

O PRINCÍPIO DO PLURALISMO DAS ENTIDADES FAMILIARES E A LEGITIMIDADE JURÍDICA DA HOMOPARENTALIDADE POR ADOÇÃO

Lucas Gonçalves de Sena¹
Rosângela Mitchell²

RESUMO

Trata-se de uma pesquisa jurídica na qual, partindo-se da historicidade da entidade familiar, discute-se a pluralização desta, culminando com as conformações modernas. Igualmente, aborda-se a homoafetividade e a família homoafetiva por adoção sob o enfoque jurídico. Busca-se uma valoração de princípios atinentes ao direito de família, especificamente no que tange à adoção por casais homoafetivos. Encontra-se a legitimidade jurídica da adoção por casais homoafetivos na condição de meio para a consecução do princípio da dignidade da pessoa humana. Com a natureza de um artigo científico, este trabalho objetiva a análise da proeminência do princípio da afetividade nas relações familiares, e a importância que a ordem jurídica atual confere a esse princípio. Assim, é traçada uma zona de convergência entre o direito da criança e do adolescente, direito constitucional e direito civil. O artigo científico desenvolvido é pautado no método dedutivo, tomando-se por base a perspectiva da dogmática jurídica, e a pesquisa realizada foi qualitativa. O levantamento jurídico colhido partiu de uma análise bibliográfica doutrinária e de legislações. Como resultado, verificou-se a legitimidade jurídica da adoção por casais homoafetivos, dirigida pela dignidade humana e pelo pluralismo das entidades familiares.

Palavras-chave: Família. Adoção. Homoparentalidade.

THE PRINCIPLE OF PLURALISM OF FAMILY ENTITIES AND LEGAL LEGITIMACY OF HOMOPARENTHOOD

ABSTRACT

This is a legal research in which, starting from the historicity of the family unit, discusses the pluralization of it, culminating in the modern conformations of it. Also approaches the homoaffectivity and homoaffective family for adoption under the legal approach. Search a valuation relating to family law principles, specifically with respect to the adoption by homosexual couples. The legal legitimacy of adoption by homosexual couples as a way to help to achieve the principle of human dignity. With the nature of a scientific article, this study aims to analyze the prominence of the principle of affection in family relationships, and the importance that current law gives to this principle. So, is drawn a convergence zone between the right of the child and

¹ Graduando em Direito no Centro Universitário do Rio Grande do Norte/UNI-RN. Email: lucasgoncalves@ymail.com

² Professora orientadora do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte/UNI-RN. Email: rosangelamitchell@gmail.com

adolescent, constitutional law and civil law. The paper is developed guided the deductive method, taking as a basis the prospect of legal doctrine, and the research was qualitative. The legal survey collected came from a doctrinal literature review and legislation. As a result, we verified the legitimacy of the legal adoption by homosexual couples headed by human dignity and diversity of family entities.

Key-words: Family. Adoption. Homoparenthood.

INTRODUÇÃO

O objetivo da presente pesquisa está fundado em demonstrar as transformações por que passou a entidade familiar. Demonstrar informações sobre núcleos familiares nos quais dois, ou pelo menos um, dos pais se reconhece homossexual e exerce, ou pretende exercer, a função de educar cotidianamente um menor, função esta, que nos casos em tela se chama “homoparentalidade”.

Uma vez que será tratado de novas formas de famílias, diferentes daquelas sacralizadas pelos costumes fortemente ligados à religião, em que os pais possuem sexos diferentes, as famílias homoparentais causam variadas formas de reação na sociedade, tais como, muito comumente, preconceito e curiosidade. A pesquisa será direcionada no sentido de buscar no ordenamento jurídico normas que fundamentem e direcionem as decisões que envolvem a adoção por casais homoafetivos.

Famílias com novas configurações onde, não diferente das famílias sacralizadas pelas eras da evolução humana, o afeto está no cerne das relações, são uma realidade presente na nossa sociedade. Segundo dados do IBGE no Censo Demográfico de 2010, há mais de sessenta mil famílias homoafetivas no Brasil, número considerável e que pode ser muito maior ao se levar em conta aqueles que omitiram sua orientação sexual em virtude do preconceito que enfrentam cotidianamente.

É notória, a partir desse panorama social, a necessidade do debate acerca das novas configurações familiares no Brasil de hoje em dia, pois dessas relações surgem situações fáticas e de direito que necessitam da tutela e reconhecimento do Estado. Porém, a adoção conjunta de crianças por casais homoparentais, apesar de jurisprudencialmente possibilitada, ainda encontra obstáculos na ausência de regulamentação, o que dificulta o necessário reconhecimento de paternidade ou maternidade conjuntos para obtenção dos efeitos jurídicos decorrentes do vínculo da filiação.

Os processos que buscam tutela dessa natureza envolvem altos custos com advogados, estresse psicológico, sofrimento, demora, desgaste, visando, via de regra, garantir o que de direito é da criança, a saber, uma família. Conferindo-lhe todas as proteções legais sob a guarda daqueles que por vínculo de amor são verdadeiramente seus pais ou suas mães.

Este trabalho consiste em uma pesquisa científica acerca da evolução jurídica da entidade familiar, fazendo-se fundamental nesse estudo a reflexão da família pautada nos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da proteção integral do menor, da afetividade, e, precipuamente, o princípio do pluralismo das entidades familiares.

O trabalho aqui desenvolvido é um artigo científico, através da adoção do método dedutivo, partindo-se de uma perspectiva da dogmática jurídica e a pesquisa realizada foi qualitativa. O apanhado jurídico utilizado se deu por intermédio de um levantamento bibliográfico doutrinário, bem como da constituição federal brasileira, o Estatuto da Criança e do Adolescente, os códigos civis e fontes jurisprudenciais.

1 HÁ FAMÍLIAS

O instituto da família, no decorrer da história humana, não teve significado engessado e continua em processo, não de mutação, mas, especificamente, de pluralização de formas. É inconteste para a maioria dos estudiosos da antropologia que o instituto familiar se faz presente em todas as sociedades humanas de que se tem conhecimento. Ela é encarada como a célula da sociedade, na qual são repassados os conhecimentos tradicionais, costumes, crenças, e os mais variados valores culturais, de acordo com a sociedade em que se insira.

