inconveniência e a proibição condizem mais com o aspecto moral, natural e educativo. (MARMITT 1993, p. 112-113).

É clara a forma discriminatória com a qual são tratadas as pessoas de orientação homossexual, o que apenas faz aumentar a prática de agressão e de ostracismo social a este segmento de nossa sociedade. Nesse sentido, arremata DIAS:

Impedir significativa parcela da população que mantém vínculos afetivos estéreis de realizar o sonho da filiação revela atitude punitiva, quase vingativa, como se gays e lésbicas não tivessem condições de desempenhar as funções inerentes ao poder familiar. Também acaba negando a milhões de crianças o direito de sair das ruas, de abandonar os abrigos onde estão depositadas, sonhando-lhes o direito a um lar e a chance de chamar alguém de pai ou de mãe.

Neste sentido, eis o que assevera Czajkowski⁵⁸:

⁵⁸ CZAJKOWSKI, Rainer. União livre: à luz das leis 8.971/94 e 9.278/96. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 1999, p. 71.

A condição se impõe porque duas pessoas do mesmo sexo não podem assumir, uma perante a outra, as funções de marido e esposa, ou de pai ou de mãe em face de eventuais ilhos. [...] homossexuais entre si não podem assumir, concomitantemente, o papel de pai e de mãe. Ter-se-á sempre, por força de intransponível condicionamento biológico, dois pais ou duas mães. Nesta medida, as relações homossexuais – mesmo que exista descendência natural de um deles ou a presença de um filho adotado – agride a idéia de família num dos elementos que lhe é mais próprio. No máximo a entidade familiar se configura, neste caso, com um dos parceiros e seu filho natural ou adotado, por força do art. 226, §4º, da Constituição, com exclusão necessária do outro parceiro do mesmo sexo (1999, p. 71-73):

Logo, o que se observa é que o posicionamento da doutrina supracitada nada tem relação com o vivenciado nos dias atuais, sobretudo ao posicionamento da jurisprudência dos tribunais pátrios em que há efetivamente a regulamentação da adoção por casais homossexuais.

Não cabendo nos dias de hoje a afirmação de que a adoção por tais pessoas, principalmente no que tange ao argumento de não serem um bom exemplo para os adotados, constituiria, a princípio, um obstáculo ao direito de adoção.

De forma lúcida, Maria Berenice Dias⁵⁹ ensina-nos conceitos cada vez mais agregadores que enaltecem os direitos humanos, e extirpa do modo de pensar da sociedade o caráter preconceituoso e de ostracismo, bem como ao fato de ser de suma importância a presença de ambos os envolvidos na relação homoafetiva, debruçemo-nos:

Há a crença de que se trata de relacionamento isento de perfil de retidão e moralidade. Isso tem nome de discriminação. A aparente intenção de proteger as crianças só as prejudica. Vivendo o infante em família homoafetiva e possuindo vínculo jurídico com somente um par, resta absolutamente desamparado com relação ao outro, que também considera pai ou mãe. O não estabelecimento de uma vinculação obrigacional gera absoluta irresponsabilidade de um dos genitores para com o filho que também é seu.

Infelizmente a adoção por casais homossexuais ainda é um tema que encontra muita resistência no Brasil, fatores que contribuem para tal fato é a escassez de uma análise científica apurada, o que acarreta no pouco combate à propagação de notícias, atitudes, ações cuja incidência de preconceito e discriminação em relação ao casal adotante é patente, em razão de sua orientação sexual.

⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. op. cit., 2010, p. 440.

Cabe à sociedade e as minorias representativas criar a cada dia políticas e ações de combate ao preconceito e à discriminação.

4.2.5 breve estudo relacionado ao tema pelo Serviço Social

No âmbito do Serviço Social estes profissionais vêem a família como objeto de intervenção desde os primórdios da profissão. Para tanto, filtra-se desses uma compreensão crítica acerca do que pode vir a representar a entidade familiar. A discussão da temática dentro da longa história da profissão é incipiente, o que leva aos profissionais buscarem o embasamento teórico em outras áreas.

