

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

ADRIANA MARIA DOS SANTOS PERTEL

**OS EFEITOS DA ADOÇÃO MONOPARENTAL REALIZADA
POR CASAIS HOMOAFETIVOS À LUZ DOS DIREITOS
HUMANOS FUNDAMENTAIS RIZOMÁTICOS**

**Vitória
2012**

ADRIANA MARIA DOS SANTOS PERTEL

**OS EFEITOS DA ADOÇÃO MONOPARENTAL REALIZADA
POR CASAIS HOMOAFETIVOS À LUZ DOS DIREITOS
HUMANOS FUNDAMENTAIS RIZOMÁTICOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito.
Orientador: Prof^o Dr. Aloísio Krohling

**Vitória
2012**

ADRIANA MARIA DOS SANTOS PERTEL

**OS EFEITOS DA ADOÇÃO MONOPARENTAL REALIZADA
POR CASAIS HOMOAFETIVOS À LUZ DOS DIREITOS
HUMANOS FUNDAMENTAIS RIZOMÁTICOS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direitos e Garantias Fundamentais, sob a orientação do Professor Pós-Doutor – Aloísio Krohling.

Aprovada em _____.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Aloísio Krohling
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof(a). Dr(a).
Faculdade de Direito de Vitória

Prof(a). Dr(a).
Faculdade de Direito de Vitória

DEDICATÓRIA

Ao meu pai Justino Eulálio dos Santos Júnior, pelas primeiras lições de ética e de respeito à dignidade humana e principalmente pelo incentivo aos estudos.

À minha mãe Pedrina Silvestre dos Santos, que apesar dos 80 anos soube compreender minha ausência e acima de tudo me incentivar nos momentos mais difíceis se entregando de corpo e alma para a minha realização.

Aos meus irmãos Aleir, Olair, Altair, Amarildo, Adeir e Simone, pela compreensão da minha ausência em suas vidas e pelo carinho, ajuda e incentivo pela profissão que escolhi.

Ao meu amado esposo João Almir Pertel, porque juntos superamos mais uma etapa de nossas vidas. O companheirismo e a paciência para ouvir meus relatos e histórias nas madrugadas foram fundamentais para que eu seguisse em frente.

Aos meus filhos amados Herminio e Morgana, por todas as razões de vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me dar a chance de vivenciar este momento e, ainda por fazer-me uma águia persistente, na esperança de sempre alçar grandes voos.

À minha família, que sempre me proporcionou bases sólidas para o meu desenvolvimento intelectual, emocional e principalmente humano. E acreditaram acima de tudo que eu era realmente capaz de vencer mais esse desafio em minha vida.

Aos meus colegas de turma, em especial Eliziany, Júlio, Magali e Thaísa, pelos momentos de cumplicidade, colaboração e amizade, que demonstraram da forma mais pura que querer bem ao outro nos torna seres humanos mais humanos.

Ao meu orientador, professor Doutor Aloísio Krohling, pela dedicação, incentivo e, principalmente, por me orientar em direção a um conhecimento possível, peça fundamental para a elaboração dessa dissertação.

Aos professores da FDV, em especial ao professor Doutor William Couto Gonçalves pelas aulas ministradas com sabedoria singular e principalmente pelo incentivo para a vida acadêmica.

À inesquecível amiga Dirce Nazaré, pelos incontáveis momentos de apoio e incentivo contínuo, por meio dos quais foi possível concluir de forma plena este trabalho de pesquisa.

“O sonho pelo qual eu luto exige que eu invente em mim a coragem de lutar, ao lado da coragem de amar”. Paulo Freire

RESUMO

A problematização desta pesquisa se dá a partir das seguintes questões: Como efetivar o direito fundamental de filiação na adoção monoparental quando na realidade fática o adotado vive em uma família homoafetiva? O argumento de que esta condição fere o acesso de crianças e adolescentes há direitos humanos fundamentais rizomáticos, justificaria a habilitação conjunta pelos casais homoafetivos? O objetivo da pesquisa é demonstrar que as transformações no Direito de Família ocorrem nas franjas sociais, com seu quadro evolutivo ligado ao próprio desenvolvimento do homem e da sociedade, transforma-se de acordo com as novas conquistas da humanidade, sendo uma realidade viva que precisa indiscutivelmente da atenção dos operadores do direito, de modo que possam ganhar legitimidade no Judiciário, uma vez que a lei não consegue acompanhar os fatos sociais. A metodologia utilizada para demonstrar a negação dos direitos inerentes à filiação às crianças e adolescentes adotados de forma monoparental foi o múltiplo dialético, pois permitiu uma visão interdisciplinar entre as ciências e principalmente permitiu comparar os argumentos utilizados pelo Poder Judiciário e Ministério Público para indeferir os pedidos de habilitação conjunta pelos pares homoafetivos. É necessário que os Poderes Públicos percebam que para efetivar os direitos de filiação advindos de filhos que convivem num lar homoafetivo, onde ocorreu a adoção monoparental é essencial que ações sejam multidisciplinares, transversais, isto é, não estejam restritas apenas a ciência do direito, mas que dialogue também com outras ciências como a sociologia, a filosofia e a psicologia. Reconhecendo a primazia do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Desta forma busca-se invocar o surgimento de uma filiação socioafetiva, instituto que modernamente é reconhecido como gerador de vínculo parental, tendo prioridade sobre a realidade biológica. Por fim, propõe a análise, sob a perspectiva teórico-jurídica apresentada, de casos concretos envolvendo o reconhecimento judicial de adoções conjuntas por pares homoafetivos que já foram julgados pelas Instâncias Superiores do Poder Judiciário nacional.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Rizomáticos. Homoafetividade. Adoção Monoparental Homoafetiva. Ativismo Judicial. Filiação Socioafetiva.

ABSTRACT

The problematization of this research starts from the following questions: How effective the fundamental right of membership of the single parent adoption when in fact adopted the factual lives in a family homo affective? The argument that this condition violates the access of children and adolescents for fundamental human rights rhizomatic, enabling joint justified by homosexual couples? The objective of the research is to demonstrate that the changes in family law occur on the fringes of society with its own evolutionary framework connected to the development of man and society, becomes according to the new achievements of mankind, being a living reality that needs arguably the attention of law enforcement officers, so that they can gain legitimacy in the judiciary, since the law cannot keep up social facts. The methodology used to demonstrate the denial of the rights inherent in membership to children and adolescents adopted in a single parent was the multiple dialectical because it allowed a multidisciplinary approach between the sciences and mainly allowed comparing the arguments used by the Judiciary and Prosecutors to reject requests enabling joint peer homosexual. We need to realize that government authorities to enforce rights arising from membership of children living in a home homo affective where the adoption occurred Parent is essential that actions are multidisciplinary, cross, this is, not only restricted the science of law, but which also dialogue with other sciences such as sociology, philosophy and psychology. Recognizing the primacy of the principle of the best interests of the child and adolescent. Thus we seek to invoke the emergence of a membership socioaffective, modern institute that is recognized as a generator of parental bonding, having priority over biological reality. Finally, the analysis suggests, the perspective presented theoretical and legal cases that involve judicial recognition of joint adoptions by homosexual couples who have already been judged by the higher Courts of the National Judiciary.

Keywords: Fundamental Rights Rhizomatic. Homo Affective. One-Parent Adoption Homo Affective. Judicial Activism. Membership Socioaffective.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 A FAMÍLIA E AS NOVAS MODELAGENS	16
1.1 OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS RIZOMÁTICOS	18
1.2 CONCEITO DE FAMÍLIA: DA PATRIARCAL À CONSTITUCIONAL	24
1.3 ARRANJOS HOMOAFETIVOS COMO NOVAS UNIDADES FAMILIARES.....	39
2 ADOÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL	48
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ADOÇÃO.....	53
2.2 CONCEITO DE ADOÇÃO	61
2.3 ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	66
2.3.1 Adoção por Casais Homoafetivos	70
3 A ADOÇÃO MONOPARENTAL REALIZADA POR CASAIS HOMOAFETIVOS E OS REFLEXOS NEGATIVOS NO CAMPO DA FILIAÇÃO	80
3.1 DA HABILITAÇÃO DOS POSTULANTES À ADOÇÃO.....	84
3.2 O RECONHECIMENTO DA ADOÇÃO HOMOAFETIVA VIA PODER JUDICIÁRIO - OS CASOS REAIS	87
3.2.1 O caso de Bagé - Rio Grande do Sul	87
3.2.2 O caso de São José do Rio Preto - São Paulo	92
3.2.3 O caso de Pirassununga - São Paulo	94
3.2.4 O caso de Curitiba - Paraná	95
3.3 O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO (IN) OPERANTE DA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS AOS CASAIS HOMOAFETIVOS.....	97
3.4 FILIAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E OS EFEITOS NEGATIVOS PARA A CRIANÇA OU ADOLESCENTE NA ADOÇÃO MONOPARENTAL.....	110
3.3.1 Os efeitos negativos de ordem pessoal	114
3.3.2 Os efeitos negativos de ordem patrimonial	119
3.3.3 Da negação dos benefícios de ordem legal	122
CONSIDERAÇÕES FINAIS	125
REFERÊNCIAS	131

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo fazer um estudo do discurso jurídico utilizado para vedar a adoção por casais homoafetivos. Esse tipo de vedação leva à necessidade de habilitação formal no processo de adoção, somente por um dos conviventes da relação homoafetiva. É possível afirmar, preliminarmente, que o discurso jurídico é uma forma de poder e como tal acarreta consequências na esfera social, uma vez que é constituído de estratégias para persuadir e para influenciar os atores sociais envolvidos. Nesse compasso é possível inferir, antecipadamente, que um dos passos para efetivação do direito humano fundamental da criança ou adolescente ter uma família é o reconhecimento dos atores sociais acerca do seu conceito e de suas dimensões. Dessa forma, torna-se possível conceber e acreditar que a adoção por casais homoafetivos não é mera liberalidade, é, sobretudo e essencialmente, um direito.

Assim, o presente estudo assume como hipótese para a problematização sugerida, a afirmação de que as crianças e os adolescentes adotados por um dos conviventes homoafetivos, acabam por ter seu direito humano fundamental à filiação negado quanto ao outro que não adotou. Isso traz a essas crianças e adolescentes uma consequência diversa do direito de igualdade de filiação prevista na Constituição da República Federativa de 1988, pela razão de estarem desamparadas quanto aos direitos de filiação em relação àquele que assumiu a paternidade/maternidade de forma socioafetiva e não jurídica.

Dessa forma, o presente trabalho apresenta-se com uma temática que tem relevância social já que é indiscutível a relação que há entre discurso jurídico e realidade, normatização e efetividade do direito humano fundamental à família e igualdade de filiação entre os filhos, advindos independentemente de serem biológicos ou não. Para isso, é necessário, além de abordar questões acerca da transformação do que é ser família, abordar o foco da adoção, que antes privilegiava tão somente o adotante e agora, após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, privilegia o melhor interesse da criança. Tais

movimentos históricos são de suma importância para o entendimento de que o fenômeno jurídico não se encerra na norma, ele a transcende.

O tema também tem relevância prática, já que a equiparação das uniões homoafetivas às uniões heteroafetivas traz uma gama de direitos que, por motivo de preconceitos e de discriminações não podem ficar na invisibilidade. O tema da adoção monoparental volta-se ao reconhecimento do direito humano fundamental à família e a igualdade de filiação a toda criança e adolescente e, conseqüentemente, a realização de políticas voltadas para a solução da situação fática em que se encontram essas crianças e adolescentes, desamparados quanto ao seu direito de filiação em relação àquele que não os adotou, de acordo com os parâmetros juridicamente estabelecidos.

Trata-se de assunto pouco debatido no ordenamento jurídico nacional. Apesar de o direito de toda criança e adolescente a ter uma convivência familiar, já ter sido reconhecido há muito tempo em documentos internacionais, observa-se, mesmo assim, que ainda há o desconhecimento das dimensões que são fundamentais para a realização desse direito. Esse tema tem grande relevância teórica, já que o direito à igualdade de filiação no que tange às crianças e aos adolescentes adotados por apenas um dos conviventes é pouco debatido no âmbito jurídico, apesar de a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ter igualado os direitos de todos os filhos, consanguíneos ou não.

Para a realização da pesquisa será utilizado o método múltiplo dialético. A vertente da pesquisa se insere na área social e jurídica, sendo também de natureza qualitativa, com roupagens descritiva e analítica. A escolha desta metodologia deve-se ao fato de que é apropriada à realização de pesquisas que investiguem as contradições e as contraposições existentes no mundo real. Para Krohling (2009a, p. 31 e 2009b, p. 15 ss) esse processo dialético de construção, desconstrução e reconstrução permite uma melhor análise e entendimento sobre a extensão dos direitos humanos. Nesse sentido a dialética é o método que mostra o caminho a ser percorrido durante a exposição da problemática trabalhada.

Para Gramsci (2002a, p. 318) a dialética parte de três elementos que estão em constante movimento, onde cada componente lança mão de todos os “artifícios” para vencer a disputa. Essa tríade é formada por uma tese, uma antítese e uma síntese. A antítese tende a destruir a tese, e a síntese é o resultado transitório desse movimento dialético. A síntese não é um fim em si mesma, pois traz em seu bojo uma nova afirmação e outra negação e assim por diante. É um encadeamento constante de tese, antítese e síntese.

Esta metodologia considera que o mundo não é um conjunto de verdades absolutas e imutáveis; ao contrário, o considera como um complexo de coisas inacabadas, que podem sofrer transformações e contradições, conforme entendimento de Lakatos e Marconi (2010, pp. 81-88). Deveras, observa-se que o método em questão possibilita a formulação de teses que não sendo verdades absolutas, podem ser contraditas. Desta contradição surge a posterior formulação de uma síntese que também poderá ser relativizada, pois, como é característico da dialética, nada é estático e acabado “encontrando-se sempre em vias de se transformar, desenvolver; o fim de um processo é sempre o começo de outro”. (LAKATOS; MARCONI, 2010, p. 83).

Assim, ao se afirmar que o método adotado é o múltiplo dialético, faz-se uma análise que busca revelar os antagonismos entre a realidade da criança e adolescente adotado individualmente, por um dos conviventes homoafetivos e a força normativa dos direitos fundamentais, principalmente, os direitos inerentes à filiação.

O que se pretende, é que por meio deste método, seja possível analisar com cuidado as contradições existentes não só entre a finalidade do Estado Democrático de Direito de proteger o melhor interesse da criança e a real efetivação dessa proteção, mas também como o poder judiciário tem efetivado tais direitos.

Esta dissertação baseia-se, assim, em pesquisas documentais e bibliográficas, a fim de que se possa melhor debater e refletir acerca do tema, focando a jurisprudência pertinente e a forma como os autores tratam o tema em tela, tendo em vista que esta modalidade de pesquisa “[...] oferece meios para definir, resolver, não somente

problemas já conhecidos, como também explorar novas áreas onde os problemas não se cristalizaram suficientemente” (MANZO, 1971, p. 32).

Saliente-se que os capítulos foram pensados de forma a alcançar os objetivos propostos no projeto de pesquisa. Como objetivos específicos é possível destacar as seguintes ações: discorrer sobre a transformação da família, bem como que a lacuna existente no Estatuto da Criança e do Adolescente, não deve ser preenchida de forma negativa a negar direito de adoção ao casal homoafetivo, uma vez que o próprio Supremo Tribunal Federal os equiparou às uniões estáveis heteroafetivas; Abordar aspectos relacionados a via de acesso encontrada pelos casais homoafetivos para a adoção individual; Refletir sobre a possibilidade da adoção conjunta por casais homoafetivos frente ao Poder Judiciário; Abordar os princípios da dignidade humana e igualdade, em face das alegações do argumento contrário a adoção conjunta homoafetiva, que levanta a questão de prejuízos para a criança adotada por casais homoafetivos.

Esses objetivos partem da premissa maior que é o objetivo geral que assim foi proposto: Demonstrar a subtração de direitos humanos fundamentais rizomáticos para os adotados de forma monoparental, em uma relação homoafetiva, tendo em vista a supressão de direitos de filiação, como nome, guarda, visita, alimentos, sucessão, plano de saúde, auxílio creche, salário família, direitos pertinentes a previdência social, dentre outros.

Para o desenvolvimento do tema divide-se o trabalho em três capítulos, além da introdução e da conclusão. No primeiro capítulo realiza-se uma revisão sobre as transformações da família, no transcorrer dos séculos. Isso se justifica na medida em que o entendimento de que o ordenamento jurídico é composto tanto por normas-regras quanto por normas-princípios, é basilar a interpretação correta dessas normas. Além disso, essa perspectiva interpretativa proporciona a possibilidade de adequação às transformações dos modelos de família e às novas modelagens na sociedade complexa, levando, pois, o Direito de Família a imergir-se em um processo plural, heterogêneo e lacunoso, que necessita ser remodelado.