Uma visão ocidentalizada e ultrapassada do instituto familiar é a que pressupõe a união de homem, mulher e filhos. Apoiada na ótica de uma exigência biológica, segundo a qual seria preciso a relação sexual entre homem e mulher para que haja descendência, leva a crer que esse modelo de núcleo familiar, por pertencer à ordem natural, seria também o modelo universal. É exatamente por isso que até os dias atuais se perpetua a crença de que só é família aquela que for apta para procriação, gerar descendentes, em razão de o critério reprodutivo alinhar-se com o que é socialmente aceito.

Por outro lado, embora o núcleo familiar se faça presente em todas as sociedades humanas, suas facetas são tão vastas que, de uma forma invariável, não convém retratá-lo como uniforme ou universal. Disso decorre a dificuldade de se conceituar o que vem a ser “família”, uma vez que não há uma forma singular e invariável dessa organização que atenda totalmente aos critérios temporal e territorial. Nessa esteira o entendimento de Maria Berenice Dias (2013, p. 41), para quem “os novos contornos de família estão desafiando a possibilidade de se encontrar uma conceituação única para sua identificação”.

É nesse sentido que cumpre realizar um breve reconhecimento da evolução histórica dessa instituição, a qual atravessa profundas e constantes mudanças. Nas civilizações da Antiguidade, especificamente a Romana e a Grega, a família guardava estreita relação com os ditames da religião. Muito embora se tenha ainda hoje a visão patriarcal, em que todos os integrantes estavam sob a tutela do *pater* e deveriam obedecê-lo em todas as circunstâncias, essa formatação estava pautada numa questão mais a fundo: a religiosidade.

Nesse sentido, assim descreve Fustel de Coulanges:

O que une os membros da família antiga é algo mais poderoso do que o nascimento, do que o sentimento ou do que a força física: é a religião do lar e dos antepassados. [...] A família antiga é uma associação religiosa, mais do que uma associação natural (COULANGES, 2011, p. 54-55).

Desse modo, o autor demonstra que àquela época não se havia noção de afeto enquanto princípio unificador da família e gerador das relações familiares, mas sim, era o culto aos antepassados que gerava os direitos oriundos das relações familiares. Nesse sentido, exemplifica Coulanges (2011) que a mulher só será verdadeiramente casada quando a cerimônia sagrada do casamento a tiver iniciado no culto, da mesma forma que o filho não é mais considerado da família quando renuncia o culto, ou o legatário que se recusando a adotar o culto da família não fará *jus* a sucessão, como também, as primeiras nuances da adoção que despontaram com esse costume, de maneira que o adotado se torna verdadeiro filho para a família quando passa a integrar os cultos familiares.

Assim, no entendimento de Coulanges (2011, p. 55) “o parentesco e o direito à herança estão regulados não em razão do nascimento, mas de acordo com os direitos de participação no culto”. Seguramente, era a religião quem ditava as regras do direito de família nas configurações familiares da Antiguidade.

Mais uma demonstração da proeminência da religião na organização das famílias se verifica ao Coulanges descrever que nas casas das civilizações antigas sempre era possível encontrar um altar ao redor do qual a família se reunia, dessa maneira ele ratifica um fato interessante, tendo explicado que nesses altares dirigiam-se orações a um fogo sagrado:

A antiga língua grega tinha uma palavra bem significativa para designar família: chamava-a de *epístion*, palavra que literalmente significa *aquilo que está junto de um fogo*. A família era o grupo de pessoas às quais a religião permitiria invocar o mesmo fogo e oferecer a refeição fúnebre aos mesmos antepassados (*Idem*, 2011, p. 55).

Dessa maneira, vale salientar que o grupo conduzido pelo *pater* era muito mais dilatado pelo exercício da religião, abrangendo, além da esposa e das crianças, os agregados, os servos e os escravos. Pouco importando se os filhos fossem biológicos ou adotados, pois que a figura do *pater* era mais a de um líder do que de um genitor.

Nesse diapasão aduz Maria Berenice Dias:

A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Como era entidade patrimonializada, seus membros representavam força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal (DIAS, 2013, p. 28).

Com o passar do tempo, na Idade Média, em razão do poder da Igreja, verificou-se a relevância do casamento para a caracterização da entidade familiar. Como se depreende do seguinte:

Com o advento do Cristianismo, o gradual controle ideológico exercido pela Igreja Católica (através de normas específicas denominadas cânones), manifestou-se, em especial, sobre a família e na supervalorização do matrimônio. Tal sacramento, marcado pela indissolubilidade, opôs-se a todas as formas de constituição familiar livre [...]. Santiago Dantas (apud Silva Júnior, 2007, p. 35).

Nessa senda, verifica-se que o fundamento da família não se centrava mais na figura masculina do *pater*, e sim, no casamento enquanto cerimônia religiosa. Observa-se a grande influência do Direito Canônico sobre a organização familiar, influência esta que ainda produz reflexos sobre o pensamento atual em muitos ordenamentos jurídicos, colaborando para a manutenção do preconceito a algumas das novas configurações familiares que venham a contrariar esse modelo monogâmico e nuclear que foi instituído no passado. Dessa maneira, o autor descreve o seguinte:

O matrimônio, portanto, constitui-se, historicamente, como um dos sustentáculos do dispositivo dogmático e preconceituoso sobre a sexualidade (que até hoje, repudia, por exemplo, as uniões entre pessoas de sexo idêntico, alegando serem contrárias à lei natural ou divina da criação. Sobrepondo o discurso do absurdo de os homossexuais se casarem, a qualquer fundamento científico, jurídico ou cristão plausível, os religiosos fundamentalistas se equivocam triplamente na atualidade: primeiro, a respeito de que o casamento seja o único legitimador de uma entidade familiar; segundo, pensando que as relações afetivas estáveis entre *gays* não se constituam famílias e, terceiro, supondo que, para esses seja preponderante o direito ao casamento civil ou religioso – ao revés de uma vida sociofamiliar tão somente digna, ou seja, tutelada juridicamente, por serem cidadãos como todos os outros) (*idem*, 2007, p. 35).

Nas lições de Maria Berenice Dias (2013, p. 28) “em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio”. A autora (2013, p. 27) acrescenta que “a própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar. E foi o intervencionismo estatal que levou à instituição do casamento: nada mais do que uma convenção social para organizar os vínculos interpessoais”.