Assim, é atividade inerente dos assistentes sociais terem uma percepção macro e não microsocial do objeto de intervenção, devendo implicar uma análise da totalidade para que este não caia em um paradigma monolítico que possa restringir a noção de família a uma mera unidade “patrilinial”, ou seja, composta por pai, mãe e filhos que implicaria na sujeição da mulher, e que singulariza a forma de direito político que todos os homens exercem pelo fato de serem homens, na era das sociedades não industriais avançadas.

Em estudo realizado, Tarnovski⁶⁰ realizou pesquisa acerca da paternidade gay. Ele chegou conclusão de que a sexualidade dos pais é, muitas vezes, deixada em segundo plano em se tratando de uma vida em família. Os pais adotivos deixavam de viver suas relações afetivo-sexuais em nome de um amor paternal, como ele próprio adverte:

Os pais homossexuais passam a valorizar relacionamentos estáveis e submetem a escolha do parceiro sexual ao bem estar do (a) filho(a). Nesse sentido, suas condutas e escolhas são reavaliadas em razão da presença do filho(a), fazendo com que suas vidas passem por um processo de moralização.

O antropólogo alega que quando da realização da pesquisa encontrou basicamente duas modalidades de pais, consoante o modo de estabelecimento da paternidade: de um lado, aqueles que após uma união heterossexual e o nascimento do (a) filho (a) se separaram e se assumiram homossexuais e, de outro, aqueles que, já assumidos, foram de certa forma, convidados a serem pais por mulheres já grávidas, voltando a discussão apenas para o

⁶⁰ TARNOVSKI, Flávio. **Homoparentalidade à brasileira: paternidade homossexual em contextos relacionais.** 2002 Disponível em: <<http://www.ciudadaniasexual.org/boletin/b8/Homoparentalidad%20FlavioLuiz.pdf>> Acesso em 02/06/2014, p. 03.

últimos⁶¹. O homem homossexual ao receber o convite para ser pai, externa esse convite como sendo uma dádiva, materializada por meio da inserção da criança em sua vida. A paternidade torna-se a concretização de um desejo antigo, que outrora foi denegado, mas com a regulamentação da homoparentalidade seria, sim, uma representação efetiva da família "pós-moderna".

Com tal estudo verificamos a afastabilidade da tese genérica, típica do senso comum, de que todos os homossexuais vivem em ambiente de promiscuidade sem a observância de preceitos morais, o que impossibilitaria a formação de um lar que seja eficaz a boa formação psicossocial dos adotados.

4.2.6 O aspecto da Psicologia na formação da entidade familiar pela família homoafetiva

O tema da adoção homoafetiva é um dos mais polêmicos de nosso ordenamento jurídico, sobretudo pelos conflitos sociais que tal instituto enfrenta, nos mais diversos segmentos de nossa sociedade. Apesar da luta diária contra o preconceito, vale ressaltar que já não existem impedimentos legais em relação à adoção homoafetiva, inclusive, tendo crescido, consideravelmente os pedidos de adoção por homossexuais, até mesmo de forma individual.

Uma crítica ao processo adotivo é que não estão sendo realizados questionamentos acerca de possível relacionamento homossexual, não sendo, portanto feito estudo social com o parceiro. Nesse sentido, está deixando-se de levar em consideração que a criança ou adolescente será introduzida em um lar formado por pessoas de mesmo sexo, configurando-se, pois, em uma habilitação deficitária.

Não é pelo fato de a adoção para pares homoafetivos ter sido regulamentada e instituída em nosso país que o processo adotivo tenha que se tornar lacunoso, tendo, por óbvio, de ser realizados todos os estudos, procedimentos inerentes à adoção sob pena de cairmos em um vazio entre o que estipula a lei e o que acontece no cotidiano. Sabemos que o maior prejudicado nesse contexto é a criança ou adolescente que foi submetido a uma adoção cujo núcleo familiar não lhes darão condições de realizar sua formação psicossocial.