Esse capítulo serve de base para a construção do segundo capítulo, o qual discorre sobre o fenômeno da adoção, instituto que atravessa o tempo e se apresenta com novas roupagens. Isso porque tal instituto que nasceu para assegurar ao casal sem prole o direito de adotar um varão para continuidade do culto doméstico, passa, modernamente a vislumbrar tão-somente o princípio do melhor interesse da criança, com a preocupação de proporcionar às crianças e adolescentes abandonados o direito a uma convivência familiar.

É esse novo olhar interpretativo que transfere o cerne do sistema jurídico baseado apenas na norma para um sistema que soma à norma os valores sociais. Dessa forma, o centro de atenção jurídica passa a não ser mais a norma, mas sim o homem, uma vez que as normas somente têm sentido quando interpretadas e inseridas em um contexto social, proporcionando a modificação deste.

As premissas debatidas nesse capítulo demonstram que a criança e o adolescente não podem ser tratados como objetos de direitos, como ocorria no sistema anterior à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e sim como sujeitos de direitos. Analisa-se, assim, o quanto é necessário uma tarefa argumentativa e pluridimensional para a efetividade do direito de filiação, que não se restringe às esferas judiciais, mas amplia-se ao campo da realidade.

Seguindo esta linha de raciocínio, o capítulo três discute os efeitos negativos no campo da filiação advindos da adoção por apenas um dos conviventes homoafetivos, devido ao temor de o casal não conseguir adotar conjuntamente, em virtude de uma lacuna jurídica. Adoção conjunta que somente é reconhecida por meio de um esforço interpretativo e, além disso, da compreensão de que em casos de omissões e / ou ações que violem o princípio do melhor interesse da criança caberá ao judiciário aplicar as medidas necessárias para que essas violações sejam sanadas, possibilitando a plena efetividade desse direito.

Dessa forma, o presente trabalho parte do entendimento de que o direito fundamental a convivência familiar e a igualdade de filiação, da criança ou adolescente adotado por um dos conviventes homoafetivos, têm aplicabilidade imediata, desde que comprovada a relação socioafetiva da criança ou adolescente

com o parceiro do adotante. Portanto, defende-se que é obrigação do Estado desenvolver ações capazes de garantir esse direito.

Dito isto, a presente pesquisa toma como marco paradigmático de ação do Estado em prol da garantia desse direito, a decisão da 4^a. Turma do Superior Tribunal de Justiça, que julgou *por unanimidade* a possibilidade de adoção de crianças para uma mulher que vivia em união homoafetiva (Recurso Especial nº. 889.852, publicado no diário de Justiça do dia 10 de agosto de 2010).

Foi considerando essa ruptura jurídica que se fez uma análise, tomando como fração amostral três jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado São Paulo e uma jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, na perspectiva de verificar as tendências jurisprudenciais respectivas sobre o tema em destaque.

Dentre outras, as principais obras que deram suporte ao trabalho foram: *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição* de Peter Häberle (1997), que propugna pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade aberta; *União Homoafetiva: o Preconceito e a Justiça* de Maria Berenice Dias (2009) que trata das questões da sexualidade humana, sendo o traço especial de complexidade conferido pelo afeto, alerta sobre o sistema de exclusões das minorias homoafetivas baseado em preconceitos discriminantes e aponta o fato que nenhum estado contemporâneo pode ignorar a realidade de vida em comum entre pessoas do mesmo sexo, pois não se trata de questão isolada, e sim expressão de sexualidade que deve ser respeitado pelo Estado Democrático de Direito. Atentando-se para o fato que estas famílias já fazem parte da realidade social e que o Direito, enquanto ciência precisa regular os comportamentos sociais, dando oportunidade para a inclusão dessas minorias.

A pesquisa se deu de maneira transdisciplinar com o diálogo de ciências, estabeleceu-se uma aproximação ainda que de forma superficial, com autores que tratam do tema focado sob o olhar da sociologia, filosofia e psicologia.

Importante salientar, que, embora, a decisão do Supremo Tribunal Federal em 2011, reconhecendo a união homoafetiva como união estável, a pesquisa trouxe julgados de 2012, comprovando a homofobia institucional presente tanto no Poder Judiciário quanto no Ministério Público.

Percebe-se essa confirmação nos argumentos utilizados pelos integrantes do Ministério Público para negar a adoção conjunta por casais homoafetivos que são vários, como: o de que a equiparação da união estável é entre os conviventes, portanto não envolvendo terceiros, no caso, crianças e adolescentes aptas à adoção, bem como que a criança sofreria preconceitos por viver em uma família homoafetiva e, ainda, que o Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe qualquer observação no registro de nascimento do adotado. Dessa forma haveria um constrangimento para a criança ou adolescente, pois teria sua condição de adotado revelada, uma vez que em sua certidão de nascimento estaria consignado o nome de dois pais ou duas mães. Ademais foi discutido e demonstrado os efeitos negativos para a criança ou adolescente adotada de forma monoparental na relação homoafetiva.

1 A FAMÍLIA E AS NOVAS MODELAGENS

A estrutura da família vem sofrendo modificações com o passar dos tempos e com o processo de mudanças sociais, sendo mutável na exata medida em que se alteram as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos. Esclarecendo o alcance desta afirmativa cita-se por exemplo a família romana e grega, que por similitude tinham na pessoa do “*pater familias* ao mesmo tempo, o chefe político, o sacerdote e juiz, constituindo-se assim, a família como a unidade da sociedade antiga, em contraposição à posição do indivíduo na sociedade moderna” (NOGUEIRA, 2001, p. 96).

Atualmente reconhecida como a “célula primordial” da sociedade, a instituição familiar é objeto de preocupação mundial, posto que é de extrema importância para a própria sobrevivência da espécie humana, bem como a organização e manutenção do Estado.

Nota-se, que é nesta ambientação primária, que o homem se distingue dos outros animais, pela independência de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá sua personalidade, na busca da felicidade. “Alias, não só pela fisiologia, como, igualmente, pela psicologia, pode-se afirmar que o homem nasce para ser feliz” (FARIAS, 2007, p.02).

Observar-se-á, então, que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 surgirá um novo Direito de Família, dissociado daquele previsto no Código Civil de 1916, no qual era baseado na desigualdade e patriarcado. Agora o Direito de Família surge através de uma linha de orientação básica, que são os direitos fundamentais da pessoa humana.

Percebe-se, também, que a mudança de perspectiva no Direito de Família é a admissibilidade do afeto, do amor, como fundamento para a projeção de diversos efeitos jurídicos, corroborando para os novos arranjos familiares e um novo olhar e concepção para o Instituto da filiação.

Ademais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao acolher implicitamente o afeto como valor referencial das relações familiares, a partir dos artigos 226 e seguintes, amplia expressamente outras formas de organização familiar, que não seja o casamento, inclusive a união estável entre pessoas do mesmo sexo, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal que será abordada nos próximos capítulos desta pesquisa.

A família sem dúvida é o fenômeno humano em que se funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la, sem utilizar-se de uma visão interdisciplinar, tendo em vista que o Direito de Família contemporâneo exige um olhar mais cuidadoso, inclusive dialogando com outras áreas do direito, e com outras ciências como a sociologia, e a filosofia.

Além da visão jurídica para entender o fenômeno família há outras áreas do conhecimento que lhes dão configurações conceituais assim, “afigurando-se necessário, por conseguinte, sua compreensão a partir de uma feição ampla, considerando suas idiossincrasias e peculiaridades, o que exige a participação de diferentes ramos do conhecimento” (FARIAS, 2007, p. 03).

Diante desta observação, pode-se dizer que a família brasileira, na sua evolução histórica, vem sofrendo transformações diversas, que vão se impondo pela realidade social.

O texto Constitucional legitimou situações cotidianas já vivenciadas na sociedade plural, bem como abriu novos caminhos como a igualdade dos cônjuges e a dos filhos e a preponderância dos interesses da criança e do adolescente. Estas ações possibilitaram tornar reais as aspirações constitucionais da dignidade humana, igualdade e solidariedade, previstas nos artigos 1º, 3º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

E essas mudanças sociais, que fogem da previsibilidade legal, vão surgindo e determinando uma conduta mais efetiva do Direito, de modo que este seja utilizado como instrumento capaz de legalizar as novas realidades sociais, não tolerando a exclusão das minorias envolvidas no processo de transformação social.

A abordagem do direito em relação à família deve ser de maneira abrangente para que “dê conta da complexidade desse objeto, em nossos dias” (BILAC, 2000, p.37), de maneira que não negue direitos às partes envolvidas, pois não se trata de uma totalidade engessada e sim de relações diferenciadas, que necessitam de um enfoque multidisciplinar para sua compreensão. Na observação de Giddens (1991, p.122) o que está envolvido é a confiança entre os indivíduos [...] que não é controlada por códigos normativos fixos [...], portanto a família hodierna é regida pelo afeto, ética da responsabilidade¹ e sobretudo pela abertura fraternal de construção de laços de confiança.

1.1 A ÉTICA E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS RIZOMÁTICOS

A ética é a matriz rizomática do princípio fontal e originário da dignidade da pessoa humana e de todos os direitos humanos fundamentais como princípios rizomáticos, tendo a ética a sua origem na metafísica ou filosofia primeira e estando imbricada dentro do múltiplo dialético, da diversidade e multiplicidade. A ética é elemento plural pois deve iluminar a ciência do direito como matriz formadora de ideias e novos conceitos, uma vez que o direito é dialogicidade.

A Ética está na perspectiva da práxis e é a filosofia crítica da moral. O princípio originário da dignidade da pessoa humana é preliminarmente aceito por quase todos que se dedicam à busca de uma fundamentação teórica dos direitos fundamentais inseridos nas Constituições democráticas modernas. (KROHLING, 2011).

Os direitos fundamentais são os direitos humanos inscritos e positivados nas Constituições. São os direitos humanos constitucionalizados em muitas cartas magnas de diversos países, pois são na verdade proclamações do direitos

¹ Lévinas trabalha a ética da responsabilidade dentro da concepção que é impossível pensar a alteridade fora do reconhecimento do rosto do outro. Portanto ele entende a responsabilidade como responsabilidade por outrem, constatando que a ética é o diferencial na relação, pois o homem não pode viver lado a lado com o outro sem conhecer-lhe. (LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**. Lisboa: Edições 70, 2007.)

subjetivos escritos, como forma de garantia de sua exequibilidade e efetivação. Segundo Paulo Bonavides (1996) os direitos fundamentais devem estar esculpido na Constituição como forma de proteção ao seu conteúdo programático.

Ocorre que os direitos fundamentais outrora vistos na Constituição como mera exortação moral, hoje se configuram como pedra angular dos direitos. Na verdade isto estava ligado ao paradigma liberal clássico, que tratava a Constituição como mera carta política. Os direitos fundamentais no mundo hodierno devem ser vislumbrados como uma matriz fontal, o que se entende que a Constituição é o elemento supremo que ilumina toda a arquitetura jurídica.

Deleuze (1980) ao tratar do elemento de totalidade nos fenômenos, faz uma metáfora trazendo à tona um elemento abstrato que ele denomina “rizoma” e o compara como um livro. Esta ideia do rizoma enquanto livro ou elemento supremo é outra metáfora feita por Herrera Flores(2009) , a partir da Constituição. Deleuze (1980, p.11) destaca que,

[...] um livro não tem objeto nem sujeito; é feito de matérias diferentemente formadas, [...] e velocidades diferentes. [...] num livro como em qualquer coisa há linhas de fuga, movimentos de desterritorialização e desestratificação. As velocidades comparadas de escoamento conforme estas linhas acarretam fenômenos de retardamento relativo, viscosidade ou ao contrário, de precipitação e de ruptura .

No direito constitucional Herrera Flores (2009) ao tomar como exemplo o conceito de rizoma, faz a aproximação da supremacia do rizoma à superioridade da Constituição, e suas linhas principiológicas de ruptura e fuga, de dialeticidade e variabilidades. E desta forma, os direitos fundamentais rizomáticos tal qual a raiz fontal ética ou rizoma “[...] devem ter raízes múltiplas com formas diversas, desde sua extensão superficial, ramificadas em todos os sentidos” (DELEUZE, 2009, p. 15)

Essa estrutura biológica ou rizomática que Deleuze (1980) denominou “livro bulbo” ou raiz fontal da vida, e que Flores (2009) denominou de Constituição deve nutrir toda a interpretação e conceitos dos elementos axiológicos postos em execução na cena jurídica, sobretudo quando impulsionar matérias que digam respeito aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais iluminados na Constituição pela ideia do rizoma, passam a ser denominados direitos fundamentais rizomáticos, uma vez que absorvem todas as leis descritas por Deleuze (1980) em sua ideia de raiz fontal ou bulbo vicário que nutre o Direito.

Ao propor a característica da profusão da raiz, Deleuze (1980) ressalta que ela deve se opor ao elemento que ele denomina de paradigma arborescente, que segundo Flores (2009) é similar ao conceito de direito fundamental linear, contido no paradigma liberal. Deleuze (1980, p. 14) critica o paradigma arborescente, pois entende que,

[...] os agenciamentos maquínicos [sistemas ou feixes mecânicos de leis] estabeleceram um corte radical entre os objetos. A máquina abstrata [do direito liberal] que opera a conexão [entre fatos sociais e leis] fragmentou a micropolítica do campo social.

O rizoma se opõe à ideia de linearidade, pois é vislumbrado como rede multifacetada, diferente do elemento arborescente, que traz uma visão de direitos fundamentais mecânicos, lineares que se aproximam da forma interpretativa silogística de Hans Kelsen. Para Deleuze (1980, p.14)

[...] a maior parte dos métodos modernos, para fazer proliferar séries ou para fazer crescer uma multiplicidade, valem perfeitamente numa direção, por exemplo, linear, enquanto que uma unidade de totalização se afirma tanto mais numa outra dimensão de um círculo ou de um ciclo.

Donde se depreende da ideia deleuziana que os direitos fundamentais rizomáticos, não são unitários; por via contrária, são dicotômicos, tricotômicos, se esvaem pelas galerias dos direitos e garantias, formando outras combinações profusas e circulares, se opondo à ideia de triangulação vertical descendente do paradigma liberal. E Deuze (1980, p.15) informa ainda que,

[...] um rizoma não cessaria de conectar cadeias semióticas [de ideias que permanentemente estão interpelando] organizações de poder,[eventos da vida material envolvendo minorias], ocorrências que se remetem às ciências,às lutas sociais.

E conclui que,

[...] um rizoma tal qual uma cadeia semiótica [de direitos fundamentais] é como um tubérculo que aglomera atos diversos, perceptivos, [...] em uma linguagem heterogênea que possui hastes e fluxos subterrâneos e espalha-se pelos vales [jurídicos] em busca de outras raízes [do direito e das outras ciências] para dialogar.

A ideia de direitos fundamentais como rizoma encontra guarida também nos ensinamentos de Emanuel Lévinas (1993) que considera a ética com radicalidade baseada na alteridade. Krohling (2011) avança nesta reflexão colocando a ética como matriz rizomática dos direitos fundamentais dos princípios constitucionais. Krohling (2011) corroborando com Lévinas destaca que tal qual o rizoma as categorias ética, rosto, alteridade, justiça, responsabilidade, intersubjetividade devem se tornar as palavras chaves da filosofia dos direitos fundamentais. Portanto, os direitos e garantias fundamentais, a partir dessas matrizes são elementos rizomáticos. Eles são pontos de articulação rompendo com a visão da Constituição como mera admoestação moral.

O rizoma é uma teia, uma tessitura ou rede multiforme que se espalha no subsolo da sociedade e nutre os valores estabelecendo uma mediação com o Direito. Daí deriva a ética rizomática como o elemento plural que dialoga com o direito caracterizando-se como a fonte onde os intérpretes retiram suas impressões intelectivas para aplicar o direito. Desta forma, a ética rizomática são capilarizações que se estendem pelo organismo societal, dando uma ideia de conjunto sistemático de microorganismos que se comunicam, se fundem, se interpelam, de maneira constante e revigoram a ciência do direito.

A Constituição como acolhedora da multiplicidade rizomática e da diversidade múltipla é um arcabouço acoplado de todas as variabilidades do mundo axiológico, da vida. Neste acoplamento, há uma ideia de estrutura² com plasticidade para efetuar os movimentos fractais e suas inúmeras combinações com o que ocorre nas fontes materiais. O rizoma, e por conseguinte os direitos fundamentais e a ética

² A Constituição assume a forma de acoplamento estrutural, na medida em que possibilita influências recíprocas permanentes entre direito e política, filtrando-as. (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de Direito a partir de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.). Nesse sentido que Luhmann vai definir a Constituição como acoplamento estrutural, este conceito ocupa um lugar central na teoria biológica dos sistemas autopoieticos de Maturana e Varela, à qual Luhmann recorre explicitamente na aplicação dele aos sistemas sociais. (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 54.

rizomática que lhes proporciona estrutura se transformam em geometrias multidimensionais, plúrimas que passam a reger a dignidade da pessoa humana, esta por sua vez passa a ser o núcleo axiológico da tutela jurídica.