Essa proeminência do instituto do casamento contribuiu significativamente para a reformulação da entidade familiar, haja vista que a filiação passou a ser condicionada pela conjugalidade, e quase não se observava ambas, conjugalidade e filiação, em núcleos familiares distintos, de maneira que foram cada vez mais valorizados os vínculos biológicos e afetivos que ligavam o seio familiar.

Mais tarde, no cenário social criado pelas Revoluções Industrial (1760) e Francesa (1792), novas conformações familiares apareceram por influência da separação da Igreja e do Estado e pela mudança nos modos de produção. Nesse sentido, Maria Berenice Dias faz um retrato da conjuntura social da época e suas influências sobre a família:

Esse quadro não resistiu à Revolução Industrial, que fez aumentar a necessidade de mão de obra, principalmente para desempenhar atividades terciárias. Foi assim que a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família. A estrutura da família se alterou, tornou-se nuclear, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do caráter produtivo e reprodutivo. A família migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Surge a concepção da família formada por laços de carinho, de amor. A valorização do afeto nas relações familiares deixou de se limitar apenas ao momento de celebração do matrimônio,

devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo do casamento é o único modo de garantir a dignidade da pessoa (DIAS, 2013, p. 28).

É incontestável que a família constitui a base da sociedade, mas o que se tem observado ultimamente, nas diversas culturas, é essa instituição social composta por pessoas que se unem, não apenas por laços biológicos, mas, de modo precípua, por laços afetivos. Consoante o pensamento de Maria Berenice Dias, para quem:

Nos dias de hoje, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que se coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo (*idem*, 2013, p. 40).

A cada dia, o modelo de família institucionalizado no Ocidente, com sua imagem tão difundida e engessada na mentalidade do povo brasileiro, muito em razão de ter sido reinteirada por décadas pela cultura da novela, em que pai, mãe e filhos constituem o único exemplo da família feliz e realizada, vem cedendo espaço para a pluralidade de formas familiares. Nessa senda, verificam-se as lições da mesma autora, ao considerar que “A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação”.

Os tempos são outros, a cultura também. Muito em razão das tecnologias, que difundem com velocidade as informações nos dias de hoje, diversos formatos familiares que se distanciam desse clássico formato de família, estão se tornando mais visíveis e aceitos aos olhos da sociedade e de suas instituições. Por muito tempo se aceitou um modelo de família como sendo o normal, o natural, o universal, e também o ideal. Aquele em que se tinha a figura paterna, a qual se dedica ao trabalho e ao sustento, a materna, que se dedica aos afazeres domésticos e aos cuidados com as crianças, e os filhos.

Como se depreende do seguinte:

As relações familiares são funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe, e tornou-se necessário identificar como família também as relações que se constituem sem o selo do casamento. As pessoas passaram a viver em uma sociedade mais tolerante e, com mais liberdade, buscam realizar o sonho de ser felizes sem se sentirem pressionadas a permanecerem em estruturas preestabelecidas e engessadoras. Guilherme Calmon Nogueira da Gama (*apud* Dias, 2013, p. 42).

O que se deve considerar no estudo dos grupos familiares, e das regras que regem suas relações, é que não há mais um padrão de normalidade para a família, pois, verifica-se que o que forma uma família é, na verdade, os laços afetivos. Nesse sentido, a formação de uma família independe de sexo, orientação sexual, ou qualquer característica externa dos indivíduos.

Assim, apregoa Rodrigo da Cunha Pereira:

A família transcende a sua própria historicidade, pois suas formas de constituição são variáveis de acordo com seu momento histórico, social e geográfico. Sua riqueza, segundo Lacan, se deve, ao mesmo tempo, à sua ancoragem numa função simbólica e na multiplicidade de suas recomposições possíveis. Por isso, haverá sempre, de uma forma ou de outra, algum tipo de núcleo familiar que fará a passagem da criança do mundo biológico, instintual, para o mundo social. Nesse sentido é que ela é o núcleo básico, fundante, e estruturante do sujeito. Isso amplia a nossa visão, ajuda a acabar com os preconceitos e torna mais efetiva a aplicação do princípio da pluralidade de famílias. A partir da compreensão de que a família é o núcleo estruturante, e que o que interessa na vida é nos tornarmos sujeito, uma simples lógica nos conduzirá à conclusão de que não faz diferença para um ordenamento jurídico, pautado na ética, a maneira como a família se constitui. O importante é saber se ela é capaz de ser fundante e estruturante da pessoa, para torná-la um sujeito. É o que verdadeiramente interessa, e aí está a essência da família e, por isso, a sua transitoriedade. [...] As múltiplas possibilidades de modelos familiares situam-se no contexto histórico do declínio do patriarcalismo, do pós-feminismo, mudanças econômicas do capitalismo pós-industrial, novas tecnologias e a compreensão das subjetividades desejantes. É nesse contexto que o direito de família está também reescrevendo a cartografia dos mapas conjugais e parentais (CUNHA PEREIRA, 2012, p. 256).

Dessa forma, é flagrante na sociedade a existência de tipos variados de família que não encontram previsão no ordenamento jurídico, mas que merecem serem aceitas e consideradas como tal, condizentes com o mesmo tratamento e respeito.

Consoante os ensinamentos de Maria Berenice Dias:

É necessário ter uma visão pluralista de família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que autorize nominá-la como família. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes (*idem*, 2013, p. 42).

Como se viu, “a vastidão de mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais produziu reflexos nas relações jurídico-familiares” (DIAS, 2013, p. 39). Os fatores sociais, políticos, econômicos, jurídicos, psicológicos e culturais, sofrem

constantes mudanças, seja em razão do passar do tempo ou das diferentes regiões. Esses fatores exercem fortes influências sobre as conformações familiares. De maneira que são uma realidade flagrante as várias formas de expressão da família, seja em decorrência do critério temporal, como se observou as mudanças oriundas da cultura romana e grega, seja em decorrência do critério espacial, como se observa no Brasil a presença atual dos silvícolas e de aborígenes em outros continentes, ou as mais diversas formas, de acordo com os costumes locais de cada povo.

Observa-se ainda uma pluralização dessas conformações nos dias de hoje, confinadas numa mesma sociedade, assim o é no território brasileiro, e certamente, em outras culturas. À vista disso, preceitua a festejada obra de Maria Berenice Dias (2013, p. 41) que “a consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento, operaram verdadeira transformação na família”.