Não obstante, nada impede que dois indivíduos de mesma orientação sexual realizem e se habilitem no processo adotivo. Como dito, todos os impedimentos legais e

⁶¹ TARNOVSKI, Flávio. Op. cit. 2002, p. 02.

jurisprudenciais foram, felizmente, superados. Acreditava-se que quando o judiciário mitigasse o preconceito das vias judiciais, o pensamento da população mudaria radicalmente, acertamos em parte. Todavia, o maior entrave no processo de adoção por pares homoafetivos continua sendo o famigerado e já desgastante preconceito.

Poderíamos aqui enumerar diversos motivos pelos quais, supostamente, haveria um prejuízo na adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, dentre as quais, nos chama atenção as seguintes: supostos problemas que a criança poderia vir a ter no ambiente escolar com os coleguinhas e a falta de referencia bilateral de pessoas na formação social da criança, tendo em vista se tratar de uma família de pares homoafetivos.

Segundo a juspsicanalista Giselle Câmara Groeninga, não a qualquer possibilidade de afirmação que a adoção homoafetiva traz prejuízos a formação da criança ou do adolescente pois não há campo de pesquisa nesse sentido. E continua a afirmação alegando que somente com um estudo dos impactos para os filhos daqueles que foram criados em ambiente homoafetivo é que se poderá concluir os impactos produzidos⁶².

Nesta obra supracitada, colacionamos o estudo de Roger Raupp Rios⁶³ que tece consideráveis argumentos sobre a possibilidade da adoção homoafetiva:

“De fato, as pesquisas psicológicas revelam que casais homossexuais não diferem de casais heterossexuais no que diz respeito à criação de seus filhos, além de rejeitar as hipóteses de confusão de identidade de gênero, de tendência à homossexualidade e de dificuldade no desenvolvimento psicossocial e nas relações sociais de crianças cuidadas por casais homossexuais”.

Continua no mesmo sentido:

“Quando à parentalidade, constata-se que estudos como esses levaram a associação americana de psicologia (APA) e a Associação americana de Psicanálise a declararem apoio irrestrito às iniciativas de adoção por casais homossexuais, e a repudiar a negligência por parte de decisões legais às pesquisas a respeito da homoparentalidade. No Brasil o Conselho Federal de Psicologia, reforça que inexistente fundamento teórico, científico ou psicológico condicionando a orientação sexual como fator determinante para o exercício da parentalidade”.

⁶² TARTUCE, Flavio. **Direito Civil. V.5 direito de família**. Flavio Tartuce e José Simão - 8 ed. Ver atualizada e ampliada. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 376.

⁶³ Rios, Roger Raupp. **Adoção por casais homossexuais**: admissibilidade. Jornal Carta Forense. São Paulo: jun. 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/materia.aspx?id=4233>>. Acesso, em: 02 jun. 2014.

“Dado que a finalidade da adoção é propiciar ao adotado as melhores condições de desenvolvimento humano e de realização pessoal, rejeitar essa possibilidade por casais homossexuais é restringir, de modo injustificado, o instituto da adoção. Esta diminuição das chances de encontrar ambiente familiar positivo viola frontalmente os deveres de cuidado e proteção que a carta magna exige do estado e da sociedade. Mais grave ainda: invoca-se a proteção da criança como pretexto para, em prejuízo dela mesma, fazer prevalecer mais uma das manifestações do preconceito heterossexista”.

Extraímos, pois não haver qualquer tipo de fundamentação científica que sustente o argumento de que a criança ou adolescente venha sofrer alterações psicológicas por ser criada por homossexuais, tendo em vista que pesquisas e estudos nos campos da psicologia infantil e da psicanálise constataam que as crianças que foram criadas na convivência familiar de casais homossexuais apresentaram o mesmo desenvolvimento psicológico, mental e afetivo das que foram adotadas por homem e mulher casados.