Deleuze (1980) ao descrever a importância do rizoma, destaca que ele tem alguns princípios, que se assemelham à Constituição no novo paradigma da teoria crítica descrita por Herrera Flores (2009). O princípio da conexão aponta que o rizoma é permeado pelo elemento incerteza, e como tal é impregnado por imprevisibilidade. Isto por que, a sociedade é móvel, plural, e o tempo todo demonstra uma transformação no seio das fontes materiais. Diz Herrera Flores (2009) que os direitos fundamentais rizomáticos devem observar essa conexão e transformação entre as fontes e a própria Constituição, que deve estar jungida à vida, aos fatos, aos valores, às pessoas. Logo, a ética rizomática é elemento de conexão entre o intérprete da Constituição, o direito e a fonte material onde esse direito será aplicado.

Se o rizoma, tanto quanto os direitos fundamentais, conectam partes dessemelhantes, é possível destacar sua capacidade heterogênea de dialogar com fatores desiguais. Isto por que ambos rompem a causalidade linear que permeia o direito mais clássico. Pois segundo Deleuze (1980), “[...] num rizoma cada traço não se remete necessariamente a apenas um outro traço, mas às cadeias semióticas”. O rizoma é orgânico, poroso, dialoga com os reais fatores de poder da vida, do homem, dos sujeitos constitucionais. A ética rizomática ao conectar elementos desiguais fornece a tessitura da plasticidade tão característica dos direitos da sociedade complexa a que estamos submetidos, inclusive aos novos arranjos familiares.

E ao assim fazê-lo opera pelo princípio da multiplicidade, que significa a conjugação de forças plurívocas, que por sua vez germinam em outras forças se conectando à rede da vida, da sociedade. Sobre o tema, os direitos fundamentais radicados na ética da alteridade são pontos convergentes entrelaçados e imbricados como os amálgamas de ligação tal qual o rizoma. Com propriedade Deleuze (1980, p. 16) destaca que,

[...] o múltiplo é efetivamente tratado como substantivo, multiplicidade, [...] ele não tem mais relação com o uno como objeto, como imagem do mundo. As multiplicidades são rizomáticas e denunciam as pseudomultiplicidades arborescentes.

Percebe-se do que foi exposto que os direitos fundamentais rizomáticos são circulares, circuitos mistos que se entrecrocaram, produzem energia e nutrem a Constituição em sua aplicabilidade. Para Deleuze (1980) o rizoma são fibras nervosas que seguem uma dimensão de rede ou trama circular que se difere da ideia do mandamento piramidal da Constituição no paradigma liberal ocidental individualista.

Deleuze (1980) destaca por sua vez que o rizoma faz um movimento circular, formando novas conexões, e ao assim fazê-lo, elabora o movimento fractal da ruptura assignificante. Este princípio significa que a cada ruptura o rizoma se refaz em uma nova situação, cada ruptura é o renascer de raízes, em um paralelo com os direitos fundamentais que são nutrientes da Constituição e que tem vida biológica impulsionada pelos fatos sociais. Claro está que esse elemento de circularidade transforma a ética em espiral que anima o direito através da dialeticidade e dialogicidade, pois não se pode mais conceber a sociedade como mero amálgama de fatos que se subsume ao modelo piramidal kelseniano.

Para finalizar, Deleuze (1980) ressalta que o rizoma é um mapa, aberto. E como tal é conectável com outros mapas, tal qual a ideia de Constituição e os direitos fundamentais. Como mapa, o rizoma pode ser desconstruído, desmontado, uma vez que sua capacidade de remodelagem e morfogênese³, é a tônica da reconstrução.

Assim Deleuze refuta a ideia de decalque, significando colagem mecânica de uma realidade à outra. O decalque é repetitivo, ortodoxo, isomórfico, lembrando os direitos fundamentais do paradigma cartesiano que proporciona a atômização do Direito, cerrado em seus próprios axiomas jurídicos, sem dialogar com as outras áreas da ciência. O decalque é replicador, é bricolagem por repetição em uma série

³ Morfogênese é um conceito da ciência biológica, para demonstrar a característica regeneradora que tem certos organismos vivos, de se refazer, depois do corte de alguns membros não vitais. Como exemplo, os galhos de uma árvore, as partes não vitais de um corpo animal. Sobre o tema Ver Teoria dos Sistemas de Ludwig Von Bertalanfy.

de mesmos elementos: é a sumularização do direito, a transformação dos direitos fundamentais na perfeita fórmula da engenharia jurídica.

Como se pode depreender os direitos fundamentais rizomáticos acompanham a nova concepção da sociedade e suas transformações, para tanto devem observar os elementos de impulsos materiais no mundo axiológico e se aproximar dos reais fatores da vida.

A relação homoafetiva e sua complexidade não podem ficar desabrigadas do direito sob o sofisma de não haver tutela jurídica que os acolha. Desta forma esses casais na tentativa do reconhecimento como família, buscam pelas vias reversas a adoção monoparental homoafetiva, que é aquela em que somente um dos conviventes adota a criança que fará parte do núcleo familiar homoafetivo. Gerando, por conseguinte a filiação socioafetiva quanto ao outro convivente que não adotou juridicamente. Assim, o novo conceito de família e suas transformações, representam de certa forma, a passagem do paradigma arborescente linear, ao paradigma rizomático descrito por Deleuze (1980) e que deve iluminar a Constituição.

1.2 CONCEITO DE FAMÍLIA: DA PATRIARCAL À CONSTITUCIONAL

O ser humano é a espécie que vive à procura da felicidade, não importa a posição “[...] que o indivíduo ocupa na família, ou qual espécie de grupamento familiar a que ele pertence - o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar [...] a caminho da realização de seu projeto de felicidade” (HIRONAKA, 2000, p. 08).

Para Diniz (2002, p. 9) a família tem uma concepção plúrima, podendo ser conceituada como “[...] conjunto de indivíduos que estejam ligados por vínculos de consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos”. A autora destaca

ainda que na acepção lata, “[...] a família abrange os parentes de linha reta ou colateral, bem como os afins”.

Na mesma esteira conceitua Rocha (2009, p.10) ressaltando o conceito de família nas fontes históricas, lembrando que “[...] família é um termo polissêmico que designa realidades variadas” e também acepções diversas. O autor focaliza o termo família e seu conceito em vários troncos. E evidencia que, para o Digesto,

[...] a denominação de família refere-se também ao significado de alguma corporação que está compreendida ou no direito próprio de seus mesmos indivíduos, ou no comum de toda cognação. Por direito próprio chamamos família a muitas pessoas, que, ou por natureza, ou de direito, estão sujeitas ao poder de um só, [...] o pai de família, a mãe de família, o filho de família, a filha de família e os demais que seguem no lugar destes.

Para o direito canônico, “[...] a família, fundada e vivenciada pelo amor, é uma comunidade de pessoas: dos esposos, homem e mulher, dos pais e dos filhos, dos parentes.” Já o catolicismo e sua concepção eclesiástica, continua o autor, entende que a família “[...] é, portanto tradicionalmente relacionada ao amor; amor análogo ao de Jesus Cristo pela humanidade e pela igreja; amor indissolúvel” (ROCHA, 2009, p. 17).

Partindo desta premissa a espécie humana não consegue viver sozinha, há gerações cultua-se que a felicidade está na busca de um companheiro, passa-se parte da vida procurando-o para ser feliz, pois somente a dois poderão formar uma família, família esta que “[...] pode ser considerada uma instituição humana duplamente universal, uma vez que associa um fato de cultura, construído pela sociedade, e um fato de natureza, inscrito nas leis da reprodução biológica” (DIAS, 2006, p.61).

Nessa concepção, a autora ainda destaca que,

[...] a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito. Como a lei vem sempre depois do fato, congela uma realidade dada. As modificações da realidade acabam se refletindo na lei, que cumpre sua vocação conservadora. A família juridicamente regulada nunca é multifacetada, como a família natural. Essa preexiste ao Estado e está acima do Direito. A família é uma construção cultural.

Para melhor compreensão das modificações e evoluções que vêm acontecendo no Direito de Família, se faz necessário abordar a temática referente à evolução da família. Estudos demonstram que até bem pouco tempo, a família era compreendida somente através de sua consolidação pelo casamento, consistia numa união de homem e mulher que tinha por objetivo a procriação, ou seja, a perpetuação da família, concentração e transmissão do patrimônio.

Assim, “[...] em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio” (DIAS, 2010, p.28).

O casamento é uma das instituições mais antigas do mundo civilizado, e sofreu larga influência sócio-religiosa, ou seja, ele tinha como finalidade a procriação da espécie. Todo esse contexto influenciou a edição do Código Civil de 1916 (C.C/16), que tinha como finalidade superproteger a instituição jurídica casamento, sendo este indissolúvel.

Portanto o casamento gozava da proteção Estatal, sendo que somente as famílias advindas a partir dele eram consideradas legais, as demais formas de convivência afetiva foram consideradas, portanto, não merecedoras da proteção do Estado, recebendo uma carga de preconceitos como se fossem situações espúrias. Admitia-se, então, o sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família, em nome da manutenção do vínculo do casamento.

Em razão dessa concepção sócio-religiosa, os casais que se uniam pelo casamento, que não podiam ter filhos eram discriminados, sofrendo humilhações por sua incapacidade de gerar sua prole. Crianças nascidas fora do casamento também eram considerados “filhos ilegítimos”, sofrendo toda carga de preconceito, tais como restrições sociais, sucessórias, educacionais, e políticas.

Nessa época, geralmente a configuração familiar era a de uma comunidade rural, ou um conjunto de pessoas ligadas por laços de parentescos civis, e não civis. Assim, é possível destacar a formação familiar formada por pais, filhos, parentes e agregados, sendo considerada uma verdadeira unidade de produção.

Ferrarini (2010, p. 56) ao descrever as modelagens familiares, descreve a família patriarcal, ressaltando que “[...] enquanto unidade econômica a família se funcionalizava nesse período para garantir o ter em detrimento do ser. Era, pois, o elemento essencial de produção e crescimento do Estado”.

A autora enfatiza as características desse modelo calcado nas raízes patriarcais, implantado no Brasil Colônia; com vigor teve sua inserção no século XVI e perdurou até o século passado, exercendo fortes influências na sociedade, irradiando suas configurações para o Código Civil de 1916. Sobre o ideal deste modelo de família conservadora Perrot (1993, p.77-78) ensina que,

[...] essa família celebrada, santificada, fortalecida era também uma família patriarcal, dominada pela figura do pai. Da família, ele era a honra, [...] o chefe, e o gerente. Encarnava e representava o grupo familiar [...] dando-lhe seu nome. Seus interesses sempre prevaleciam sobre as aspirações dos membros que a compunham. Mulher e filho lhe eram rigorosamente subordinados. A esposa estava destinada ao lar, aos muros de sua casa, à fidelidade absoluta.

Pelo fato de se constituir um grupo que habitava o setor rural, e que trabalhava o modelo agro-cultivador, que por sua vez suscitava mão de obra artesanal, era comum, neste modelo familiar se incentivar a procriação. Assim, quanto maior o número de membros da família, melhor a condição de sobrevivência, pois haveria mão de obra suficiente para o trabalho no campo, e para a manutenção do patrimônio, durante muitas gerações.

Esse modelo pragmático de família visava principalmente as relações patrimoniais. “Isso porque a família inicialmente [...] não tinha como ponto de preocupação o bem-estar de seus componentes: visava apenas garantir que o modelo econômico da época fosse cada vez mais vigorado [...] para que se alcançasse uma boa produção” (VECCHIATTI, 2008, p.187).

A finalidade da família era tão somente a sua perpetuidade, havendo pouca preocupação com o amor ou com as pessoas que a formavam. A sociedade da época era pouco comprometida com os anseios gerais de um tempo em que sujeito e objeto não demarcavam fronteiras nítidas.

Ferrarini (2010, p. 57) ao descrever a família patriarcal ensina que “[...] apenas o chefe era dotado de direitos e cidadania plena. Aos demais membros não eram conferidos os mesmos direitos e poderes, sendo que mulher e filhos eram tratados como seres frágeis, dependentes e submissos”.

E conclui que,

[...] encontravam-se em posição de inferioridade, não tendo como consequência a mesma dignidade que o homem. A instituição familiar portanto, estava no ápice da hierarquia, seguida do pai, chefe da família e detentor de toda autoridade. [...] A opção patrimonializada da família [...] não se limitava à mulher e aos filhos, dirigindo-se também à senzala. Não era conferido ao Estado a possibilidade de intervenção no espaço privado da instituição familiar, o que tornava os abusos aos mais fracos, uma realidade incontestável.

O homem era o centro da família patriarcal, o elemento provedor do grupo familiar que lhe cercava. Então com aquele grupo o provedor possuía compromissos inarredáveis, tais como com a perpetuidade do clã, o sustento e subsistência do grupo, e a administração patrimonial, já que o modelo agrário era constituído de bens e valores colocados à sua guarda e manutenção.

Naquela sociedade patriarcal o papel cabível à mulher era assaz restrito, uma vez que ela era dominada e reduzida às funções domésticas de âmbito privado do lar. À figura feminina restava ocupação de procriadora, e quando muito ocupava das tarefas domésticas e dos filhos.

Assim, pela concepção de mera reprodutora, era tarefa mister fornecer o maior número de filhos possíveis para garantir a continuidade do clã, bem como produzir, defender a terra e o Estado. Isso é tão verdadeiro que ao casar, a mulher deixava de ser plenamente capaz para atuar na vida civil e tornava-se relativamente incapaz, sendo portanto entregue às volições de seu marido.

Essa relação com base na vontade unilateral marital era cercada de patriarcalismo e abrangia tanto a administração cível dos direitos de personalidade femininos, quanto a administração patrimonial e autorização para agir na sociedade civil e mercantil. Situação que na sociedade brasileira, somente foi amenizada com a promulgação do

Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121 de 1962, uma vez que o artigo 2^o⁴ conferiu à mulher o direito aos seus bens pessoais, mas de certa forma adicionou a ela, obrigação da meação dos bens uxórios com os de seu consorte, caso o conjunto patrimonial do casal não fosse suficiente para a manutenção da família.

Sobre a interface da família patriarcal e os novos modelos que surgiram, Dias (2010, p. 28) destaca que “[...] este quadro não resistiu à revolução industrial, que fez aumentar a necessidade de mão-de-obra, principalmente para desempenhar atividades terciárias”. Disto depreende-se que os valores culturais arcaicos, praticados há séculos pelos indivíduos que compunham a família foram questionados e por conseguinte expelidos da sociedade perante a nova postura do mundo moderno. Este novo modelo de sociedade fez com que o homem se ajustasse às novas regras impostas.

Percebe-se que com a Revolução Industrial e a Revolução Francesa, o modelo de família patriarcal sofreu profundas alterações. Essas mudanças forjam dinâmicas sociais, econômicas e políticas no cenário mundial, impactando de maneira transversal o conceito e a dinâmica familiar.

As revoluções alteraram e introduziram novas concepções de produção, tecnologia e valores, inclusive no que diz respeito aos arranjos convencionais de parentesco. “Acabou a prevalência do caráter produtivo e reprodutivo da família, que migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou a aproximação de seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo”. (DIAS, 2010, p. 28). Essas transformações sociais afetaram a família, direcionando-a para a realização pessoal dos seus integrantes.

Essas novas ideias e concepções deslocaram as relações patriarcais, dissolvendo vínculos antes cristalizados em papéis masculinos. Para Dias (2010, p. 28) “[...] foi assim que a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a

⁴ Artigo 2^o, da Lei. 4.121/62. “A mulher, tendo bens ou rendimentos próprios, será obrigada, como no regime da separação de bens (Código Civil-1916, artigo 227), a contribuir para as despesas comuns, se os bens comuns forem insuficientes para atendê-las”

única fonte de subsistência da família, que se tornou restrita ao casal e sua pequena prole”.

Essa dinâmica alterou o cenário inclusive “com a valorização do afeto nas relações familiares [...] existe agora, uma nova concepção da família, formada por laços afetivos de carinho, de amor” (DIAS, 2010, p. 28). Nessa nova configuração o papel dos membros do grupo familiar também se altera, pois há conjugação de responsabilidades do núcleo familiar entre os dois cônjuges.

Mas é no vórtice das mudanças que se encontra a figura da mulher, com fortes alterações no papel feminino. Como a principal impactada pelas transformações a mulher vivencia grandes embates com as mudanças. Essas mudanças conduziram à necessidade de inserção feminina no mercado de trabalho. As atribuições de labor femininas dantes internas ao núcleo familiar foram ampliadas e se tornaram mais complexas.