Resta tão logo evidenciar que a exaltação do vínculo afetivo constitui princípio jurídico do direito de família. O princípio da afetividade denota-se na valorização prática do afeto, de tal modo que se considera que o vínculo de afeto contribui para a formação do vínculo familiar mais do que o vínculo biológico. Afinado com esse entendimento que, na *I Jornada de Direito Civil*, com promoção do Conselho de Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado 103³ e 108⁴. A convicção dos juristas não parou por aí, ao passo que na *III Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado 256⁵, e na *IV Jornada de Direito Civil* foram aprovados dois enunciados que repisam o tema: 339⁶ e 341⁷.

Assim leciona Paulo Lôbo:

A família atual é tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo. A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote [...]. A afetividade,

³ “O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho”.

⁴ “No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva”.

⁵ “A posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

⁶ “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”.

⁷ “Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”.

cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas (LÔBO, 2009, p. 14).

A partir da proeminência desse princípio na regulação do direito de família, novas entidades familiares se configuram, haja vista que esses vínculos causam um enredamento pessoal e patrimonial “o alargamento conceitual das relações interpessoais acabou deitando reflexos na conformação da família, que não possui mais um significado singular” (DIAS, 2013, p. 41), vínculos estes que não podem ser legados à invisibilidade pelo ordenamento jurídico.

Nessa senda, cumpre introduzir, também, o pluralismo das entidades familiares enquanto princípio do direito de família, pois que novas entidades familiares se formam ao atribuir-se valor jurídico ao afeto. Foi assim que a Lei Maria da Penha inaugurou uma nova ordem jurídica no que tange ao direito de família, mais precisamente no seu artigo 5º⁸, quando define família como uma relação íntima de afeto, independente de orientação sexual.

Com isso, verifica-se a concepção eudemonista, segundo a qual “a família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes” (DIAS, 2013, p. 74).

2 DA ADOÇÃO

Antes de voltar-se precipuamente para a adoção, cumpre discernir, ainda que brevemente, as demais formas de inserção de crianças e adolescentes em famílias

⁸ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

substitutas, trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente⁹, quais sejam, a guarda e a tutela¹⁰.

A guarda consiste em alguém assumir os cuidados de uma criança ou adolescente em face da impossibilidade de fazerem-no os próprios pais. Dela decorrem obrigações de prestar assistência em todos os âmbitos da vida do menor, tais como, educacional, moral, afetivo e alimentar, a fim de garantir-lhe o devido desenvolvimento psicológico e físico, de acordo com seu melhor interesse.

Essa guarda difere da guarda exercida por aqueles que são dotados do poder familiar, pois, denota um caráter precipuamente assistencial, sendo regida pelos artigos 33 ao 35¹¹ do ECA, e também recebeu inovações a partir da Nova Lei de Adoção¹².

⁹ Lei Nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.

¹⁰ 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. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

§ 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

§ 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

§ 5º A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

§ 6º Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório: (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

I - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

II - que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

¹¹ Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de

Ainda nesse instituto, é flagrante a importância atribuída aos vínculos afetivos, notadamente, pela inteligência do parágrafo terceiro do artigo 28, mais uma demonstração da elevação da afetividade à condição de elemento indispensável para a consecução do princípio constitucional da proteção integral do menor, a primeira diretriz constitucional sobre o assunto, alocado no artigo 227¹³ da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

Art. 34. O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

§ 1º A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo a pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento familiar poderá receber a criança ou adolescente mediante guarda, observado o disposto nos arts. 28 a 33 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

¹² Lei Nº 12.010 de 3 de Agosto de 2009.

¹³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 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.

Por outro lado, a tutela destina-se a proteção do menor que não está sob o poder familiar, de certo modo que, aqueles que o detinham faleceram, foram julgados ausentes, ou estão suspensos ou destituídos dele, segundo define o artigo 1.728¹⁴ do CC. Não há que se falar em cumulação do exercício da tutela com o do poder familiar. Nos ensinamentos da insigne doutrinadora Maria Helena Diniz:

A tutela é um conjunto de direitos e obrigações conferidos pela lei a um terceiro, para que proteja a pessoa de um menor não emancipado que não se acha sob poder familiar, administrando seus bens, e representando-o e assistindo-o nos atos da vida civil (DINIZ, 2005, p. 1.415).

Cumpre destacar a seguinte observação:

Não se pode confundir a tutela com a representação e a assistência. A tutela tem sentido genérico, sendo prevista para a administração geral dos interesses de menores, sejam eles absolutamente (menores de 16 anos – art.3º, I, do CC) ou relativamente incapazes (menores entre 16 e 18 anos – art.4º, I, do CC). Por outra via, a representação é o instituto que visa atender aos interesses dos menores de 16 anos em casos específicos, para a prática de determinados atos da vida civil. Assim também o é a assistência, mas em relação aos menores entre 16 e 18 anos (TARTUCE, 2010, p. 488).

Ademais, as supramencionadas modalidades de colocação em família substituta só podem ser deferidas a brasileiros. Nessa senda, argumenta Válter Kenji Ishida:

A possibilidade da concessão de guarda de criança e adolescente, fora dos casos de tutela e adoção, para atender situações peculiares – L. Fed. 8.069/90, art. 33, §2º - alcança, apenas, pessoas ou casais brasileiros. Porque, quanto aos estrangeiros, a questão foi tratada de forma diversa pela lei de regência, que estabeleceu, no artigo 31, que a colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade adoção (ISHIDA, 2010, p. 62).

Em outro diapasão, a adoção encontra lugar de destaque entre as formas de colocação de menores em família substituta, muito em razão do abandono da concepção tradicional civilista e contratual de família. Com o passar do tempo, esse instituto vence preconceitos para que prevaleça o amor, pois somente o amor para dirigir o ser humano

§ 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

¹⁴ Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela:

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

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

a assumir, por ato voluntário e irrevogável, a parentalidade de outra pessoa, muito comumente, crianças e adolescentes que amargam a vida por abandono e maus tratos.