O que de fato determina ou não o acarretamento de problemas psicológicos é o comportamento e a educação falha do indivíduo, seja ele hetero ou homossexual; assim preleciona José Luiz Mônaco destaca:

O que impedirá, pois, o acolhimento do pedido de colocação em família substituta será, na verdade, o comportamento desajustado do homossexual, jamais a sua homossexualidade. Assim, se ele cuidar e educar a criança dentro dos padrões aceitos pela sociedade brasileira, a sua homossexualidade não poderá servir de pretexto para o juiz indeferir a adoção (e tampouco a guarda ou a tutela) pleiteada.

Nos referidos estudos no âmbito da psicologia, o autor supra se manifestou no sentido de não encontrar problemas na adoção por pares de mesma orientação sexual, bem como ao fato de não estar claro, ainda, os efeitos que tal modalidade de adoção pode acarretar à criança e ao adolescente adotado por casal homoafetivo⁶⁴.

O que realmente leva a tais entraves é a aceitação de que duas pessoas de mesma orientação sexual possam formar uma família e educar seus próprios filhos de forma eficaz. Data vênia, essa eficácia nos soa como pouco inteligente, tendo em vista que muitas das vezes o que a criança e o adolescente mais necessitam é de carinho, afeto, amor e atenção⁶⁵.

⁶⁴ TARTUCE, Flavio. **Direito Civil. V.5 direito de família**. Flavio Tartuce e José Simão - 8 ed. Ver atualizada e ampliada. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 377.

⁶⁵ DIAS Maria Berenice. **Adoção sem Preconceito**. Disponível em http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ado%E7%E3o_sem_preconceito.pdf acesso em 25 de maio de 2014.

É importante deixar claro que o art. 41, §1, do ECA deixa claro que é permitido que um dos cônjuges ou companheiros adote o filho do outro, assim, não é o fato de se tratar de união homoafetiva que há impedimento, o problema é pura e somente o preconceito.

No viés do desenvolvimento social em nosso ordenamento, verifica-se cada a cada dia que em diversos ramos de nossa sociedade encontram-se pessoas intolerantes cujas mentes encontram-se engessadas ao passado e aos conceitos pautados no ostracismo social dos homossexuais.

Não reconhecer ou até mesmo não respeitar e aceitar que os demais conceitos de família sofreram diversas mutações, sobretudo no que se refere ao reconhecimento dos direitos de pessoas de orientação homossexual é simplesmente um desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Não se pode deixar no esquecimento tudo o que a Doutrina e a Jurisprudência construíram nos últimos anos, todas as conquistas e quebras de paradigmas sociojurídico. Deve-se registrar, sempre que a filiação socioafetiva sobrepõe-se a qualquer outra, seja de cunho biológica ou legal.

Portanto, negar a o reconhecimento da concessão da adoção em situações em que figurem duas pessoas do mesmo sexo, é desumano, é a mais cruel forma de discriminação. Não podemos deixar que volte à nossa sociedade aquele conceito discriminatório e opressor de outrora, pois estamos vivenciando o Estado Democrático de Direito em seu mais estágio de desenvolvimento e de atenção à dignidade da pessoa humana. Agir de forma contrária seria, indubitavelmente, romper com todas as conquistas efetuadas.

Apenas para elucidar, novamente, o desenvolvimento jurisdicional de nosso país, vale ressaltar que o colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em Decisão unânime, reconheceu o direito de adotar por pares homossexuais, decisão esta posteriormente ratificada pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse ínterim, surgiram inúmeras decisões no sentido de admitir a dupla parentalidade homoafetiva, é o mais puro sinal de reconhecimento dos direitos humanos e do direito da igualdade.

Noutro pórtico, vale registrar, ainda, que inúmeros foram os recursos protocolados referentes ao reconhecimento da adoção homossexual bem como ao reconhecimento das famílias homoafetivas, todavia, o STF não julgou nenhum desses instrumentos, o que denota o caráter de reconhecimento jurisdicional e de manutenção das Decisões⁶⁶.

⁶⁶ STF, RE 615261, rel. Min Marco Aurelio de Mello, j 26.08.2010.

Em nosso ordenamento jurídico, inúmeros são os casos de crianças que passam anos esperando por um casal dito como “convencional” para que possam ser adotados, e este dia nunca chega, aumentando a angustia e o sofrimento pelo grande lapso temporal da espera. Com o reconhecimento da Adoção por pares homossexuais, abre-se mais uma possibilidade para a realização da adoção.