Neste novo cenário os papéis se intercambiam de forma permanente, de provedor o homem passa a companheiro e cooperador mútuo na direção da família. Os papéis se intercambiam, alterando inclusive a identidade masculina. O homem passa a redimensionar sua responsabilidade e masculinidade; a mulher por outro lado, de forma tímida, passa a dividir relativamente seus afazeres domésticos incluindo a educação dos filhos com o homem.

Percebe-se uma mudança substancial dos papéis dos cônjuges na família, uma vez que há uma transmutação no papel feminino: do papel de subordinação para o da cooperação com a instituição familiar. Do mesmo modo que a verticalidade nas relações familiares é gradativamente substituída pela ideia de horizontalidade e afeto nos laços de parentesco.

Os hábitos arraigados há séculos na estrutura da família, aos poucos vão cedendo às novas transformações, a família dantes composta por vários membros, passa a ser simplesmente formada pelo casal e prole. Neste novo cenário se verifica a democratização da família nuclear. Uma vez que não mais subsiste o poder indiscutível do marido e do pai e a submissão da mulher e dos filhos.

O início dos movimentos feministas e a descoberta dos métodos contraceptivos foram elementos importantes que deram suporte para as mulheres buscarem sua liberdade de expressão e direitos iguais perante aos homens, não se sujeitando mais aos mandos e desmandos dos seus maridos. O papel da mulher transforma-se profundamente, alcançando na maioria das legislações direitos iguais aos dos homens.

Por outro lado a Igreja já não tem mais tanta influência sobre o Estado, acontecendo o enfraquecimento dos rígidos padrões de moralidade impostos, através dos séculos pelo Direito Canônico. Com isso, a sociedade passou a trilhar seu próprio caminho, deixando de lado a submissão à doutrina existente. Nessa nova perspectiva o casamento deixou de ser o único meio de constituição de família.

Esta é a constatação da historiadora francesa Perrot (1993, p. 78):

As rupturas que assistimos hoje são a culminação de um processo de dissociação iniciado há muito tempo. Ele está ligado em particular, ao desenvolvimento do individualismo moderno do século XIX. Um imenso desejo de felicidade, essa felicidade que o revolucionário Saint-Just considerava a idéia da nova Europa – ser a gente mesmo, escolher sua atividade, sua profissão, seus amores, sua vida – apoderou-se de cada um.

O objetivo maior das pessoas passou a ser a busca da felicidade e, com ela, surgiram novas formas de famílias, pois a sociedade já não mais se prendia às normas e ao modelo rígido de família, o que estava em jogo eram as realizações pessoais. E o que fica visível, como fruto dessas observações é que um novo modelo de família se apresenta, uma vez que há a tentativa de harmonizar a liberdade individual com os laços afetivos existentes no lar. Dessa forma percebe-se parafraseando Michelle Perrot (1993) que há uma rejeição ao “nó” e não ao “ninho”, pois este é sinônimo de abrigo, afeto e solidariedade.

Isso de certa forma foi um dos grandes avanços alcançados pela emancipação feminina, que traz consigo o desejo de liberdade, de buscar a felicidade através das relações construídas pelo sentimento, ou seja, do amor e do afeto; ao casamento já não é mais atribuída a medida de importância que lhe coubera em momento histórico anterior. As uniões já não têm as normas como base, e sim, o afeto mútuo.

Para Farias (2007, p. 4):

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora.

Nesse sentido, percebe-se que a família tem o seu quadro evolutivo ligado ao próprio desenvolvimento do homem e da sociedade, transforma-se de acordo com as novas conquistas da humanidade, sendo uma realidade viva, que precisa indiscutivelmente de atenção por parte dos operadores do Direito, de modo que este possa albergar as necessidades inerentes e pulsantes da sociedade.

Com efeito, é sabido que a sociedade “[...] evolui, transforma-se, rompe com tradições e amarras, o que gera a necessidade de constante oxigenação das leis” (DIAS, 2010, p. 29). De um modo geral as fontes materiais estão em estágios mais evoluídos que as normas, pois são dinâmicas e fluidas, apresentando uma volatilidade. Cada povo tem suas peculiaridades, tendências, conhecimentos que vão dialeticamente se transformando no seio da sociedade. Nesse sentido Wolkmer (2011, p.209) afirma que “[...] apesar do Estado ter o monopólio do exercício da força [...] outros meios de indução de conduta existiriam e seriam aplicados em campos sociais de ação [...]”. Essa dinâmica é heterogênea e alcança as capilaridades sociais, as franjas que permeiam a sociedade são as fontes donde a lei bebe.

Como as fontes materiais são voláteis, as normas não conseguem acompanhar as necessidades e inquietações de sua dinâmica. Tome-se como exemplo, a família contemporânea, fluida, móvel, heterogênea, e com bases fincadas na afetividade, ao invés da previsibilidade geral prescrita nos códigos.

Dessa forma decerto que há na atualidade uma dissonância entre os fatos e as normas: os problemas sociais que avultam, em sua grande maioria tem a vertente atual da sociedade heterogênea e pluralizada. Todavia, juridicamente estes fatos sociais recebem tratamento com base em codificações de épocas anteriores cujo

valor nem sempre corresponde ao momento atual; percebe-se uma certa falta de sintonia entre fato, valor e norma. Então, conseqüentemente os julgamentos desses fatos dependerão da discricionariedade dos juizes para solução dos casos concretos.

Então, a legislação quase sempre é posterior aos fatos sociais. É possível destacar que as codificações ocorrem na retaguarda ou nas esteiras das fontes sociais. Foi o que ocorreu na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando o constituinte reconheceu a união estável, depois de já pacificada pela jurisprudência e Tribunais, segundo o Artigo 226 § 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”.

Essas uniões extramatrimoniais que até então eram conhecidas como concubinato, traziam uma carga muito grande de preconceito que se instalou ao longo do tempo. Portanto, percebe-se que o legislador quis mitigar essa carga de preconceito sobre a palavra concubinato, substituindo-a pela palavra união estável, atendendo a uma realidade social.

Nota-se que há pouco mais de 24 anos inseriu-se no âmbito do Direito de Família as relações extramatrimoniais, consideradas até então como sociedades de fato, reguladas pelo Direito das Obrigações, como se as pessoas tivessem se unido para formar uma sociedade, com o vínculo comercial e não afetivo.

Por esse foco verifica-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconhece como entidade familiar, gozando da proteção do Estado não só as famílias advindas do casamento, como também as uniões extramatrimoniais, bem como as famílias formadas por um dos pais e seus descendentes, ou seja, a família monoparental, como dispõe o Artigo 226 § 4º: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. Ademais a carta magna consagrou no artigo 227 § 6º a igualdade dos filhos

biológicos, nascido ou não do casamento, ou por adoção assegurando-lhes os mesmos direitos⁵.

Ressalta-se que a família monoparental é formada por somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar. Para Leite (2003, p. 21) a família monoparental “[...] se impôs como fenômeno social nas três últimas décadas, mas com maior intensidade, nos vinte últimos anos, ou seja, no período que se constata um maior número de divórcios”. Não havendo qualquer exigência de casal heteroafetivo com capacidade de procriação, para ser compreendida como entidade familiar.

Como muito bem focado “família não é apenas o conjunto de pessoas onde uma dualidade de cônjuges ou de pais esteja configurada, senão também qualquer expressão grupal articulada por uma relação de descendência.” (VILLELA, 1995, p.642). Percebe-se que o texto constitucional reflete uma realidade social, principalmente nos grandes centros urbanos, onde o número de pessoas solteiras ou descasadas com filhos, sem a companhia do parceiro é maior. Logo, na atualidade o direito amplia o conceito de família reconhecendo outras formas de constituições familiares não advindas do casamento, para efeito de proteção do Estado.

Sem dúvida o Direito precisava reconhecer outras formas de constituição familiar que não seja somente o casamento. Uma vez que a sociedade marginalizava as famílias monoparentais, pois estas eram vistas como um fracasso pessoal dos membros que a constituíam, uma gama de preconceitos circundava o tema, e a conquista da alteração desse quadro foi muito importante para as pessoas que se encontravam na invisibilidade. Por conseguinte, atualmente o que era visto com “discriminação, [...] mostra-se como uma escolha livre, sendo decisão particular de

⁵ O Código Civil de 1916 trazia diferenciações entre os filhos, da seguinte forma: i – a filiação biológica podia se apresentar como legítima ou ilegítima, considerava-se legítima a filiação concebida na constância do casamento e era ilegítima a filiação proveniente de relação extraconjugal (que poderia ser legitimada se os pais após a concepção se casassem); ii – filiação natural era aquela proveniente de relação extramatrimonial entre pessoas que não tinham impedimento legal para o casamento; iii- a filiação espúria se apresentava como adúlterina que era a filiação proveniente de relação extramatrimonial praticada por pessoas casadas, paterna ou materna e incestuosa que consistia na filiação proveniente de relação sexual entre parentes próximos.; iiiii – e a filiação civil que temos como exemplo clássico a adoção.

um dos membros, quer na ruptura da vida matrimonial, quer na opção por uma forma de união livre, quer na decisão de criar um filho sozinho” (DIAS, 2010, p. 193).

Observa-se que as transformações trazidas nos artigos 226 § § 3º e 4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fizeram com que um novo conceito de entidade familiar surgisse. A base da família contemporânea não mais se prende àquela moldura engessada, hierarquizada e patriarcal, onde se tinha como elemento constitutivo a procriação. Na atualidade o elemento constitutivo está centrado em sentimentos altruísticos tais como o afeto e o amor.

Prova disso é que o mundo de hoje não comporta uma visão idealizada da família como a de outrora, patrimonial e funcionalista. “[...] A sociedade concede a todos o direito de buscar a felicidade, independentemente dos vínculos afetivos que estabeleçam” (DIAS, 2010, p. 33), portanto o casamento deixa de ser a única via convivencial e passa a ser uma opção livre entre os casais que almejam constituir um lar. Deveras o casamento deixa de ser o único legitimador do núcleo familiar.

Somando-se ao artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que reconhece os direitos fundamentais da família, o artigo 227, *caput*, proclamou o dever do Estado, da comunidade social e da própria família de garantir à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais prescritos na carta magna.

Desse modo, a vida, a saúde, a alimentação, a educação, o lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, o respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária são asseguradas a esses sujeitos. O dever do Estado é implementar essas direitos, além de salvaguardar os sujeitos de toda e qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Deste modo, erigiu por este dispositivo, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Princípio este acolhido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Com as alterações introduzidas pela Lei nº. 12.010, de 03 de agosto de 2009, que de forma significativa incluiu mudanças no instituto da adoção no Brasil.

Nessa nova perspectiva constitucional do Direito de Família vários são os desafios para superar o sistema jurídico privado clássico e alcançar a estrutura plural fundada em princípios da promoção da dignidade humana, da solidariedade e da igualdade, no qual o conceito de família se tornou aberto. Contudo há uma grande diferença entre o discurso formal e positivado e a realização dos direitos fundamentais.

Toma-se como exemplo a união homoafetiva⁶ e suas propriedades que somente no ano de 2011 o Supremo Tribunal Federal a equiparou à união estável formada por sexos distintos. Toma relevo, portanto, o ativismo judicial na construção sólida de uma jurisprudência que reconheça na plenitude, os direitos e os reais interesses das partes que constituem a família contemporânea.

Diante de tanta diversidade, fica difícil conceituar família na atualidade. Hodiernamente as pessoas sabem o que fazer com o seu afeto e não mais são obrigadas a reprimi-lo para se subjugar ao desejo dos pais, da sociedade, ou do Estado. Para Dias (2005, p. 97), um conceito moderno de família é aquele grupo que:

[...] não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se importem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características.

Equivale sustentar que comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida em comum, coabitação e laços afetivos, está-se à frente de uma entidade

⁶ Os termos homoafetivo, homoafetividade, heteroafetivo e heteroafetividade foram criados por DIAS Maria Berenice. Conversando sobre homoafetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 36. Em substituição a homossexual, homossexualidade, heterossexual e heterossexualidade, para “realçar que o aspecto mais relevante não é de ordem sexual. A tônica de todos os relacionamentos é a afetividade, e o afeto independe do sexo do par” Para um melhor aprofundamento sobre o assunto ler também as obras da mesma autora: União Homossexual: o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; Homoafetividade: o que diz a justiça: as pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direito às uniões homossexuais. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003; Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

familiar, forma de convívio que goza de proteção constitucional. Percebe-se claramente a nova edificação no Direito de Família, tendo por base as premissas solidaristas da Constituição da República Federalista do Brasil de 1988, onde as entidades familiares perdem a condição de fim em si, e, pelo caminho da afetividade, se tornam em instrumento de realização dos direitos da personalidade e da dignidade dos seus membros. Portanto, cada entidade familiar deve ser protegida “[...] na medida em que seja capaz de proporcionar um lugar privilegiado para a boa vivência e dignificação de seus membros” (GAMA; GUERRA, 2007, p.128).

Conforme destaca com propriedade Krell (2008, p. 24-25) o conceito de família está relativamente imbricado ao meio sócio-temporal, pois este aspecto exerce grande influência, uma vez que,

[...] a história nos revela que cada fase da humanidade se revestiu de características próprias delineando determinados e diferentes conceitos de família, onde as influências do tempo, do meio social e da moral de cada época contribuíram para que os conceitos se modificassem. Atualmente, a constituição da família não se adapta àquela velha fórmula burguesa, nem tampouco está completamente desagregada ou desprestigiada como querem alguns. Simplesmente se reveste de novas características, na revalorização dos núcleos familiares.

Analisando sob esta ótica, entende-se que a estrutura da família sofre alterações, de acordo com o momento histórico vivido, podendo se apresentar de diversas formas, quais sejam: formais ou informais, de direito ou de fato, censuráveis ou aceitáveis, essas diversas formas se adaptarão de acordo com o momento histórico, social e cultural de cada sociedade.

Evidencia-se pois, que o momento histórico é o paradigma através do qual os costumes se irradiam na sociedade, é ele que estabelece o que pode ou não, ser feito ou vivido. É determinante para definir o “normal” e o “anormal”, o que é certo e o que é errado. Conseqüentemente essas decisões são tomadas pela maioria e aquilo que não é aceito é reservado ao silêncio. Isso ainda acontece quando o assunto são os novos arranjos familiares advindos das relações homoafetivas, nas quais seus direitos são negados e automaticamente silenciados. É oportuno recordar as palavras de Leoni (2003, p. 207) o qual espera que o “[...] Direito brasileiro possa realmente acompanhar a evolução social, cultural e afetiva que ocorreu no interior da família, seja para regulamentar, seja para revogar leis”.

Significa, portanto que a noção de grupo afetivo contemporâneo comporta vários modelos de arranjos familiares, não estando adstrito a uma única forma de composição, compreendendo as novas características que atualmente fazem parte dos núcleos familiares.

Convém reiterar que para a psicanálise as famílias também são construídas pelo afeto entre os parceiros, o que significa dizer que não há um modelo familiar único, “mas sim formas particulares de como estabeleceu determinada organização familiar, sejam quais forem os seus protagonistas” (CARVALHO, 2009, p. 186). Vale dizer que independente se os parceiros são heteroafetivos ou homoafetivos a organização familiar existe, pois é construída pelo afeto entre seus membros.

As considerações elencadas anteriormente, se confirmam no texto constitucional de 1988, pois ao trazer para a família a função social de fomentar o desenvolvimento da personalidade dos seus componentes, amparando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, inseriu no seu texto a concepção pluralista do instituto da família, reconhecendo como organização familiar outras não advindas do casamento.

Registra-se que no momento que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, traz no seu Artigo 226 § 8º que o Estado assegurará proteção a cada um dos membros que integram o corpo familiar opera-se na visão de Nevares (2004, p. 68) a concepção instrumental da família, pois ela se desloca do eixo “[...] da família instituição, protegida por si só, pelo simples fato de ter sido constituída através do casamento, para a família instrumento, entendida como formação social que tem em vista a pessoa de seus componentes”.

É nessa nova perspectiva que a família reescreve a história, se tornando o “ninho” para a proteção e desenvolvimento de seus membros, respeitando seus direitos fundamentais. Por este prisma, então, vê-se que “[...] a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que, todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional” (MADALENO, 2008, p. 20). Pois se todos são igualmente

dignos, a proteção à dignidade humana deve ser garantida a todos pelo Estado e obviamente não poderia ser de outra forma na família.

1.3 ARRANJOS HOMOAFETIVOS COMO NOVAS UNIDADES FAMILIARES

Embora o Código Civil de 2002 e a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, reconheçam em seus textos como família a união entre pessoas de sexos diferentes, a doutrina tem farto material sobre a união de pessoas do mesmo sexo, considerando que há na sociedade atual uma nova configuração familiar, bem como o Poder Judiciário brasileiro vem se posicionando, no sentido de reconhecimento dos direitos de casais homoafetivo, observa-se esta afirmação em julgados de instâncias várias, com uma maior ocorrência no Estado do Rio Grande do Sul.