O instituto da adoção perpassou as várias fases do desenvolvimento histórico do homem, e remonta às civilizações mais arcaicas, acompanhando sua evolução e ressignificando-se culturalmente. Assim como acontece com a entidade familiar. Como já se demonstrou, nas civilizações gregas e romanas havia enorme influência do culto religioso sobre as regras sociais, essa influência adentrava nas regras das relações familiares. Como se verifica da seguinte lição de Arnaldo Wald:

Numa época em que a família era a unidade social, econômica, política e religiosa, construindo um verdadeiro Estado dentro do Estado, com suas próprias autoridades dentro dos limites do lar (*domus*), a adoção permitiu a integração, na família, do estrangeiro que aderiu à religião doméstica. Sendo então uma espécie de naturalização política e religiosa, uma modificação do culto, permitindo a saída de uma família e o ingresso em outra, a adoção garantiu o desenvolvimento pacífico do mundo antigo, sendo considerada um dos grandes catalisadores do progresso e da civilização (WALD, 2009, p. 316).

Observou-se, nos primórdios desse instituto, sua capacidade de perpetuar a família e os cultos religiosos, e sua importância para instituir herdeiros em um período do direito que não se conhecia o testamento. No entender de Wald (2009), “o instituto se cristalizou, estando originariamente vinculado ao culto dos mortos, mas adquirindo, em seguida, importância política”. O autor afirma que houve uma reforma na legislação, na época de Justiniano, no sentido de garantir direitos ao adotado. Ele acrescenta que “em certa fase da história romana, a adoção tornou-se um instrumento de direito público utilizado pelos imperadores para designar os seus sucessores. O instituto perdeu, então, as suas características de direito privado e se transformou numa técnica de escolha dos futuros chefes de Estado”.

Com a grande influência exercida pela Igreja através do Direito Canônico, viu-se um declínio da adoção, enxergada com maus olhos pelos religiosos, pois a consideravam um meio de burlar a família sacralizada, suprimindo a importância do casamento e da filiação legítima, além de considerarem a adoção uma forma de incluir no seio da família a prole havida fora do casamento, ou até mesmo, incestuosa.

O instituto ganhou nova força e visibilidade na França do século XIX, com forte influência do Código Napoleônico, que se ocupou em regê-lo. “A lei francesa da época só reconheceu a adoção em relação a maiores, exigindo por parte do adotante que tenha alcançado a idade de 50 anos” (WALD, 2009, p. 317).

No ordenamento pátrio, a adoção também seguiu seu curso até os dias de hoje. Na redação do Código Civil de 1916 ela estava autorizada apenas para os adotantes maiores de cinquenta anos, inspirando-se na legislação napoleônica, desde que fossem dezoito anos mais velhos do que o adotando. Era um instituto frágil, haja vista a possibilidade de ser revogado pelo mero acordo entre as partes. No trato sucessório, o filho adotado não era beneficiado pela herança em igualdade com os filhos naturais, tendo direito apenas a metade da quota herdada por estes últimos.

O tema ainda foi regulamentado pela Lei 3.133/1957, Lei 4.655/1965, pelo Código de Menores – Lei 6.697/1979, Código Civil de 2002, antes de ser inaugurada a nova ordem jurídica sobre o assunto, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, conjuntamente com a Nova Lei da Adoção. Isso demonstra que o instituto não gozou de uma estabilidade legislativa e até mesmo ideológica, e que acompanha as tendências modernas das conformações familiares, para as quais o Estado deve voltar-se em busca de uma regulamentação condizente com a realidade.

Dada a importância desse instituto, inteligentemente preceitua Sílvio Venoza ao buscar conceituá-lo:

[...] é modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade, conforme o Código Civil de 1916, ou sentença judicial, no atual sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), bem como no novo Código. A filiação repousa sobre o vínculo de sangue, genético, ou biológico; a adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva. A adoção moderna é, portanto, um ato ou negócio que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas. O ato da adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico (VENOZA, 2003, p. 315).

Alguns doutrinadores trazem à luz o questionamento da adoção consistir em negócio jurídico ou ato jurídico *strictu sensu*. Para Flávio Tartuce (2010, p. 373) essa discussão já foi superada, e “acaba prevalecendo o entendimento de que a adoção é um ato jurídico *stricto sensu* (art. 185 do CC), pois os seus efeitos são apenas fixados em lei, tese que deve ser tida como majoritária”. Nessa esteira, Roberto Senise Lisboa (2009, p. 258) conceitua a adoção como “ato jurídico solene pelo qual um sujeito estranho é introduzido como filho na família do adotante, passando a ter os mesmos direitos decorrentes da filiação”.

A Nova Lei de Adoção trouxe inovações importantes à adoção do menor, ao promover alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente. Até a edição da referida lei, havia no Brasil dois diplomas legais que tratavam do regramento da adoção.

O primeiro deles é o ECA, que, a fim de disciplinar a adoção, trás também a definição¹⁵ legal do que vêm a ser crianças e adolescentes. Simultaneamente, ao lado do referido diploma, também regulava a adoção o Código Civil de 2002¹⁶ (CC), o qual prescrevia as regras de adoção para os indivíduos maiores de dezoito anos.

A aprovação da Nova Lei de Adoção significou a revogação da maior parte dos artigos do CC que tratavam da adoção, vigendo ainda dois artigos no referido diploma para disciplinar a matéria. Um deles¹⁷ estabelece que a adoção da criança e do adolescente é regida pelo ECA, e o outro¹⁸ preceitua que a adoção dos maiores de dezoito anos será regida também pelo ECA, no que couber. Os demais artigos do CC, precisamente do artigo 1.620 ao artigo 1.629, restaram revogados pela Nova Lei da Adoção.

Isso implica, basicamente, que a norma que rege a adoção é o ECA, muito embora esteja voltado às crianças e aos adolescentes, vai terminar regulando também a adoção de pessoas maiores de dezoito anos.

Segundo o artigo 39¹⁹ do ECA (BRASIL, 1990), a adoção é uma situação excepcional, que deve ser verificada. Em regra, se o menor tem uma família constituída, sua família natural, o Judiciário irá preservar essa convivência na família natural, sendo essa uma diretriz prioritária para a manutenção do bem-estar do menor. Nesse sentido, a Nova Lei de Adoção, ao inserir o parágrafo único no artigo 25²⁰ do ECA (BRASIL, 1990), ampliou o conceito de família natural, introduzindo a concepção de família

¹⁵ Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

¹⁶ Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

¹⁷ Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹⁸ Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹⁹ Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

²⁰ Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

extensa ou ampliada, formada por todos que convivem com o menor e que mantêm com ele uma relação de afinidade e de afeto, sendo assim, é preferível sua permanência na sua família natural ou extensa. Disso decorre a excepcionalidade da adoção, quando se verifica a impossibilidade dessa permanência do menor em sua família natural ou extensa.