No dizer de Maria Berenice Dias⁶⁷:

“Há uma legião de filhos esperando alguém para chamar de mãe ou de pai. Se forem dois pais ou duas mães, não importa, mais amor irão receber”.

Percebemos, pois, que a afetividade inerente a relação familiar não se fortifica apenas pelo laço sanguíneo entre os interessados. Na verdade, os laços familiares são robustos quando a convivência mutua e contínua de dependência e integração constante entre as pessoas é afluída, independente da orientação sexual de cada integrante da célula familiar.

Nas relações afetivas que envolvam sentimentos vividos entre pais, amigos ou amantes o sentimento basilar neste tipo de relação é o cuidado e o afeto⁶⁸.

No que se refere ao histórico de vida dos envolvidos no processo adotivo, caso a criança a ser adotada, tenha sofrido danos psicológicos em decorrência de maus tratos praticados por sua família biológica, ou até mesmo na situação de abandono em que a criança foi instada a morar na rua, a sua adoção em qualquer situação será vantajosa.

Obviamente, na situação, o casal homoafetivo deverá passar por um processo e um estudo minucioso para averiguação de que possuem de fato condições de propiciar à criança ou ao adolescente uma vida digna, haja vista que o importante no caso concreto é a formação de uma família que proporcione uma convivência saudável e estável, independente da orientação sexual dos pais ou das mães.

O que importa para a boa escolha da família para a criança e o adolescente, é a boa reputação e principalmente a boa conduta social dos interessados na realização da adoção, devendo ser deixado de lado todo e qualquer tipo de preconceito, primando-se, pois, pelo

⁶⁷ DIAS Maria Berenice. **Adoção sem Preconceito.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ado%27%E3o_sem_preconceito.pdf>. Acesso em 25 de maio de 2014.

⁶⁸ VILAS BOAS, Regina Vera, **A dupla maternidade garantida as companheiras em união estável homoafetiva: crianças concebida por inseminação artificial (paternidade desconhecida) por uma das companheiras e requerida em adoção unilateral pela outra companheira** – Revista de Direito Privado. Editora RT. Ano 12. Volume nº 55 jul-set/2013, p. 323.

melhor interesse do adotado. Desde longa data a doutrina nacional já possuía vozes sustentando esta compreensão jurídica. Nesse sentido preleciona Marmitt⁶⁹:

A boa reputação do adotante é ponto a seu favor, e pressuposto de uma exitosa adoção. Apesar de as leis costumarem ignorar a idoneidade, apenas se referindo ao fator de idade, diferenças de idades e estado civil, ou em outras palavras, embora acentuem apenas os critérios físico-biológicos ou sócio-biológicos, a adoção não serve de tramóia para acobertar relações ilícitas. Se elevado numero de pais brasileiros, não tem condições de educar bem seus filhos, dar-lhes bons exemplos e plasmar cidadãos dignos, ao menos nos pais escolhidos através do judiciário, a seleção tem de ser operada criteriosamente. Com isso, evita-se que uma criança seja adotada por pessoa desclassificada, por facínora, por quem vive respaldado na fraude, na mentira e no afã de prejudicar terceiros.

Não restam duvidas de que a principal finalidade da adoção é formalizar, dentro dos requisitos legais, um procedimento que insira em uma família de reputação ilibada, uma criança ou adolescente cujo histórico de vida possa ser marcado por abandono ou por tragédias sociais. Devendo, portando o Poder Judiciário realizar um procedimento escoimado de vícios e de incongruências.

O ambiente o qual será inserido a criança ou adolescente a ser adotado deverá ser um ambiente sadio cujos atores sejam engajados no propósito de criar, educar, transmitir carinho, amor, fidelidade, assistência recíproca, e principalmente respeito mútuo, não há de ser considerado como um ambiente inadequado para a criação de um ser humano. O que determinará se os indivíduos têm ou não condições de adotarem a criança é o seu comportamento, jamais a sua orientação sexual⁷⁰.