A homossexualidade tida como atração sexual e afetiva entre duas pessoas do mesmo sexo é um fato que percorre a história da humanidade. Repreendida em algumas culturas e tolerada em outras, permeia toda a vida social e por isso mesmo o direito não pode a ela fechar os olhos, ignorando sua existência. Segundo Dias (2010, p. 192) “[...] é uma condição ou modo de ser” na vida social dos indivíduos. E como tal deve ser reconhecida e respeitada.

Dada a evolução da vida social e da ciência genética e modernas técnicas de inseminação artificial, assim como a prevalência da afetividade e amor, esvaziou-se o conceito do sexo meramente procriativo, e hoje a sociedade vivencia novas práticas envolvendo a sexualidade de formas diferenciadas. O direito vem reconhecendo essas mudanças e a intrigante problemática que a circunda, não podendo se eximir de tutelar juridicamente essa nova realidade e suas complexas imbricações.

O direito pressupõe a forma inclusiva de tratar as minorias, então o Estado Democrático de Direito permite a conformação da diversidade social, abrindo espaço às discussões que envolvam igualdades, tendo como sustentáculo o princípio constitucional da dignidade humana, inclusive quanto ao direito do exercício da sexualidade.

Para Girardi (2005, p. 67) “[...] a homossexualidade é algo inato na pessoa não podendo ser adquirido e assim, é desvinculado das questões de preferência pessoal, portanto, não merecedor de juízos condenatórios”. A sexualidade seja ela de que forma for exercitada integra a própria condição humana, portanto se configurando como direito fundamental. Dias (2010, p. 194), sobre esse aspecto ensina que,

[...] como direito do indivíduo [a sexualidade] é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode se realizar como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual quanto à liberdade de orientação sexual.

Nesse sentido o respeito ao exercício da sexualidade deve compreender o espaço no Estado Democrático de Direito, pois faz parte de seus próprios fundamentos de dignidade humana e cidadania. Nessa perspectiva é no *locus* do exercício de seus direitos, que os homoafetivos reivindicam a inclusão social e o reconhecimento como organização familiar, a convivência de pessoas do mesmo sexo.

Como relação homoafetiva se entende a união de pessoas do mesmo sexo, em uma relação convivencial, inclusive apresentando os mesmos direitos e obrigações. Esta relação tem por base o afeto, portanto o vínculo que se estabelece entre os conviventes é similar ao de um grupo familiar heteroafetivo.

Oportuno aqui frisar o verdadeiro significado do núcleo familiar, uma vez que cada membro deste grupo deverá superar as dificuldades cotidianas, na procura de uma melhor forma de promover a dignidade dos seus membros, disso depreende-se a cumplicidade de cada pessoa que compõe a família, tendo como base a solidariedade, o amor e o afeto mútuo.

Destaca-se a sábia lição de Fachin (2008, p. 324). que ao analisar a família contemporânea constitucionalizada entende que esta se afastou daquele modelo de família patriarcal que perdurou-se por séculos, para ele o ingrediente capaz de unir a família do novo milênio “é o afeto [...] os laços afastam-se dos tradicionais critérios patrimoniais e biológicos, edificando-se sobre os vínculos de amor e afeição que aportam como os verdadeiros elementos solidificadores da unidade familiar”.

Portanto como já exposto, várias são as formas de constituição da família, inclusive a formada por parceiros do mesmo sexo, que ao longo dos anos vem buscando através de muita luta o reconhecimento de seus direitos e principalmente visibilidade, emancipação e justiça. Luta esta que se transforma em várias outras “[...] incorporando novas reivindicações e buscando novos mecanismos” (FERRARI, 2003, p. 106) para alcançar visibilidade.

Para Ferrari (2003, p.106) esta luta “se encaixa no melhor exemplo do que Boaventura Santos classifica de globalização alternativa ou periférica”. Buscando-se aprofundar no exemplo traçado pelo autor, globalização alternativa é aquela “constituída pelas redes e alianças transfronteiriças entre movimentos, lutas e organizações locais ou nacionais que nos diferentes cantos do globo se mobilizam para lutar contra a exclusão social”(SANTOS, 2002, p. 13). Os homoafetivos, assim como os negros, os índios e outras minorias, através dos movimentos de luta buscam visibilidade como sujeitos de direitos, pois para Santos (2010, p. 32) “[...] é impossível existir nos dois mundos, ou seja, você está no campo da visibilidade ou da invisibilidade e ausência não-dialéctica”. E esses grupos lutam para sua inclusão social.

Ressalta-se que o próprio Estado percebendo a necessidade de conhecimento dos fatos sociais do país, na pesquisa realizada em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE⁷, que é subordinado ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão divulgou pela primeira vez dados acerca das uniões homoafetivas.

⁷ Censo 2010. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/>> Acesso em: 07 jul. 2011.

Pelos dados divulgados havia no ano de 2010 mais de sessenta mil pessoas vivendo uma relação homoafetiva. De acordo com o Presidente Eduardo Pereira Nunes é provável que os números apresentados não sejam reais, pois como a questão da homoafetividade foi tratada pela primeira vez, várias pessoas podem ter escolhido ficar na invisibilidade, por receio de não ser aceito na sociedade. Para ele “é certo que nos próximos Censos, essa informação tenderá a aumentar. Isso não vai significar que o aumento será proveniente de mais casais do mesmo sexo se unindo”, mas sim de um auto-reconhecimento, na medida que essas minorias não forem mais tratadas como “estranhas” e tiverem suas opções sexuais respeitadas e principalmente reconhecidas.

De outra compreensão não menos importante, percebe-se que atualmente há uma grande movimentação em torno dos casais homoafetivos, existe uma divulgação maior na mídia, inclusive no que diz respeito a parada gay, as telenovelas, no qual observa-se uma tentativa de quebrar preconceitos e discriminações, outra informação não menos importante é a de que este segmento economicamente não pode ser deixado de lado, pois fazem parte de todas as classes sociais do país.

Recentemente essas relações homoafetivas ganharam visibilidade no Brasil e seguindo uma tendência mundial da “globalização alternativa” foram reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 132, que decidiu de forma histórica, por unanimidade, pelo reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, concluindo que o direito à união independe das práticas sexuais dos casais. Para tanto, invoca-se, o seguinte trecho da decisão paradigmática prolatada pelo STF (BRASIL, 2011):

O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.

Diante desta decisão percebe-se que a Suprema Corte se contrapôs definitivamente ao raciocínio teleológico de que a união entre homem e mulher tem como fim a procriação, e entendeu o amálgama que viceja na relação, que é o comprometimento mútuo, o afeto e o amor. Esses sentimentos é que configuram o novo elemento constitutivo para a formação da família.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que os *casais* não necessariamente precisam ser de sexo diferente, reconhecendo o fator família como elemento implícito naquela relação, independente da orientação sexual. Alguns Ministros, para consubstanciar seu julgamento lançaram mão da doutrina de Dias (2010, p. 47) que ressalta “[...] a nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir o *status* de família” e conclui com a interlocução da carta magna (a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) que ressalta no Artigo 1º, III, “[...]o respeito à dignidade da pessoa humana” consagrado, como norma pétrea.

Isto por que não há como fixar um modelo único de família, há que se compreender os movimentos sociais que a constituem. A construção do conceito de família se perfaz com uma circularidade e heterogeneidade que refutam o elemento cristalizado, pois “[...] a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas” (PERROT, 1993, p.75).

Essas rupturas devem ser, portanto, identificadas e acompanhadas pelo direito, uma vez que esta ciência é um conjunto ligado aos valores e fatos sociais. Tome-se como exemplo dessa prática as ações que foram ajuizadas na Corte Suprema, guardiã da Carta Política, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo Governador do Rio de Janeiro. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277 buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e pediu que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis heteroafetivas fossem estendidos aos companheiros nas uniões homoafetivas.

Já a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132, pedia ao Tribunal que fosse aplicado às uniões homoafetivas de funcionários públicos do Rio de Janeiro, o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código

Civil Brasileiro, sob a alegação de que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Operando o ativismo jurisdicional o Supremo Tribunal Federal interpretou o artigo 1.723⁸ do Código Civil de 2002, conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, entendendo que uma vez existente a união de duas pessoas, mesmo que do mesmo sexo, se for fundada na comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradora, esta, alcança o patamar de família, e, conseqüentemente é considerada uma união estável.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal tomando como suporte legal a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no artigo 226 reconhece a existência de relações socioafetivas ou convivenciais entre pessoas de mesmo sexo. Essas novas conformações convivenciais também têm asseguradas especial proteção do Estado, pois são organizações familiares formadas pela união estável entre pessoas, bem como por um dos pais e sua prole. Dentro desta leitura entende-se que os novos arranjos familiares não podem ser diferenciados das relações advindas do casamento, portanto devem ser entendidos como família, pois não é possível excluir do conceito de família qualquer forma de convivência que preencha os requisitos de “afetividade, estabilidade e ostensividade” (LÔBO, 2002, p. 95), não podendo a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, esgotar as maneiras de convívio familiar que merecem a proteção do Estado.

Por conseguinte a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao perceber a importância da família, reconhece em seu artigo 226 que a família é a base da sociedade brasileira. Independente de sua formação, tendo em vista que em atendimento ao artigo 3º, inciso IV é expressamente vedado a discriminação às pessoas homoafetivas, pelo motivo de sua orientação sexual.

⁸ “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”

Cumpra portanto explicar que o Supremo Tribunal Federal ao reconhecer como entidade familiar as uniões de pessoas do mesmo sexo, não o faz sem legitimidade, e sim com o propósito de garantir direitos às minorias não albergadas pelo legislador. Garantindo uma leitura atual da ordem democrática oriunda de 1988, na qual a democracia não é aquela feita para a maioria e, sim, aquela que é feita para todos.

Entende-se que a maneira de deixar na invisibilidade situações que não agradam a maioria conservadora, acaba por negar direitos inerentes da filiação às crianças e adolescentes que já fazem parte desta unidade familiar, mas estão desamparados quanto ao outro convivente que não adotou. Logo, essa é uma realidade que não se pode mais deixar na invisibilidade.

O entendimento de Garcia e Ragazzi (2011, p. 177-192) aponta para a seguinte indagação:

[...] a quem realmente interessa o não reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos [...] indaga-se onde é que sobraria espaço, ou qualquer fundamento que seja de interpretação constitucional, para impedir que os casais homoafetivos tenham acesso aos mesmos direitos que os casais heterossexuais? [...].

As indagações dos autores supracitados em um país que se diz democrático são de grande relevância, tendo em vista que o reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos, não implicará em restrição de direitos aos casais heterossexuais. Mas, para o Estado tem sido tarefa extremamente complexa lidar com a intolerância da maioria conservadora.

Nesta esteira o Estado acaba deixando de efetivar os direitos dos casais homoafetivos, pertinente à adoção em conjunto de crianças e adolescentes. Assim como se esquia de efetivar o direito fundamental de filiação na adoção monoparental, quando na realidade fática o adotado vive em uma família homoafetiva. Aqui há decerto um litígio entre dois valores, um conflito entre dois elementos jurídicos: o melhor interesse da criança e a ideia conservadora dos códigos positivados.

Extrai-se pelo julgamento do Supremo Tribunal Federal que é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o sustentáculo da aplicabilidade da família plural, que vai além daquelas previstas constitucionalmente. Portanto, no julgamento da Ação Direta Inconstitucional nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, a maioria dos Ministros que compõem a Corte Suprema fez uma interpretação do Artigo 1.723 do Código Civil de 2002, conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Demonstra-se que cada mudança existente na sociedade precisa de uma proteção maior do Estado, para que os conflitos sejam resolvidos da melhor maneira possível. Para isso, é de suma importância que a legislação acompanhe as mudanças sociais. “[...] e essas mudanças exigem um compromisso maior dos juristas com a afirmação de ideais de cidadania e dignidade humana, de modo a concretizar valores constitucionais” (FARIAS, 2007, p. 23).

Diante dessa realidade, a Corte ao realizar o controle constitucional, superou de certa forma a exclusão e invisibilidade até então impostas às famílias homoafetivas. Entretanto não foi superado o preconceito que focaliza o tema, tanto que o reconhecimento dos direitos proclamados à família heteroafetiva ainda está longe de tocar a família homoafetiva. Embora aqui se recuse generalizações, o tema aponta para a carga evidente de preconceito, relegando o direito desses cidadãos. Quando isso ocorre, não é demasiado forte destacar sua posição de exclusão social, sendo portanto aos que compõem famílias homoafetivas serem de certa forma tratados como cidadãos de segunda categoria. Isto por que a eles é negado o sacro direito do reconhecimento da união estável com a finalidade de formar uma família.

De forma bem consistente Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 32) destaca que há uma linha abissal que divide a realidade social que vivemos em dois universos diferentes:

[...] o universo ‘deste lado da linha’ e o universo ‘do outro lado da linha’. A divisão é tal que ‘o outro lado da linha’ desaparece enquanto realidade, torna-se inexistente, e é mesmo produzido como inexistente. Inexistência significa não existir sob qualquer forma de ser relevante ou compreensível. Tudo aquilo que é produzido como inexistente é excluído de forma radical porque permanece exterior ao universo que a própria concepção aceita de inclusão considera como sendo o Outro[...].

Percebe-se portanto que, devido ao preconceito da sociedade em aceitar os novos arranjos familiares, o reconhecimento de direitos homoafetivos está de um lado desta linha abissal, de tal forma que os sujeitos implicados no preconceito e seus direitos tornam-se invisíveis para as pessoas que se localizam do outro lado da linha abissal.

Nesse sentido observa-se que esta invisibilidade social é historicamente construída e aplicada aos sujeitos que possuem alguma diferenciação na sociedade. Esta diferenciação é na verdade, o embrião da exclusão, e o cerne do preconceito. No caso em comento a invisibilidade é também reforçada pela discriminação, haja vista que a sociedade ao se deparar com um sujeito “diferente” tende a negar sua existência e o transforma em sujeito imperceptível.

Tal invisibilidade imposta às uniões homoafetivas, mesmo após sua equiparação às uniões estáveis heteroafetivas pelo Supremo Tribunal Federal, acaba por negar ou deixar de reconhecer direitos aos casais homoafetivos. Tome-se como exemplo, o cerceamento do direito de adotar uma criança ou adolescente, de forma conjunta por estes casais.

Diante da supressão desses direitos e dos prejuízos dele advindos, é necessário reconhecer as modificações no campo material. Portanto neste novo ambiente é necessário compreender a família como sistema democrático, ou seja, um espaço aberto para o diálogo entre os seus componentes.

Nesta percepção dialogical o que se espera é uma verdadeira democracia das emoções do cotidiano em família: “[...] uma democracia das emoções é exatamente tão importante quanto a democracia pública para o aperfeiçoamento da qualidade de nossas vidas” (GIDDENS, 2000, p. 72). Deste modo luta-se para que as escolhas das minorias não sejam limitadas por preconceitos e desejos de determinados grupos da sociedade, uma vez que no Estado Democrático de Direito todos são iguais perante a lei. Desta forma, não se pode assentir a preponderância de um grupo em detrimento de um outro, que lhe é assimétrico.

Daí a relevância de estudos que possibilitem essa adaptação da Carta Magna às transformações sociais de ocorrência ininterrupta. Aqui se deseja levantar discussões acerca da implementação dos direitos aos novos arranjos familiares homoafetivos, principalmente no que diz respeito ao tema adoção por casais homoafetivos e os efeitos da filiação decorrente da adoção realizada de forma monoparental.

2 ADOÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 igualou os direitos de todos os filhos, estabelecendo no § 6º do artigo 227 que “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”.

É importante destacar que neste momento a adoção supera a seara do Direito Privado, pois além do Estado trazer para si a participação efetiva para solucionar o problema em comento, ele também abraça o papel de fiscalizador e defensor dos direitos das crianças e adolescentes, seja pela participação do Ministério Público, do Poder Judiciário e ainda, obviamente pelo Poder Executivo.

Deveras o artigo 227 da Constituição República Federativa do Brasil de 1988, instrui de forma clara que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente de forma plena, 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 negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

As considerações elencadas anteriormente, se confirmam pela garantia dos direitos fundamentais, trazidos no corpo do texto constitucional, precisamente nos artigos 226 e 227, sob a influência dos princípios que integram a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989.

Entretanto, certo é que o Princípio da melhor proteção à criança e ao adolescente não atinge definitivamente o que propõem os Artigos supracitados, uma vez que há uma dissonância entre o texto constitucional e a realidade desumana em que se encontram crianças e adolescentes, sem qualquer amparo estatal, social ou até mesmo familiar.

Analisando esses critérios haver-se-á de entender que é necessário incentivar a adoção, seja ela de que forma for desde que obedeça aos parâmetros previstos em lei, por força do direito fundamental da criança de ter uma família para educá-la, amá-la, protegê-la e principalmente tratá-la como sujeito de direitos.