Tratando-se, então, de uma situação em que se verifica a referida excepcionalidade, o adotante deverá ter no mínimo dezoito anos de idade, e ser no mínimo dezesseis anos mais velho do que o adotando, de acordo com o artigo 42²¹ do ECA. Além disso, verifica-se do referido dispositivo, no parágrafo primeiro, que é defesa a adoção por parte dos ascendentes e dos irmãos do adotando. A adoção pode se dar a título singular, apenas um pai ou uma mãe adotante, e é possível também a adoção conjunta, admitida quando os adotantes forem casados ou comprovarem que mantêm uma união estável, consoante o parágrafo segundo do artigo 42 do ECA²².

O processo de adoção envolve a inscrição dos candidatos a adotante num cadastro²³ obrigatório. Para tal fim, faz-se necessária uma preparação psicológica e jurídica, ações que, notadamente, visam à consecução do Princípio da Proteção Integral do Menor, buscando, desde a formação do cadastro de adotantes, preservar seu bem-estar. De tal modo que, fica possibilitado ao juiz verificar, de antemão, o preenchimento dos requisitos psicológicos e jurídicos para a adoção.

Existe uma forma de adoção que não é autorizada pelo ordenamento e que é vulgarmente conhecida como “adoção à brasileira”, em que uma pessoa exerce o poder familiar sobre outra por muito tempo, forma-se vínculo afetivo, e esta termina por registrar o adotando com seu nome.

Aquele que, com fins verdadeiramente altruísticos, queira imitar-se na parentalidade de outro indivíduo, e já detiver a guarda de fato, poderá adotar, sem submeter-se ao cadastro e aguardar a ordem da lista, de acordo com o ECA (BRASIL, 1990), em três situações: quando já houver uma relação de parentesco, excluídos avós e

²¹ Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

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

²² § 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

²³ Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

[...]

§ 5º Serão criados e implementados cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

irmãos, entre o menor e o adotante; na hipótese da adoção unilateral, quando o cônjuge de um dos pais do adotando pretende adotar o menor; e na hipótese em que o adotante detenha a guarda de fato e de direito há no mínimo três anos, ou seja, fixada em juízo, haja vista a impossibilidade da adoção “à brasileira”. Assim, a adoção se concretiza com a prolação da sentença, não sendo mais possível a adoção por escritura pública, que era autorizada pelo Código Civil de 1916.

Assim, depreende-se da inteligência do artigo 47 do ECA, segundo o qual o vínculo da adoção constitui-se mediante sentença judicial, e esta será inscrita no registro civil do adotando. Traduzem esse entendimento e elucidam a questão os enunciados 272²⁴ e 273²⁵ da *IV Jornada de Direito Civil*, promovido pelo Conselho de Justiça Federal.

3 A FAMÍLIA HOMOAFETIVA E A HOMOPARENTALIDADE POR ADOÇÃO SOB O ENFOQUE JURÍDICO

A família constitui a célula base da sociedade. Antes da Carta Política de 1988 era considerada como legal apenas aquela família oriunda do casamento. Depois de inaugurada a nova ordem constitucional, passou-se a legitimar a união estável e a família monoparental. Isso produziu reflexos importantes sobre a atuação dos operadores do Direito, pois, ampliou-se para um maior número de brasileiros o exercício do direito de constituir família, seja de forma natural, artificial, ou por adoção. Essa institucionalização da família monoparental fortaleceu a tese de que o homossexual tem condições e direito a adoção, pois a Carta Magna (BRASIL, 1988) nem a discriminou, haja vista que prega em um princípio fundamental a proibição à discriminação de qualquer natureza²⁶, nem, tampouco, a afastou.

²⁴ “não é admitida em nosso ordenamento jurídico a adoção por ato extrajudicial, sendo indispensável a atuação jurisdicional, inclusive para a adoção de maiores de dezoito anos”.

²⁵ “Tanto na adoção bilateral quanto na unilateral, quando não se preserva o vínculo com qualquer dos genitores originários, deverá ser averbado o cancelamento do registro originário de nascimento do adotado, lavrando-se novo registro. Sendo unilateral a adoção, e sempre que se preserve o vínculo originário com um dos genitores, deverá ser averbada a substituição do nome do pai ou da mãe natural pelo nome do pai ou da mãe adotivos”.

²⁶ 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, nos termos seguintes:

[...]

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

No Brasil e no mundo, a imagem estereotipada do homossexual sempre foi explorada à exaustão por programas humorísticos e pelo cinema, colocando, no imaginário popular, o homossexual numa posição que não condiz com o modelo de família implantado na cultura. Ocorre que a união estável homoafetiva no Brasil é uma realidade, e o Poder Judiciário está atento a este fato.

Ressalte-se que para existir no Brasil a relação homoafetiva nunca dependeu de qualquer intervenção legislativa. O Estado Democrático não possui o condão de interferir na vida privada das pessoas ao ponto de ditar suas condições de afeto, sexualidade, crença religiosa, ou ideologias. Mas cumpre a ele a função de tutelar os direitos que se encontram previstos na Constituição da República (BRASIL, 1988).

Desta feita, é um poder-dever do Estado tutelar, e garantir a aplicabilidade dos direitos que decorrem também das uniões homoafetivas, quer sejam de ordem patrimonial ou pessoal, seja o direito ao casamento, o direito de constituir família, os direitos sucessórios, e os direitos previdenciários. Sobre o tema, a festejada obra de Maria Berenice Dias descreve que:

A união homoafetiva deve ser reconhecida, uma vez que a convivência homossexual em nada se diferencia da união heterossexual. No cenário atual, já estão surgindo diversas decisões de reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, e não mais como mera sociedade de fato (DIAS, 2011).

Dias, ainda relata que a mudança de reconhecimento da união homoafetiva como uma entidade familiar teve início na justiça gaúcha que, na dianteira deste assunto, já em 1999 deslocou a competência para os juizados especializados da família no que diz respeito à apreciação das demandas referentes ao assunto. Em 2001, também na justiça do Rio Grande do Sul, ocorreu o primeiro reconhecimento de união de pessoas do mesmo sexo, que segue:

UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO. PARADIGMA. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem consequências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se

debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros. (TJRS – AC 70001388982, 7ª C. Cív., Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 14/03/2001).