Ademais, fato é sempre será mais satisfatório a concessão da adoção, independente da orientação sexual, política, raça ou qualquer posição social, que a permanência da criança em ambientes isoladores, como a rua ou o orfanato, sem qualquer perspectiva de vida ou de um futuro que de fato leve-o a tornar-se um cidadão ativo e cumpridor de seus direitos. Esta posição é compartilhada por importantes vozes da doutrina sobre o assunto⁷¹.

Devemos nos livrar do pensamento opressor e preconceituoso de que as pessoas de orientação homossexual possuem caráter duvidoso, má índole, tendência a ser bandido. Fato é que boa parte da sociedade ainda faz referencia de pessoas de orientação homossexual com

⁶⁹ MARMITT, Arnaldo. **Adoção**. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 111-112.

⁷⁰ SILVA, José Luiz Mônaco da. **A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 20.

⁷¹ SANTINI, José Rafaelli. **Adoção – Guarda**: Medidas Socioeducativas: Doutrina e Jurisprudência – Prática. Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p. 61.

sujeitos de potencial caráter transmissor de doenças sexualmente transmissíveis cujas características de promiscuidade são afloradas, o que é o mais patente absurdo.

Tal análise é característica de pessoas preconceituosas e injustas cujas mentes são incapazes de realizar uma análise psicossocial sobre o ser humano, e, utilizam deste tipo de opinião para descaracterizar e inibir a execução de direitos humanos inerentes aos indivíduos. Direitos estes, elencados em nossa Carta Constitucional, de forma bastante pontual, Silva Junior⁷² ensina que:

A homossexualidade não é, evidentemente, uma vantagem, mas não há nela nada do qual se possa ter vergonha. Não é nem vício, nem um aviltamento, nem se pode qualificá-la como doença. Nós a consideramos uma variação da função 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. [...] É uma grande injustiça perseguir a homossexualidade como um crime, além de ser uma crueldade.

Assim, em razão da não concretização de estudos psicológicos no sentido de comprovar que a adoção por pessoas de orientação homossexual traz prejuízos às crianças e adolescentes adotados, não nos resta outra interpretação a não ser a de total apoio e conformidade com a concessão da adoção por pares homoafetivos, por ser a mais lidima medida de justiça e de busca incessante pela felicidade, devendo, sempre observar o melhor interesse para a criança e para o adolescente envolvido no processo adotivo.

⁷² SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais**, 4ª Edição. Curitiba: Juruá Editora, 2010, 71.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família é a célula nuclear corolário de qualquer sociedade organizada, representando o meio pelo qual o indivíduo progride e desenvolve sua personalidade psicossocial e busca no afã do lar, a felicidade. Foi-se o tempo em que a família era limitada ao casamento e determinada por interesses puramente patrimoniais, sociais, engessados à laços sanguíneos insuscetíveis de dissolução.

Estamos vivenciando afeto de elucidação de preceitos fundamentais tais quais a liberdade, igualdade e a dignidade da pessoa humana, na qual se consagra o amor acima de qualquer estigma sobretudo o do preconceito. Almeja-se agora, a integração entre os participantes que compõe o núcleo familiar.

Verifica-se, desse modo, o papel desempenhado pela família contemporânea, sendo, portanto, instrumento de formação social e afetiva, moldando o caráter e a personalidade de seus integrantes, de modo a proporcionar um padrão de vida cujo alicerce é a busca incessante pela felicidade individual e coletiva.

Verifica-se, outrossim, conforme o que foi abordado neste estudo, a sociedade tem de forma constante realizado transformações, tanto no modo de pensar como no modo de agir. A partir do momento que a sociedade está disposta a conhecer e lutar pelas prerrogativas que possui, há uma mobilização dos demais membros e instituições responsáveis por garantir a execução de tais direitos.