Tal reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos no entender de Girardi (2005, p. 100) é muito significativo, pois o Capítulo VII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, põe o filho como o novo interlocutor e como sujeito provido de dignidade e “autonomia ética, [...] destinado às relações familiares [...] com a absoluta prioridade a ser dada pela família, pela sociedade e pelo Estado à criança e às circunstâncias a ela inerentes por ser pessoa na peculiar condição de desenvolvimento”.

Por este prisma, então, vê-se que se inverteu de forma significativa o foco da prioridade para a adoção. Anteriormente a adoção privilegiava tão somente o adotante, ou seja, o interesse daquele que queria adotar. Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o princípio do melhor interesse da criança está acima de qualquer outro interesse. “Portanto, a prioridade para o interesse da criança e do adolescente determina que a balança penda sempre para a tutela deste antes dos demais ou deste em prejuízo dos demais” (BITTENCOURT, 2010, p. 38).

Esclarecendo o alcance desta afirmativa o mesmo autor afirma que “[...] ainda que outros interesses legítimos possam ser opostos ao da criança, esta tem verdadeiro direito subjetivo, que deve ser defendido em detrimento dos interesses, ainda que legítimos, dos demais [...]”(BITTENCOURT, 2010, p.38).

Comprovando essas afirmações, tem-se o trecho do voto do Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, proferido no recente julgamento pelo STJ do Habeas Corpus nº 250.203 – SP (2012/0159633-2), que merece ser citado, pois destaca o princípio do melhor interesse da criança em detrimento da valorização do cadastro único informatizado de adoções e abrigos, portanto aquele prevaleceu sobre o formalismo exacerbado, na situação em que o pai não biológico registrou uma criança em seu próprio nome e inseriu-a em sua família, juntamente com sua esposa. Eis o voto:

[...] refoge a qualquer lógica, ou mesmo razoabilidade, transferir a guarda dessa criança primeiramente a um abrigo e depois a outro casal cadastrado na lista geral e terceiro ao presente processo, tão somente em nome da segurança jurídica e de um formalismo exacerbado, que certamente não atende ao bem da vida a ser tutelado, nem ao interesse do menor. Admitir-se a busca e apreensão de criança, transferindo-a a instituição social como o abrigo, sem qualquer necessidade, até que se decida em juízo sobre a validade do ato jurídico da adoção, em prejuízo do bem-estar físico e psíquico do infante, com risco de danos irreparáveis à formação de sua personalidade, exatamente na fase em que se encontra mais vulnerável, não encontra amparo em qualquer princípio ou regra de nosso ordenamento. [...] Por sua vez, consigne-se que a adoção não existe apenas para promover a satisfação do interesse do adotante, mas visa, sobretudo, à constituição de família substituta ao menor, com intuito de possibilitar seu desenvolvimento como ser humano. (STJ - Habeas Corpus nº 250.203 – SP, publicado DJe: 10-08-2012)

O menor em questão conviveu com a família adotiva desde o seu nascimento em meados de maio de 2011 até 14 de dezembro de 2011, portanto após 08 (oito) meses de filiação sócio afetiva, o Juízo da Vara da Infância e Juventude da comarca de Jaú-SP decidiu em acolher o pedido do Ministério Público estadual de busca e apreensão do menor (Y D Z), recolhendo-o ao Abrigo Nosso Lar, em razão de indícios da denominada “adoção à brasileira”⁹. Portanto o voto supracitado ressalta o princípio do melhor interesse da criança, pois se vislumbra um prejuízo enorme ao menor que é retirado do âmago da sua família para ficar institucionalizado a espera de uma decisão final, sobre a legalidade ou não de sua adoção.

⁹ A “adoção à brasileira” consiste no registro de filho de alheio como próprio. “Esse registro, feito no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, é extremamente fácil, já que basta o suposto pai ou mãe ali comparecer e declarar o nascimento, dizendo que a criança nasceu em casa. (GRANATO, 2010. p.138)

Certamente o princípio do melhor interesse da criança, deve levar a flexibilização da regra contida no artigo 50¹⁰ do Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma que a observância do cadastro de adotantes não possa ser absoluta, por ser ele base de todo o sistema protecionista do menor. Para Massami Uyeda (2009, p.06) esta exceção deve ocorrer, “na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro.”

Entretanto o necessário é aclarar que a regra contida no artigo 28 do Estatuto da criança e do adolescente deve ser considerada, independentemente se a criança ou adolescente já convive com a família substituta, ou seja, toda guarda, tutela ou adoção será precedida de acompanhamento, realizada pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e Juventude, devendo nortear o processo o interesse da criança, cada caso deve ser estudado na sua particularidade.

Dentro dessa construção lógica o interesse a ser preservado, em primeiro lugar, passa a ser o da criança e do adolescente. Em suma, pode-se dizer que a proteção integral abrange toda e qualquer assistência necessária para o bom desenvolvimento da personalidade de crianças e adolescentes.

Como bem enfatizado por (BITTENCOURT, 2010, p.36-39)

[...] o princípio da proteção integral sugere que a criança e o adolescente devem encontrar no poder público todo o apoio necessário para que seus interesses sejam atendidos, propiciando uma criação sadia e em condições de proporcionar a formação de seu caráter e personalidade[...] desta forma, considerando-se que a Constituição Federal, em seu artigo 227, garante à criança o direito à convivência familiar e comunitária, uma missão para todos os integrantes da rede de atenção à criança é mantê-la em família, seja a sua de origem, quando tem condições de afeto e cuidado para garantir seu desenvolvimento, ou colocá-la *em família substituta, através da adoção*. (grifo nosso)

Devido à complexidade do Direito de Família, abordar o instituto da adoção torna-se predominantemente relevante, tendo em vista a necessidade de garantir direitos fundamentais às crianças e adolescentes que estão desprotegidas, dentro de sua própria família ou até mesmo institucionalizadas, o que deve exigir uma postura mais

¹⁰ “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”.

austera do Poder Judiciário e os sistemas de proteção, para que as crianças ou adolescentes não sejam expostos as mazelas decorrentes da omissão ou até mesmo da ação dos pais naturais.

Assegurar o presente tema do instituto da adoção em razão de sua complexidade para o Direito de Família mostra-se necessário, uma vez que a adoção apresenta-se como último recurso, em que se colocam as criança e adolescentes em uma família substituta, facilitando para essas inúmeras crianças e adolescentes abandonadas a oportunidade de integrarem um ambiente familiar.

Nessa esteira o Estatuto da Criança e do Adolescente, com as alterações introduzidas pela Lei 12.010/09, trouxe mudanças significativas no instituto da adoção no Brasil. Como exemplo registra-se a possibilidade de adoção por casal em união estável, comprovada a estabilidade da família. Desse modo observa-se que a lei não traz como condição para adotar a orientação sexual do adotante, bastando preencher os requisitos legais. O diploma em enfoque não discrimina o seio familiar, seja esse composto por heterossexuais ou homoafetivos, sendo que esses compõem os novos arranjos familiares.

Atualmente a família ganhou novos contornos e funções, principalmente no que tange ao convívio de seus membros, uma vez que as relações entre pais e filhos se estreitaram, ocorrendo uma ligação maior entre os laços familiares. Os vínculos que os circundam não são mais os valores, interesses e direitos patrimoniais de outrora, mas sim uma gama de sentimentos regidos pelo afeto, cuidado e respeito mútuo.

A esses sentimentos vem se atribuindo valor jurídico e a relação socioafetiva da família conquista o seu lugar na doutrina e na jurisprudência em detrimento das relações de consanguinidade. Como exemplo cita-se o reconhecimento da paternidade socioafetiva, que até poucos anos atrás era inconcebível, em nossa ordem jurídica, imaginar uma paternidade não advinda da biológica. Nesse novo diálogo a adoção, se apresenta como expressão máxima do princípio da socioafetividade, e conserva o caráter e irrevogabilidade, previsto no artigo 39 § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, dessa forma, a adoção restringe a

liberdade individual dos adotantes, pois não há a possibilidade de arrependimento posterior.

Dentro desta perspectiva a família contemporânea exercita sua mais importante função que é “a de servir como comunidade de laços afetivos e amorosos em perfeita união, como célula menor da sociedade, envolta na solidariedade e no respeito familiar [...] observados e tutelados os interesses e direitos fundamentais” (NOGUEIRA, 2001, p.128).

Seria de esperar inclusive que a igualdade de tratamento entre os filhos previsto pelo § 6º do artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, reafirma-se o direito fundamental à igualdade de tratamento estabelecido pelo artigo 5º da mesma Carta Política, bem como “revelou o princípio da inocência que subjacente à norma acompanha todas as origens da filiação, pois é na inocência e na fragilidade que se funda a infância”(GIRARDI, 2005, p.100).

Deveras as bases ideológicas explicam nitidamente o enlace de pais e filhos pelo afeto, quando este vínculo é advindo da adoção, a dimensão que alcança o afeto é nitidamente maior, pois o elo que se forma entre essas pessoas nasce do amor, se tornando o vínculo de sangue somente um detalhe. Como bem enfatizado “o elo que une as pessoas, em relação de parentalidade, é mais do que o elo de sangue, [...] é um elo qualitativo e também quantitativo. É um elo de confiança, conquistado com os anos”. (TARTUCE, 2008, p. 04).

Tratar da adoção portanto, é envolver sentimentos mais profundos, redescobrir novos caminhos direcionados pela solidariedade, coragem, e principalmente pela esperança na construção de novos seres: filho e pais, reconstruídos na plenitude de amor. É justamente nesse sentido que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 vem albergar a necessidade de incluir a criança ou adolescente em um núcleo familiar, de maneira que sejam supridas as deficiências impostas até o momento da adoção pela família substituta, independentemente se este núcleo é formado por casais heteroafetivos ou homoafetivos.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ADOÇÃO

No Direito de Família, aparentemente tão imutável em suas normas e tão resistente a inovações, um instituto existe que, embora vetusto como a própria história, consegue, através de uma evolução perene, manter-se pleno e em vibrante atualidade, graças a sua extraordinária versatilidade e vitalidade: o da *adoção*. Sua versatilidade lhe permitiu amoldar-se às mais variadas contingências. Nesse sentido apresenta-se de modo sintético os aspectos históricos da adoção.

A adoção já existia na Antiguidade entre os egípcios, hebreus e romanos. Em sua origem tinha finalidade religiosa, pois as civilizações primitivas acreditavam que os vivos eram protegidos pelos mortos, bem como estes necessitavam dos ritos fúnebres que deveriam ser praticados por seus descendentes, uma vez que os Deuses eram os ascendentes mortos da família, portanto cada família tinha seu próprio Deus para adorar.

No direito primitivo, a adoção correspondia, como correlativo, à emancipação. Para que um filho pudesse entrar na nova família, era preciso sair da antiga, isto é, devia se libertar da sua religião originária. O filho varão era indispensável, uma vez que as filhas ao casarem deveriam cultuar os deuses dos seus maridos. No dizer de (COULANGES, 1999, p. 40),

[...] o principal efeito da emancipação era a renúncia ao culto da família onde tivesse nascido. Os romanos designavam esse ato pelo nome muito significativo de *sacrorum detestatio*. O filho emancipado jamais seria considerado membro da família, nem pela religião nem pelo direito.

Nesse contexto ocorria um desligamento completo com a família biológica, sendo rompida a linha de parentesco, o novo vínculo agora era o do culto doméstico que substituía o sanguíneo. Após o desligamento o filho somente poderia voltar para sua família biológica, se tivesse um filho e o substituísse no culto doméstico da família adotante, desde que rompesse os laços entre ele e o próprio filho.

Na Idade Média a adoção praticamente desapareceu por alguns fatores tais como: contrariar eventuais direitos dos senhores feudais sobre seus feudos, eis por que se a pessoa morresse sem herdeiros, seus bens seriam herdados pelos senhores feudais ou até mesmo a própria igreja.

Daí por que o domínio exacerbado do Direito Canônico manifestava reservas quanto à adoção, pois “[...] a própria igreja não simpatizava com a adoção, em que via um meio de substituir a constituição da família legítima pelo casamento, uma possibilidade do reconhecimento oblíquo de filhos adulterinos e incestuosos [...]” (LIMA, 1965, p. 8).

Na época moderna, surgem três legislações onde o instituto da adoção é regulado, quais sejam, o Código Dinamarquês de 1683 “promulgado por Chistian V” (GRANATO, 2010, p.41) o Código Prussiano de 1751 e o *Codex Maximilianus*, da Bavária, de 1756. Nessas legislações era “[...] indispensável o contrato por escrito, que era submetido à apreciação do tribunal. Devia apresentar vantagens para o adotado [...] incluía direitos sucessórios e o caráter de irrevogabilidade da adoção (GRANATO, 2010, p.41).

No direito brasileiro anterior ao Código de 1916 o instituto da adoção não vinha sistematizado, eram as Ordenações do Reino, em especial as Filipinas que vigorava, mesmo após a independência do Brasil, entretanto, apesar de possuírem numerosas referências fragmentadas sobre a adoção, não tinham norma específica tratando da adoção. Dessa forma, o instituto da adoção no direito brasileiro, era impregnado das características inerentes do direito português, que resistia ao direito romano.

Em relação a primeira Lei que tratava da adoção no Brasil, temos a de 22 de setembro de 1828, que extingue os Tribunais das Mesas do Desembargador do Paço e da Consciência e Ordem transferindo a competência para a expedição da carta de perfilhamento para os juízes de primeira instância¹¹.

¹¹ Artigo 2º da Lei de 22 de setembro de 1828: “os negocios, que eram da competencia de ambos os Tribunaes extinctos, e que ficam subsistindo, serão expedidos pelas autoridades, e maneiras seguintes: § 1º Aos juizes de primeira instancia, precedendo as necessárias informações, audiencia dos interessados, havendo-os, e conforme o disposto no Regimento dos Desembargadores do Paço, e mais Leis existentes com recursos para a relação do districto compete: Conceder cartas de

Até o advento do Código Civil brasileiro de 1916, mesmo após a independência do Brasil, aplicava-se ainda o direito português, portanto as Ordenações, alvarás, regulamentos e outros emanados dos reis de Portugal era o que regulamentavam a vida jurídica da sociedade brasileira.

Entretanto, o Código Civil de 1916 procurou disciplinar a matéria sobre a adoção sem, contudo cuidar dela com a necessária profundidade. De modo que o Código Civil, trazendo para o direito brasileiro o que colheu nas legislações estrangeiras, pela primeira vez disciplinou ordenadamente o instituto. Todavia observa-se nas palavras de Bochnia (2010, p.31) que Clóvis Beviláqua, no Anteprojeto e Projeto do Código Civil de 1916, e por fim no Código Civil de 1916, baseou-se e ateu-se a discipliná-lo, consoante o Código Civil francês, em termos deficientes, com efeitos limitados, condições rigorosas, formas complicadas e onerosas, que conseqüentemente afastaram o grande público da adoção.

Nesse contexto, no Brasil, a adoção foi instituída no Código Civil de 1916, Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916, que entrou em vigor um ano depois, o instituto foi sistematizado na sua parte especial, livro I – Direito de Família – capítulo V, título V, em dez artigos - 368 a 378. Os artigos do Código Civil definem a estrutura da adoção tradicional, chamando de simples a adoção tanto de maiores como de menores. Prevê no artigo 368 a idade do adotante em 50 anos, ao comentar citado artigo, Clóvis Beviláqua (APUD, GRANATO, 2010, p. 44) afirmava que a adoção não era um modo normal de constituir a família, mas um meio supletivo de ter filhos.

A diferença etária em 18 anos entre o adotante e adotado era disciplinada no Artigo 369, o consentimento dos interessados, a dissolução do vínculo da adoção, a escritura pública e os efeitos da adoção, também eram disciplinados no Código Civil de 1916. Nesse sentido a adoção era tratada como ato jurídico e, assim para realizá-la a pessoa deveria gozar do pleno exercício de seus direitos. A adoção poderia ser requerida tanto pela mulher quanto pelo homem, todavia os requerentes não podiam ter filhos biológicos. Importante ressaltar que a regra geral prevista no Código Civil

de 1916 era a de que ninguém poderia ser adotado por duas pessoas, exceto se fossem marido e mulher provando-se o prazo de cinco anos de matrimônio.

Também pela regra do artigo 378, havia a transferência do pátrio poder do pai natural para o adotante, mas os direitos e deveres do adotado e da família natural não se extinguíam. Nesse sentido o adotante que não tivesse filhos consaguíneos, transmitia sua herança para o adotado, que herdava também de seu pai natural. Todavia o pai adotivo somente herdava na hipótese de não existir o pai natural.

Ainda se verificava a possibilidade da revogação do ato jurídico, por vontade do adotado, no momento que se tornasse capaz, bem como as possibilidades trazidas nos casos que se admitia a deserção, ou seja, quanto o adotado praticasse algum ato que justificasse a revogação, tais como: ofensas físicas ou injúria grave contra o adotante; desonestidade da filha que vivesse na casa do pai adotivo; relações ilícitas com o cônjuge do adotante; desamparo em alienação mental ou grave enfermidade do adotante.