Nessa senda, o judiciário brasileiro caminhou e progrediu até defrontar-se com decisão histórica, da mais lúdima justiça, proferida pelo Supremo Tribunal Federal em maio de 2011, julgando conjuntamente a ADPF²⁷ de número 132 e a ADI²⁸ de número 4277. Esta última, apresentada pela Procuradora-Geral da República em 2009, pugnava pela inconstitucionalidade do artigo 1.723 do CC (BRASIL, 2002), pois que sua redação restringia o reconhecimento da união estável apenas aos casais com sexos diversos. No mesmo caminho, a ADPF 132, promovida pelo governo do estado do Rio de Janeiro, requeria que fosse reconhecido, em igualdade de tratamento que gozam os servidores heterossexuais daquele estado, benefícios como licença, previdência e assistência aos que convivessem em união estável homoafetiva.

A suprema corte decidiu pela constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, e emprestou interpretação consoante à vontade do constituinte de 1988 ao artigo 1.723 do CC, julgando inconstitucional qualquer interpretação do referido dispositivo que discrimine e impeça o tratamento das uniões estáveis homoafetivas como entidade familiar.

Um dos mais recentes e relevantes marcos da atuação judiciária na vanguarda dos direitos homoafetivos se deu em 14 de maio de 2013, através da edição da resolução número 175²⁹ do Conselho Nacional de Justiça, que vigora desde 16 de janeiro do mesmo ano, e que resolveu o seguinte:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Com essa resolução, direitos antes não reconhecidos a essas pessoas, porque não lhes era facultado o casamento, passaram a ser. A citar, por exemplo, o direito a herança como sucessor necessário, que não se atribui a pessoas em união estável, mas apenas a

²⁷ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

²⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade.

²⁹ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf> Acesso em: 01 nov. 2014.

quem regulariza a situação de casados. A resolução também produz reflexos sobre a concessão de benefícios previdenciários em razão do casamento, que por força da certidão se torna automática, o que no caso da união estável, não raro, é preciso comprová-la pela via judicial. Além disso, na união estável os parceiros só conseguem a partilha dos bens após período mínimo de convivência exigido por lei. Outra vantagem são os regimes de bens próprios do casamento, que não necessariamente são os mesmos aplicados à união estável. A festejada resolução significou um marco para os direitos humanos igualitários no Brasil, e, segundo dados do CNJ, há pouco mais de um ano após sua aprovação, mais de mil e duzentos casais do mesmo sexo já se casaram.

A Constituição Federal, no caput do artigo 226³⁰, trouxe a proteção do Estado para a instituição familiar, no entanto, o constituinte absteve-se de definir o que seria família, limitando-se apenas, nos parágrafos do referido dispositivo, a citar alguns tipos específicos de família. Conquanto todas as configurações que ostentam características familiares, como estabilidade e perspectiva de vida em comum, estão inseridas na proteção da cláusula geral de inclusão que constitui o artigo 226.

Desta feita, importa salientar que a união homoafetiva é realidade social desde a Grécia Antiga, razão pela qual a limitação do texto constitucional já nasceu obsoleta e carente de uma adaptação à realidade fático-social. É certo ainda que uma entidade familiar não seja carente taxativamente de um homem para suprir a figura paterna e uma mãe para preencher a figura materna, razão pela qual se tem o reconhecimento de uma família cujo poder familiar é exercido apenas pela mãe, a exemplo de quando divorciada, ou apenas pelo pai, e ainda, quando não há poder familiar exercido pelos próprios pais sobre uma criança. Assim, a noção de núcleo familiar não se apoia sobre o

³⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010).

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

gênero ou opção sexual daqueles que detêm o poder familiar, mas, verdadeiramente, pelo afeto entre aqueles que detêm o *animus* de constituir esse núcleo.

É uma questão de justiça social urgente, fazer com que o Estado reconheça e entregue direitos civis igualitários, não apenas pela via judicial, haja vista que o Judiciário há muito tem inovado na ordem jurídica em defesa da isonomia e da dignidade humana desses grupos minoritários, mas pela via legislativa. Por falta de vontade política de um legislativo que, quando não se omite, se empenha em obstaculizar os avanços nos direitos dos grupos minoritários, sempre se pautando em preconceitos vazios de fundamentação e interesses eleitoreiros.

Prova disso se encontra no recente projeto de lei de número 6.583, de 16 de outubro de 2013, denominado “Estatuto da Família” (no singular) de autoria do deputado federal Anderson Ferreira (PR/PE), que em seu artigo segundo aduz que “Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um **homem e uma mulher**, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” ³¹ (grifo nosso), diante de tudo que fora aqui exposto, trata-se de um pungente retrocesso.

Em contrapartida, foi apresentada pelos deputados Jean Wyllys (PSOL/RJ) e Érika Kokay (PT/DF), proposta de emenda constitucional que objetiva alterar o artigo 226 da Constituição Federal de 1988, de forma a dar interpretação extensiva à noção de entidade familiar, abarcando a atual realidade social de constituição de família. Garante, portanto, o reconhecimento e efeitos à entidade formada da união por pessoas do mesmo sexo, conforme segue o novo texto do referido dispositivo e seus parágrafos, se aprovada:

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

§ 1.º O casamento é civil e é gratuita sua celebração. Ele será realizado entre duas pessoas e, em qualquer caso, terá os mesmos requisitos e efeitos sejam os cônjuges do mesmo ou de diferente sexo.

§ 2.º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre duas pessoas, sejam do mesmo ou de diferente sexo, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento³².

³¹

Disponível

em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=533E204DF484666CFE980DBE0E3956BC.proposicoesWeb2?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013> Acesso em: 01 Nov. 2014.

³² Disponível em: <<http://casamentociviligualitario.com.br/texto-do-pec/>> Acesso em 01 Nov. 2014.

Nesse mesmo sentido, a denominada Nova Lei de Adoção³³ não trouxe restrições à adoção por casais homoafetivos, prestando-se apenas a estabelecer a restrição de que, quando a adoção é pretendida por duas pessoas, sejam casadas ou que convivam em união estável. Isto posto, como a jurisprudência é pacífica no sentido de que a união homoafetiva constitui também união estável, pela dicção dessa nova lei, os casais homossexuais, desde que cumpram os requisitos, podem também adotar. Desta forma, diante da ausência de um denominador comum para conceituação de família em qualquer debate antropológico, observam-se hoje novas e variadas organizações familiares.