É inquestionável que, ao longo do tempo, várias organizações familiares foram surgindo, dentre as quais se encontra a família homoafetiva, todavia, ousamos dizer que jamais uma instituição foi tão perseguida e tão hostilizada como esta, em razão de todo contexto histórico relacionado ao padrão familiar imposto pela religião cristã, seja ela católica ou protestante.

Não obstante, vale a lembrança que, em tese, o Brasil é constituído como um Estado Laico, em tese. Cumpre lembrar, outrossim, que inobstante a toda evolução jurisprudencial dos últimos anos, a produção relacionada à legislação protetiva e regulamentadora brasileira ainda é bastante omissa quanto à regulamentação das relações entre pares homoafetivos. Assim como o é em todos os segmentos do direito, relativos a esta parcela de nossa sociedade.

Não há como olvidar que a adoção, por se tratar de um assunto cuja regulamentação legal vigente também é recente, não alberga, outrossim, a possibilidade da adoção por pares

homoafetivos, o que há, é apenas a regulamentação jurisprudencial desta modalidade de adoção.

Todavia, verificamos que a Nova Lei de Adoção e o Estatuto da Criança e do Adolescente apesar de não regulamentar expressamente a adoção homoparental, não põe, em tese, empecilhos sua realização, malgrado a maciça resistência preconceituosa imposta pela sociedade brasileira.

É de suma importância que seja extirpado de nossa sociedade qualquer tipo de preconceito, para que possamos, efetivamente, gozar das prerrogativas elencadas em nossa Carta Constitucional. Faz-se necessário, portanto, acabar com o preconceito na concretização e no processo de habilitação da adoção por pares homoafetivos.

Contudo, se faz necessário a realização de estudos pormenorizados de âmbito psicológicos, sociais, e socioafetivos nas famílias que se habilitam, independente da orientação sexual de seus participantes, devendo se ater, apenas se tal família possui de fato condições de proporcionar um crescimento social à criança e ao adolescente a ser adotado, tendo em vista todo histórico de sofrimento transcorrido por este em sua trajetória de vida.

Como já foi exaustivamente aduzido, o direito é regulamentador dos fatos sociais. Ao sustentar que a união homoafetiva não possui o caráter de entidade familiar, estamos ocorrendo em erro de negativa aos fatos sociais, vedando aos atores deste segmento de família a prerrogativas elencados em nossa Carta Magna, além de impedir a transmissão de sentimentos afetivos pautados na busca incessante pela felicidade.

Ninguém tem o direito de negar a maternidade/paternidade, a quem quer que seja, sobretudo aos menores de idade, que na maioria das situações, o maior desejo é possuir uma família para chamar de sua.

Impedir o reconhecimento e a concretização de tal sonho traduz na prática de perpetuação do preconceito. Fato que afronta de forma clara e hialina aos preceitos fundamentais da Dignidade da pessoa humana, da igualdade e da busca incessante pela felicidade.

Não podemos esquecer que a adoção visa, antes de tudo, o bem-estar da criança e do adolescente, nos moldes do principio da proteção integral, instituído no Estatuto da Criança e do Adolescente.

No Brasil, inúmeros são os casos de crianças que precisam de uma família capaz de transmitir-lhes o sentimento de carinho, cuidado, respeito mútuo e principalmente capaz de proporcionar-lhes um ambiente com afeto, respeito e dignidade, características antes não percebidas em sua família de origem.

Daí a importância dos aplicadores do Direito em relação ao reconhecimento de situações desta natureza aplicar os ditames constitucionais da igualdade, e manter o caráter de vanguarda nas decisões e teses formuladas com baliza na igualdade substantiva e da justiça social.

Temos que dar o devido reconhecimento aos Tribunais pátrios, sobretudo ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que na pessoa da eminente Jurista e Magistrada Maria Berenice dias deu início ao reconhecimento da regulamentação às famílias homoafetivas.

Em consequência de tal fato, estendeu-se a interpretação constitucional, pugnando pelos direitos dos indivíduos de orientação homossexual no que concerne à adoção homoparental. É, sem sombra de dúvidas, um posicionamento corajoso e louvável ante a pseudo-tradicional sociedade brasileira.