O Instituto da adoção previsto nos artigos 368 a 378 do Código Civil de 1916, teve alguns críticos, por considerarem o instituto em desacordo com os usos e costumes da época, que por sua vez era inútil e “favorecia o celibato, facilitaria a fraude fiscal em matéria de direito de sucessão” (CHAVES, 1995, p. 25). É oportuno aqui recordar que mostrando a postura dos críticos Monteiro, (1970, p. 268) diz que “através da adoção, podem ser introduzidas, na comunidade familiar, os filhos incestuosos e adúlteros, burlando-se a proibição legal de seu reconhecimento e imputando-se assim situação incompatível com a existência da família legítima”. E por fim arremata que o instituto da adoção disciplinado no Código Civil de 2016 “cuida-se de instituto supérfluo, porque dele não carece o adotante, em absoluto, para colher e amparar filhos de outrem, ou para proteger criaturas desvalidas e abandonadas”.

Constata-se nessa passagem que não havia a preocupação com a criança como sujeito de direitos, revela-se o aspecto puramente jurídico e distanciado do aspecto de cunho social.

Posteriormente, publicou-se o Código de Menores, o Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, no ano seguinte a adoção passou a ser realizada por escritura pública e averbada, em que não se permitia condição nem termo.

Diferente do código de menores que tinha como finalidade primeira o controle social de menores abandonados, relegando-os por longos períodos em instituições, a Lei 3.133 de 08 de maio de 1957, que alterou as regras do Código Civil vigente, de maneira tímida, impõe uma finalidade também social, no sentido de dar condição de amparo para as crianças do país que se encontravam em condições precárias nos abrigos, dessa forma percebe-se uma intenção do legislador em estimular a prática da adoção.

Destaca-se, pois de forma selecionada as modificações que trouxeram mudanças radicais para o instituto da adoção. Entre os requisitos em relação aos adotantes: i - reduziu a idade mínima de cinquenta para trinta anos de idade. Extingue-se, portanto a maior barreira imposta para a adoção. Nesse sentido casais jovens puderam adotar e realizar o sonho da maternidade e paternidade; ii – exclusão da regra que determinava a não produção de efeitos sucessórios se houvesse filho concebido no momento da adoção; iii – possibilidade de o adotado poder acrescentar ao nome dos pais de sangue os do adotante, ou ainda usar somente o nome de família do adotante, excluindo por conseguinte o nome dos pais de sangue. Nesse caminho a Lei 4.655, de 02 de junho de 1965, tratou também do instituto da adoção e da legitimidade adotiva¹² e, não revogou a lei 3.133, de 08 de maio de 1957, equiparando quase que por igual o filho adotivo do filho legítimo, desta forma acompanhou os anseios da sociedade quanto ao instituto. Conforme destaca com propriedade Lima (1965, p. 7) “[...] completa-se, agora, o quadro da FAMÍLIA ADOTIVA, aderindo o direito brasileiro à forma especial de adoção, que denomina ‘legitimidade adotiva’ [...]”. Dentro desta nova perspectiva o autor afirma que “a função de solidariedade social da adoção, cujos efeitos benéficos e desejáveis se

¹² Segundo a Lei 4.655/65, a legitimação adotiva somente poderia ser deferida quando o menor até sete anos de idade fosse abandonado, ou órfão não reclamado por nenhum parente por mais de um ano, ou cujos pais tivessem sido destituídos do pátrio poder, ou ainda na situação do filho natural reconhecido somente pela mãe, impossibilitada de prover sua criação- (artigo 1º). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4655.htm. Acesso em : 04 de fev de 2012.

apresentam sob múltiplos aspectos”, estava fundada na esperança de uma assistência mais perfeita para o menor.

Não se pode olvidar que a Lei 4.655/65, traz no artigo 7º que a legitimação adotiva é irrevogável, mesmo que aos adotantes viessem a nascer filhos legítimos, aos quais considerava equiparados os legitimados adotivos, com os mesmos direitos e deveres. Todavia, excluía o legitimado adotivo da sucessão, se viesse concorrer com filho legítimo superveniente à adoção. Mas também a lei disciplinou matéria que até então não havia sido prevista nas leis anteriores, ressalta-se que o § 2º do artigo 9º dispõe o rompimento de parentesco com a família de origem, estendendo o vínculo da adoção à família dos legitimantes, caso seus ascendentes derem adesão ao ato que o consagrou. Dessa forma os pais adotivos poderiam dar ao menor o prenome que escolhessem, acrescentando os sobrenome da família.

A evolução continuou e posteriormente a Lei 6.697 de 10 de outubro de 1979 instituiu o Código de Menores, que introduziu a adoção plena que insere integralmente o adotado na família do adotante, rompendo completamente os vínculos biológicos, em substituição a legitimação adotiva da Lei 4.655/65 que foi expressamente revogada e também admitiu a adoção simples regulada pelo Código Civil de 1916 nos termos do artigo 27.

Abrem-se parênteses para registrar o caráter assistencialista e institucionalista no Código de Menores, voltado ao menor em situação irregular¹³. A doutrina da situação irregular, de crianças e adolescentes partia do princípio que se elas não estivessem de acordo com o modelo ideológico estabelecido se tornavam destinatários da intervenção de caráter “tutelar” do Estado, conforme destaca com propriedade (SIQUEIRA, 1992, pp. 44-46):

O que é situação irregular? É o estado em que se encontra o menor perante a lei. A situação quer dizer estado sócio-familiar, isto é, os papéis que desempenham o menor, a família e sociedade, no momento da

¹³ “Art. 2º - para os efeitos deste Código, consideram-se em situação irregular o menor: I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI – autor de infração penal”.

apresentação do menor à autoridade, competente.[...] a situação irregular é um status decorrente da patologia social e, assim pertence ao campo da sociologia, o que abre um leque de dificuldades para a definição jurídica do termo [...]

Observa-se, portanto que não havia diferença entre menor infrator e menor abandonado, todos que se encontrasse em situação irregular eram enquadrados da mesma forma, independente se era menor infrator ou vítima da sociedade ou da família, padeciam, da mesma punição: a internação por tempo indeterminado nos institutos para menores. Salienta-se que crianças e adolescentes, apesar das tímidas inovações no instituto da adoção continuaram, sendo tratadas como meros objetos, uma vez que não eram reconhecidas como sujeitos de direitos e deveres.

Entretanto o Código Civil de 1916 não exigia autorização judicial e nem que o menor se encontrasse em situação irregular para que fosse encaminhado para adoção. Analisando esses critérios Granato (2010, p. 47) esclarece que o Código de Menores, somente era aplicado aos menores na situação irregular destacada no artigo 2º, o que leva à dedução de que todas as crianças e adolescentes que estivessem em situação regular poderiam ser adotados nos termos do Código Civil de 1916, independentemente de autorização judicial, todavia praticamente não ocorria tal situação.

Fechados os parênteses, e retornando à questão principal, no que concerne as mudanças substanciais trazidas pelo Código de Menores no instituto da adoção, destaca-se: i – a possibilidade da adoção sem a necessidade de comprovação de cinco anos de matrimônio, na hipótese de esterilidade de um dos cônjuges, desde que comprovada a estabilidade conjugal; ii – admitia-se à adoção ao viúvo ou viúva, se a criança estivesse em estágio de convivência de no mínimo três anos, ainda em vida do outro cônjuge; iii – a sucessão foi garantida ao adotado, e a adoção plena era irrevogável; iv – ao estrangeiro, não residente no país, não poderia obter a adoção plena, todavia poderia conseguir a adoção simples, após o deferida a colocação familiar.

Ressalta-se que o Código de Menores foi a primeira legislação brasileira que abordou a adoção por estrangeiro e que embora tenha trazido algumas alterações

positivas ao instituto da adoção, não correspondia de maneira satisfatória aos interesses da criança e do adolescente.

Diante desta realidade do Código de Menores surgiu na década de 1980 um movimento em prol da criança, através de várias associações, inclusive a Comissão de Direitos Humanos, com a finalidade de resguardar e legalizar os direitos da criança e do adolescente, seguindo esta trajetória a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dedicou um capítulo especial – Capítulo VII, Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso (artigos 226 a 230) - para tratar da criança e do adolescente reconhecendo-os como cidadãos de direitos e deveres. Estabeleceu no § 6º do artigo 227 que “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” (grifo nosso). De certo que o legislador constituinte com essa determinação (GRANATO, 2010, p. 49) afastou “a odiosa discriminação antes existente entre os filhos” e complementa que não somente “o filho adotivo teve seu direito igualado aos demais filhos, como a pecha infamante de filho ilegítimo foi definitivamente proscria do nosso direito”.

Registra-se que a Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977, conhecida como Lei do Divórcio, já havia alterado a Lei nº. 883 de 21 de outubro de 1949, no que tange a filiação, estabelecendo que “qualquer que seja a natureza da filiação, o direito a herança será reconhecido em igualdade de condições”. Entretanto foi com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao mencionar expressamente o adotivo, que acabou com as discussões sobre a igualdade de filiação.

Diante dos novos acontecimentos, foi sancionado pelo Presidente da República em 13 de julho de 1990, a Lei 8.069, conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente, substituindo o Código de Menores. O Estatuto da Criança e do Adolescente tem como principal objetivo resguardar o melhor interesse das pessoas em desenvolvimento e ainda garantir o direito à convivência familiar e comunitária, como veremos no decorrer da pesquisa.

2.2 CONCEITO DE ADOÇÃO

A Adoção é instituto dos mais antigos, fazendo parte dos costumes de quase todos os povos, dantes vista como assistencialismo, uma vez que privilegiava interesse e a vontade dos adotantes, acabava por relegar o adotado ao plano secundário.

Hodiernamente esta prática se exauriu, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 muda-se significativamente a perspectiva da adoção, agora o foco de relevância se estabelece como prioridade no adotado e seus interesses, que são tutelados pelo Estado.

A relação objetual anterior se transmuta para a relação afetiva. Exemplo disso é que a primeira preocupação é encontrar uma família que tenha sintonia com os interesses do adotado. Logo, esta criança ou adolescente tem seus anseios respeitados, levando em consideração a melhor perspectiva de adoção na visão do sujeito. Disto se depreende a transformação da visão do Estado em relação ao adotado: dantes um sujeito coisificado, objeto de transações inter familiares; hoje um sujeito de direitos. Vários são os conceitos de adoção encontrados na doutrina brasileira. Para ilustrar essa panorâmica, Diniz (2002, p. 423) ressalta que a adoção é,

[...] ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para a sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

Rodrigues (1988, p. 332), na mesma linha de argumentação de Diniz, e complementando sua idéia, ensina que “adoção é o ato do adotante pelo qual traz ele, para a sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha”. Para Wald (2005, p.197) a “adoção é uma ficção jurídica que cria o parentesco civil. É um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexistente naturalmente”.

Dessa forma a adoção se apresenta como ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está sujeita à chancela judicial. Isto por que somente após o trânsito em

julgado da sentença de adoção, é que serão expedidos os mandados para o Cartório Cível cancelar o registro de nascimento e determinar a execução da nova certidão de nascimento do adotado, consoante Artigo 47 da Lei 8.069/90.

Jason Albergaria (1996, p. 48) define o instituto da adoção como “[...] o ato jurídico que cria entre duas pessoas uma relação análoga à que resulta da paternidade e filiação legítima”. Sendo análoga à filiação legítima, se pode depreender que se estabelece entre adotante e adotado uma gama de direitos e deveres. De maneira que os efeitos da adoção se circunscrevem às esferas pessoais, patrimoniais e civis.

Quanto às esferas pessoais se pode assegurar o rompimento dos laços consaguíneos com a família primária, e o estabelecimento de laços de parentesco civil com o adotante. A transferência definitiva e de pleno direito do poder familiar, bem como a liberdade em relação à mudança do nome, são outros exemplos de efeitos pessoais do instituto da adoção.

Quanto aos efeitos patrimoniais da adoção se pode destacar o usufruto, e o uso dos bens do adotante pelo adotado, a obrigação do adotante pelo sustento e guarda do adotado menor, a inscrição do adotado na linha sucessória do adotante, o direito à licença paternidade ou maternidade pelo adotante, e a possibilidade à pensão previdenciária do adotado, dentre outros direitos.

Quanto aos efeitos civis, se pode destacar dentre outros aspectos, o parentesco civil que se estabelece entre os familiares do adotante e o adotado, e a possibilidade de interdição dos adotantes.

Para Gomes (1983, p. 340) a adoção vem a ser “[...] o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente de procriação, o vínculo filiação. Trata-se de ficção legal, que permite a constituição entre duas pessoas, do laço de parentesco do 1º grau na linha reta”. A adoção portanto, é parentesco civil ou vínculo em linha reta que se estabelece entre adotante e adotado.

Disto se depreende a atribuição de situação de filho ao adotado, rompendo-se definitivamente o vínculo de consanguinidade e parentesco com a família primária

ou biológica do adotado. Registre-se todavia que essa ruptura não permanece quando se tratar de casamento, pois os impedimentos absolutamente dirimentes ou públicos de parentesco permanecem com a família biológica.

Analisando os conceitos de adoção acima apresentados, percebe-se que estão de acordo com o Código Civil de 1916 e leis posteriores que regularam o instituto da adoção. Por esta visão a adoção era tratada como ato jurídico funcionalista. Pragmática por excelência, a ação de adotar priorizava cumprimento dos aspectos contidos no código civil, de maneira a cumprir o rigor positivista das regras jurídicas, ali postas.

Todavia tendo em vista que o Artigo 227 *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 proclamou como dever do Estado, da comunidade social e da própria família a garantia dos direitos fundamentais à criança e ao adolescente; com absoluta prioridade, as perspectivas legais envolvendo a adoção foram refeitas. Por esta reforma os filhos receberam o mesmo *status quo*, não se fazendo diferenças entre filhos biológicos, adotados, ou os filhos fora do casamento. Desse modo, a Constituição erigiu por este dispositivo, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Reforçando a nova visão da Constituição, o Estatuto da Criança e do adolescente também alçou essa visão moderna e humanista da sociedade democrática de direitos, no que concerne à criança e adolescente. Principalmente na esfera de adoção o Estatuto regulamenta o tema com novas propriedades e perspectivas. Nessa nova perspectiva a adoção é muito mais abrangente tendo como finalidade os interesses do adotando.

Nas palavras de João Seabra Diniz (1993, p. 67) percebe-se a atualização trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Ao tratar do tema adoção, o autor destaca com muita prioridade que,

[...] podemos definir a adoção como inserção num ambiente familiar, de forma definitiva e com aquisição de vínculo jurídico próprio da filiação, segundo as normas legais em vigor, de uma criança cujos pais morreram ou são desconhecidos, ou, não sendo esse o caso, não podem ou não querem assumir o desempenho das suas funções parentais, ou são pela autoridade competente, considerados indignas para tal.

Percebe-se que a adoção “constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade” (BIRCHAL, 2004, p. 41), mas essa vontade hoje é baseada no desejo das pessoas de amar e ser amadas. Portanto trata-se de espécie de filiação “construída no amor, [...] gerando vínculo de parentesco por opção” (DIAS, 2010, p. 472). A adoção consagra a maternidade e paternidade socioafetiva, tornando-se irrelevante o elemento biológico, tendo por base o fator sociológico.

Esta é a finalidade da adoção tratada no Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, “[...] oferecer um ambiente familiar favorável ao desenvolvimento de uma criança, que, por algum motivo, ficou privada da sua família biológica” (GRANATO, 2010, p. 29).

Portanto atualmente a adoção perde o caráter assistencialista e funcionalista do Código Civil brasileiro de 1916. Hoje ela não consiste mais somente no sentimento de comiseração da criança. Não mais se focaliza na ação ou sentimento de piedade das crianças ou adolescentes, muito menos se tenciona somente resolver conflitos entre casais. Tampouco é a adoção hodierna conforto para a solidão de pessoas que não tiveram seus filhos biológicos.

Nesse sentido, pode-se então conceituá-la como uma opção caracterizada pela liberdade de escolhas de pessoas que desejam amar e ser amadas, gerando o vínculo de parentesco socioafetivo, onde a criança ou adolescente terá uma família para sentir-se acolhida, protegida e amada, de maneira que atenda as reais necessidades do adotado.

A adoção, na sua atual concepção, tem como finalidade resgatar a dignidade da criança abandonada, impondo como obrigação da família substituta, o dever de permitir a inclusão social da criança, bem como prover a ela manutenção e educação no amor, para o desenvolvimento de sua personalidade e dignidade.

Portanto vislumbram-se características essenciais na nova concepção da adoção, quais sejam: a prevalência do melhor interesse da criança e a perda do caráter patrimonial do instituto. Pois sob a nova perspectiva do Direito de Família, não se

pode mais falar de interesses patrimoniais e sim, dos novos valores centrados na dignidade da pessoa humana e solidariedade social, onde há que se privilegiar a criança e o adolescente como sujeitos de direitos. Nesse sentido apresenta-se o Estatuto da Criança e do Adolescente com uma nova forma de regulamentar o instituto da adoção.