Diante da referida omissão da Nova Lei de Adoção, que não trás a orientação sexual como requisito para a adoção, desde a aprovação do ECA que a adoção por homossexuais solteiros é uma realidade no Brasil. Apesar de que, no curso do processo, pelo estudo multidisciplinar a orientação do adotante possa ficar clara, isso não se deve perquirir. Assim, a jurisprudência construiu-se lentamente no sentido de que, por analogia com a união estável heteroafetiva, a união homoafetiva também está apta para a adoção. Foi assim que em 2005 os casos começaram a surgir, principiando-se em Bagé/RS, caso em que os menores foram adotados unilateralmente pela pessoa com a qual a requerente mantinha união estável, incluindo no assento de nascimento das crianças o nome da requerente, ao lado do da convivente³⁴.

NOTAS CONCLUSIVAS

O que gera polêmica em torno do tema, e que não é novidade, é o preconceito histórico em torno da homossexualidade. Em razão disso, as chamadas famílias homoafetivas se deparam com esse preconceito, inclusive na conformação monoparental, que já recebe proteção constitucional pelo parágrafo quarto do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 e que, se a Constituição não faz menção à orientação sexual do adotante, a família composta por uma pessoa só e seus filhos já recebia proteção independente da orientação sexual de quem adota.

³³ Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, que dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.

³⁴ Proc. Nº 7002/72, Juiz de Direito da Infância e da Juventude Marcos Danilo Edon Franco, j. 28/10/2005.

O *caput* do artigo 226 da Constituição aduz que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, o constituinte naquele momento não disse a que tipo de família destinava-se essa proteção, apenas trouxe alguns exemplos nos parágrafos, o que por si só não significa que o Estado possa excluir da sua tutela e respeito às novas conformações familiares por preconceito, principalmente do legislador.

O instituto da adoção existe, do ponto de vista do Estado, para amenizar o problema da miséria e do abandono de menores, em razão da impotência dos poderes públicos, tirando o peso de suas costas, desligando-o da obrigação direta de prover sustento, proteção, educação, delegando-a ao núcleo familiar. Assim, nos moldes em que se encontra no ECA, esse instituto visa integrar os menores a uma família substituída, quando privados de suas próprias famílias, como se fossem provenientes de laços biológicos, visando proporcionar as condições necessárias a um pleno desenvolvimento.

Faz-se necessário atentar que a família, no decurso da história, não teve significado engessado, e que continua num processo de pluralização de formas. A cada nova forma que surge necessita da atenção do Estado para que os conflitos que se apresentam sejam dirimidos mais eficazmente.

Restou tão logo evidenciar nesse estudo que é de suma importância que a legislação abarque as mudanças sociais, e é isso que se busca em relação à adoção por casais homoafetivos. O que se vê é a luta pela conquista de novos direitos, o confronto social e político, os entraves ideológicos que fazem a humanidade evoluir.

Portanto, ficou evidenciado que a busca pela igualdade de direitos civis envolve o reconhecimento do direito de constituir uma família. Sendo assim, este trabalho demonstrou o panorama do Direito de Família em relação à homoparentalidade, construindo conhecimento jurídico, que passa a endossar a criação, interpretação e aplicação das normas do ordenamento pelos operadores do Direito.

O impasse quanto à aceitação jurídica e social sobre a liberdade sexual homoafetiva toma, diariamente, proporções de caráter coletivo, alcançando, assim, tragédias individuais. Embora considerado um país laico, o Brasil adota um posicionamento contrário ao acompanhamento das esferas jurídicas à realidade social das minorias, excepcionalmente, aos homoafetivos. Isso se dá devido o proibicionismo bíblico que assimila a união entre duas pessoas do mesmo sexo a um pecado.

Posta a realidade jurídica e fático-social atual, observa-se, conforme o explanado, a crise da ordem normativa atual, no que se refere à aplicabilidade das

normas fundamentais e tutela dos direitos pessoais e patrimoniais daqueles cuja opção de afeto restou corrompida pelos interesses religiosos e sociais.

Dá-se o questionamento por que inclinar as opções de afeto de um indivíduo à sua sexualidade é subjugar seu ideal próprio de felicidade ao seu sexo biológico ou sua orientação sexual, quando na verdade, a atuação legiferante deveria remeter-se ao afeto necessário para a constituição de um núcleo familiar.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 9ª edição. 2013.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis (1830 – 1889). **A CIDADE ANTIGA: ESTUDO SOBRE O CULTO, O DIREITO E AS INSTITUIÇÕES DA GRÉCIA E DE ROMA**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2ª edição. 2011.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS**. Curitiba. Ed. Juruá. 3ª edição. 202p. 2007.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA**. São Paulo. Editora Saraiva. 2ª edição. 2012.

LÔBO, Paulo. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando (Coord.). **DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES**. Rio de Janeiro. Editora Método. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **CÓDIGO CIVIL ANOTADO**. São Paulo. Editora Saraiva. 11ª edição. 2005.

ISHIDA, Válder Kenji. **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA**. São Paulo. Editora Atlas. 12ª edição. 2010.

VENOZA, Sílvio de Salvo. **DIREITO CIVIL: DIREITO DE FAMÍLIA**. São Paulo. Editora Atlas. 3ª edição. 2003.

TARTUCE, Flávio. **DIREITO CIVIL, V. 5: DIREITO DE FAMÍLIA**. São Paulo. Editora MÉTODO. 5ª edição. 2010.

LISBOA, Roberto Senise. **MANUAL DE DIREITO CIVIL: DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES**. São Paulo. Editora Saraiva. 5ª edição. 2009.

WALD, Arnoldo. **DIREITO CIVIL: DIREITO DE FAMÍLIA. VOL. 5**. São Paulo. Editora Saraiva. 17ª edição reformulada. 2009.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV E V, ENUNCIADOS APROVADOS.

Disponível

em:

<<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>

> Acesso em 25 out. 2014.

BRASIL. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 07 de agosto de 2006.

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

BRASIL. Decreto-lei nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**. Brasília, 6 de novembro de 1992.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 26 de fevereiro.

BRASIL. Lei nº 10. 406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 de jan. 2002.