Nesse escopo, convocamos a sociedade e, em maior relevo, as casas legislativas a terem a mesma ousadia de incluir na comunidade uma visão isenta de qualquer tipo de estigma e preconceito, desprendida de preceitos religiosos, que possam impedir a execução dos direitos fundamentais.

Dessa forma, teremos de fato uma sociedade justa e igualitária onde todos os indivíduos que a compõe, possam independente de sua orientação sexual, estar e se sentir inseridas de forma plena no seio social. Assim, acreditamos que a partir do momento em que haja a integração, sem preconceitos, das famílias homoafetivas, teremos grandes possibilidades de estarmos vivenciando de fato o Estado Democrático de Direito em sua plenitude.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988

BRASIL, Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm
Acesso em: 30 de jun. 2012.

_____, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 7 de jul. 2010.

BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de Direito Civil; Direito de Família**. 19 ed. São Paulo, Saraiva, 1980. V.2.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre: à luz das leis 8.971/94 e 9.278/96**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 1999.

_____, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7ª ed., 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Das Famílias**. 2ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

FILHO, Arthur Marques da Silva. **Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, existência, anulação**. 2ª ed., ver. atual, ampl- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FREITAS, Tais Pereira. **Serviço Social e medidas socioeducativas: o trabalho na perspectiva de garantia de direitos**. Serviço Social Sociedade, São Paulo, nº 105. P.30-49, janeiro/março, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. V.6, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**. Álvaro Villaça Azevedo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003. V.3. XVI.

MARMITT, Arnaldo. **Adoção**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

OLIVEIRA, Nuno Manoel Pinto. **O Direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento”**: ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do direito civil. Coimbra, 2002.

PERES, Ana Paula A. Barion. **Adoção por homossexuais**: fronteiras da família na pós modernidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. 2º Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: direito de família. Volume 6, 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1991.

SANTINI, José Rafaelli. **Adoção – Guarda**: Medidas Socioeducativas: Doutrina e Jurisprudência – Prática. Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

SILVA, José Luiz Mônaco da. **A Família Substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo, Saraiva, 1995.

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais**, 4º Edição. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

TARNOVSKI, Flávio. **“Pais Assumidos”**: adoção e paternidade homossexual no Brasil contemporâneo. UFSC. Florianópolis, 2002 [dissertação].

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil. V.5 direito de família**. Flavio Tartuce e José Simão - 8 ed. Ver atualizada e ampliada. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2ª ed.ver. atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VILAS BOAS, Regina Vera, **A dupla maternidade garantida as companheiras em união estável homoafetiva: crianças concebida por inseminação artificial (paternidade desconhecida) por uma das companheiras e requerida em adoção unilateral pela outra companheira** – Revista de Direito Privado. Editora RT. Ano 12. Volume nº 55 jul-set/2013.

Sítios Eletrônicos Visitados.

ARAÚJO, Paulo Jeyson Gomes. **Adoção por casais homoafetivos**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 20 maio de 2014.

CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES (CUT). **Negros e brancos ainda recebem tratamento desigual no sistema de saúde.** Disponível em: <<http://www.cut.org.br/agencia-de-noticias/38980/negros-e-brancos-ainda-recebem-tratamento-desigual-no-sistema-de-saude>>. Acesso, em: 25 de abril de 2014.

CIPRIANO, Mariana, 2002. **Adoção: as modificações trazidas pela Lei nº 12.010/2009.** Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/22630/adocao-as-modificacoes-trazidas-pela-lei-n-12-010-2009/2#ixzz34YGzKIkO>> Acesso em 20 de maio de 2014.

DIAS Maria Berenice. **Adoção sem Preconceito.** Disponível em http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ado%E7%E3o_sem_preconceito.pdf acesso em 25 de maio de 2014.

TARNOVSKI, Flávio. **Homoparentalidade à brasileira: paternidade homossexual em contextos relacionais.** 2002 Disponível em <<http://www.ciudadaniasexual.org/boletin/b8/Homoparentalidade%20FlavioLuiz.pdf>> Acesso em 02/06/2014.