2.3 ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Até bem pouco tempo a adoção tinha como principal finalidade dar aos casais estéreis a possibilidade de concretizar o desejo de paternidade e maternidade, como já exposto neste trabalho, ao tratar da evolução histórica do tema. Agora o instituto da adoção tem como foco dar à criança e adolescente uma família. Com isso percebe-se uma inversão da chave de inteligibilidade, trazendo valores humanos com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por força do princípio da igualdade entre os filhos, aquele diploma legal os equiparou para todos os fins, bem como priorizou de modo absoluto o melhor interesse de crianças e adolescentes como sujeitos de direito.

Verifica-se que os fatores de ordem social foram um dos motivos que levaram o legislador constituinte a uma nova postura. Essa novo olhar foi a consequência da percepção do quadro de negligência infantil e maus tratos de crianças e adolescentes no país. De fato, esta realidade social pressionou a abertura de novas alternativas para a prática legal da adoção, com o intuito de ampliar sua ocorrência.

Isto posto, a Carta magna tornou a adoção um dos mais importantes instrumentos para possibilitar a inserção da criança ou adolescente em uma família substituta. A acolhida da criança no lar minora sua vulnerabilidade social, evitando a permanência

e abandono em abrigos públicos, ou situações mais grave, a vivência desses infantes nas ruas das cidades.

Nessa nova perspectiva, a Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, com as alterações introduzidas pela Lei 12.010 de 03 de agosto de 2009, traz na sua essência a proteção especial dos interesses da criança e do adolescente. Consoante artigo primeiro da supracitada Lei 12.010, esta alteração é inovação marcante, à proteção de todo menor de dezoito anos e não somente aqueles que se encontrava em situação irregular, como ocorria no Código de Menores.

É oportuno aqui recordar as palavras de Nery Júnior (2002, p.14) que endente ser o Estatuto da Criança e do Adolescente um “[...] corpo normativo que regula completamente o Direito da Criança e do Adolescente, em todos os seus aspectos, mecanismo absolutamente necessário diante da magnitude dos interesses envolvidos”, portanto independente da situação jurídica que se encontrar a criança ou adolescente, deverá o poder público ampará-la.

Segundo Bochnia (2010, p. 45) o Estatuto está dividido em duas partes. Na primeira parte estão estabelecidos os direitos fundamentais, mecanismos e instrumentos para garantia da integridade física e mental das crianças e adolescentes, entre eles a família natural e a substitutiva, tais como: guarda, tutela e o objeto desta pesquisa, a adoção. O instituto da adoção encontra-se no Estatuto da Criança e do Adolescente no título “Dos Direitos Fundamentais, Título II, no Capítulo III – Do Direito à convivência familiar”, na Subseção IV, Da adoção, nos artigos 39 a 52, a estes focaliza-se a atenção para o desenvolvimento deste trabalho.

O Estatuto com as novas alterações trazidas pela Lei 12.010/2009, remete a adoção ao seu nobre e solidário papel de formação de família pelo vínculo afetivo. Entretanto registre-se que a adoção é medida excepcional que se recorre após infrutíferas possibilidades de manutenção do menor na sua família natural. É de se destacar ainda que os demais parentes são essas possibilidades, pois compõem o universo tanto emocional quanto afetivo necessário à formação do ser humano, e nesse sentido a família extensiva, formada por parentes próximos, como avós e tios, deve ser envolvida na dinâmica de amparo à criança e ao adolescente.

Todavia, registra-se que esta excepcionalidade não diminui a importância do instituto jurídico adoção, nem a força emocional do vínculo afetivo que ela propicia. “[...] não é menor em proteção jurídica que a filiação biológica e é bastante rica em possibilidades afetivas” (BOCHNIA, 2010, p. 45)

Para tanto o Estatuto dispõe que o adotando deve contar com no máximo 18 anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes, portando a adoção para maiores de 18 anos, por analogia deveria ser tratada dentro das regras do Código Civil de 2002. Mas registre-se, conforme entendimento de Granato (2010, p. 73) que atualmente a Lei 12.010/09 deixou uma espécie de “[...] vácuo para a adoção do maior de dezoito anos”, uma vez que o artigo 8º da lei revogou expressamente os artigos 1.620 a 1.629 do Código Civil vigente, bem como deu nova redação aos dois únicos artigos que versam sobre a adoção. Vê-se uma obscuridade no pensamento do legislador ao dizer que a “adoção de maiores de 18 anos, caberá o que couber, as regras gerais do Estatuto”.

Quanto ao disposto no artigo 42, a lei 12.010/09 lhe deu nova redação, antes a idade mínima do adotante era de 21 anos, independente do estado civil, agora é possível à pessoa maior de 18 anos a habilitação em adotar, tendo em vista que o Código Civil de 2002 no seu artigo 5º dispõe que: “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”.

Nesse sentido a lei especificamente considera a adoção como uma das espécies de colocação em família substituta, ao permitir que o adotante não seja casado, porque em consonância com o que diz o artigo 226 § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, considera-se como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Aqui abre-se a possibilidade da adoção monoparental, sendo necessária uma diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado.

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente regula diversas situações visando efetivar o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, possibilitando a colocação dos menores em família substituta, tendo como base à valorização

socioafetiva. Desta forma, a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos. Tal determinação demonstra a função social da adoção, ou seja, dar ao adotando uma família.

Deve-se saber que o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão, e que consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes. O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado. Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro. A critério da autoridade judiciária, poderá ser fornecida certidão para a salvaguarda de direitos. A sentença confere ao adotado o nome do adotante e, a pedido deste, poderá determinar a modificação do prenome.

A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto na hipótese do falecimento do adotante no curso do procedimento, após inequívoca manifestação de vontade, antes de prolatada a sentença, caso em que terá força retroativa à data do óbito. Apresenta-se também a possibilidade da adoção por casais separados ou divorciados, desde que o estágio de convivência da criança com o casal tenha ocorrido na constância do matrimônio ou união estável, nesses casos é obrigatória a regulação prévia de visitas e alimentos. O Estatuto proíbe a adoção por ascendentes e irmãos, nesse sentido leciona Bochnia (2010, p. 47) que seria desnecessária a oficialização da adoção pelos avós e irmãos, uma vez que já são protegidos por eles, e ainda devido à existência de outros institutos como a guarda e a tutela.

Observa-se que a adoção é irrevogável e ainda, atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Evidencia-se que uma das exigências para o deferimento da adoção, é que esta apresente reais vantagens para o adotado, não proibindo a possibilidade de duas pessoas adotarem, sejam elas casadas ou que mantenham uma união estável. Dispõe o § 2º do artigo 42 com as alterações da Lei 12.010/09 – “para a adoção

conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade familiar”.

Portanto, diante da interpretação do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo as uniões homoafetivas como entidade familiar, equiparando-as as uniões estáveis heteroafetivas, conforme já abordado no capítulo primeiro, não há razão para o indeferimento da habilitação para a adoção em conjunto dos pretendentes homoafetivos. Entende-se que por puro preconceito não se pode impedir que duas pessoas adotem uma criança ou adolescente, carente de proteção material e emocional, independentemente de sua opção sexual. Portanto nada mais justo que um casal homoafetivo possa adotar, desde que revele a formação de um lar, construído no respeito, lealdade e amor, sob este aspecto só apresentará vantagens para o adotado.

2.3.1 Adoção por Casais Homoafetivos

A homoafetividade teve uma árdua trajetória para alcançar o reconhecimento de sua função no espaço social e familiar. Todavia agora é parte do recente etnográfico da humanidade, sendo, portanto, um reconhecimento adquirido por via das sociedades modernas, com avanços que estão sendo conquistados aos poucos, em instâncias várias do Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal na esteira das novas sociabilidades do momento presente, equiparou a união estável homoafetiva à união heteroafetiva, portanto a Suprema Corte tendo como suporte legal a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no Artigo 226 reconheceu a existência de relações socioafetivas ou convivenciais entre pessoas de mesmo sexo.

O argumento utilizado pela Suprema Corte para a equiparação é que o sexo das pessoas não pode ser usado como fator de desigualdade jurídica, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, e que à luz do inciso IV do

artigo 3º da Carta Magna, o preconceito deve ser extirpado, por conflitar frontalmente com o objetivo de “promover o bem de todos”.

Argumenta, ainda que o silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos, não pode ser usado para negação de direitos aos casais homoafetivos, pois dentro da interpretação kelseniana o que não estiver juridicamente positivado como proibido, está juridicamente permitido. Nesse sentido destaca-se o seguinte trecho da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal STF (BRASIL, 2011):

Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade.(STF – ADI nº 4277. Publicado DJe:14-10-2011)

Registra-se que os reflexos desses preconceitos são oriundos “da interpretação dada pelo comportamento social e que terá significativa influência na resolubilidade das pretensões jurídicas aforadas por pares homoafetivos” (MOSCHETTA, 2009, p. 59). Uma vez que o Supremo Tribunal se ateu a julgar a equiparação das uniões, mas não adentrou na seara dos direitos que se abriram a partir da decisão.

Diante da decisão prolatada percebe-se, que como a lei não proíbe expressamente a adoção por casais homoafetivos, tem-se que o não reconhecimento de efeitos jurídicos permitindo a adoção em conjunta por estes casais, é uma afronta. Isto por que, se permite aos casais heteroafetivos os efeitos jurídicos da união estável, não há razões plausíveis para negar os direitos oriundos da união estável aos casais homoafetivos.

Isto por que na exata medida que são reconhecidas as uniões heteroafetivas, e se concede a elas *status* que lhes permite gozar de todos os efeitos jurídicos da união estável, abre-se uma porta de grande extensão. Por esta abertura há de se escoar a

analogia para alcançar as uniões homoafetivas. Negar essa conexão entre os dois institutos evidencia uma afronta aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Advirta-se portanto que, “[...] o princípio da isonomia não admite tratamento preconceituoso para quem quer que seja e por motivo algum que não aquele expressamente previsto em lei” (VECCHIATTI, 2008, p.183).

O reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo significa o fim de uma forma de desigualdade simultaneamente material e simbólica, muito mais clara até quando tal caminho se iniciou com o reconhecimento cultural e jurisprudencial da conjugalidade homoafetiva, por exemplo nas uniões de fato. A união entre pessoas do mesmo sexo não é uma nova “forma de celebração” ou um “novo tipo de união estável”, mas sim a união estável referida como objeto de proteção no artigo 226 § 3º da Carta Magna.

O princípio da igualdade enquanto significante de uma “obrigação de diferenciação” como forma de compensar as desigualdades de oportunidades é admissível, mas unicamente quando essa diferenciação, ou discriminação, é feita num sentido ou numa formulação exclusivamente positiva. É precisamente no tratamento de situações que se inserem em categorias socialmente minoritárias ou sociologicamente desfavorecidas que o princípio constitucional da igualdade cobra a sua principal força, tutelando, sempre ou de algum modo, um direito à *diferença* ou *de diferença*. Neste sentido, o princípio da igualdade não recomenda que se trate de forma diferente o que é diferente, mas sim, justamente, que se trate de forma igual o que *é diferente*.

Dentro desta construção lógica, da equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, percebe-se a existência de um verdadeiro direito subjetivo. Essa faculdade de escolha é a possibilidade de pessoas homoafetivas se habilitarem para a adoção em conjunto ou separadamente, desde que atendam aos requisitos legais relacionados no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Portanto, o silenciamento da lei, a equiparação de uniões heteroafetivas e homoafetivas deixam cristalino o direito de adoção por casais homoafetivos. Somando-se a isso outros fatores que fornecem vigor e robustez ao direito

circunscrevem-se na omissão da lei e nas demandas sociais pelas quais passam os menores em situações de risco. Diante desses irrefutáveis argumentos, e a necessidade das crianças e adolescentes por uma entidade familiar, passa-se a pugnar pelo direito de adoção por casais homoafetivos.

A adoção conjunta por casais homoafetivos, entende-se possível e legalmente necessária, devido o contexto legal constitucional que estabelece a pluralidade das formas de formação da família. Com base na interpretação e equiparação das uniões estáveis homoafetivas e heteroafetivas essa faculdade de exercício de direito, torna-se certeza.

Para corroborar essa convicção basta a leitura do § 2º do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente que apresenta todos os requisitos para potencializar a adoção. Desde o deferimento da adoção com reais vantagens para o adotado, passando pela não proibição de duas pessoas adotarem, sejam elas casadas ou mantenham uma união estável, até a comprovação da estabilidade familiar. Destaca-se que a lei da adoção visa garantir à criança e ao adolescente institucionalizado a condição de reintegrá-los em uma família substituta que possa lhe garantir educação e amor necessário a todo ser humano em desenvolvimento.

Isto posto é certo afirmar que “[...] o peso dos reais benefícios ao adotando não se encontra na sexualidade dos conviventes candidatos, mas no desejo verdadeiro de se dedicarem, com amor, à maternidade/paternidade [...]”, tendo em vista que a orientação sexual dos pais é irrelevante ao desenvolvimento da orientação sexual e da personalidade do filho, o autor ainda complementa que “[...] o fundamental é que as pessoas em desenvolvimento sejam educadas por pais/mães, de fato preparados (as) e motivados [...]” (SILVA JÚNIOR, 2007, p.p 124 -137). Isto posto o que deve pesar na decisão do deferimento ou não da decisão, são as condições que os futuros pais poderão ofertar, para o melhor desenvolvimento do adotando, independente de sua orientação sexual.

No entender de Vecchiatti (2008) a discriminação resistida pelos opositores da adoção por casais homoafetivos está pautada na orientação sexual do adotante, desta forma o casal heteroafetivo poderia adotar, ao passo que os homoafetivos

não. Contudo ele entende que os opositores à “[...] adoção por casais homoafetivos não trazem qualquer argumentação válida ante a isonomia” (VECCHIATTI 2008, p. 543) que justifique juridicamente a negação da adoção por casais formados pelo mesmo sexo, pois é inegável que a homoafetividade é tão normal quanto a heteroafetividade.

Portanto a ideia de que a adoção por pessoas que vivenciam uma união estável homoafetiva viria a desfigurar ou suprimir direitos para o adotado revela um juízo de desvalor da homoafetividade, incluindo a ideia de que a heteroafetividade representa a situação mais “normal”, havendo algo de “anormal” (VECCHIATTI 2008) na homoafetividade. Consubstanciando as palavras do autor, Girardi (2005, p. 89) levanta que a questão do exercício da faculdade à paternidade/maternidade por homoafetivos, salvo raras exceções, é quase sempre posta de forma maniqueísta, na base do tudo ou nada: ou é homoafetivo ou é pai/mãe, uma vez que esses dois atores não é permitido por muitos co-existir numa mesma pessoa. Desta forma a autora de maneira consistente salienta a reação binária quando se trata de adoção por homoafetivos, o preconceito se revela de forma acentuada, pois persiste o rótulo que vincula a ‘boa paternidade’ ao exercício da sexualidade heteroafetiva, desqualificando, o valor da paternidade/maternidade homoafetiva. Observa-se, portanto que é flagrantemente inconstitucional qualquer interpretação impeditiva de que uma pessoa possa adotar, fundada apenas em sua orientação sexual.

Abordando-se a temática Girardi, (2005) afirma que há discriminação, na medida em que a orientação sexual dos adotantes os (des)qualifica para a adoção, sendo os demais atributos dos adotantes, totalmente desprezados. Por esse preconceito dispensa-se todo o potencial humano e a afetividade que poderia ser gerada e em seu vácuo é colocado desamor. De certo que esse viés discriminatório anula a possibilidade destas pessoas darem conforto emocional para uma criança ou adolescente que se encontram sem quaisquer perspectivas futuras. Girardi (2005, p. 89) sobre o tema aponta que reside aí “[...] o traço e a presença do preconceito e do estigma maior da homossexualidade”.

Nessa linha de raciocínio (SILVA, 2007, p. 90) afirma que:

[...] o Estatuto da Criança e do Adolescente não contém dispositivo legal tratando de adoção pleiteada por homossexuais. Por causa dessa omissão, é possível que alguns estudiosos entendam inviável a adoção por homossexuais. A nosso ver o homossexual tem o direito de adotar um menor, salvo se não preencher os requisitos estabelecidos em lei. Alias, se um homossexual não pudesse adotar uma criança ou adolescente, o princípio da igualdade perante a lei estaria abertamente violado. E mais; apesar da omissão legal, o ECA não veda, implícita ou explicitamente a adoção por homossexuais. O que importa, no substancial, é a idoneidade moral do candidato e a sua capacitação para assumir os encargos decorrentes de uma paternidade (ou maternidade) adotiva.

Percebe-se que o tratamento igualitário previsto no caput do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deve prevalecer diante de preconceitos existentes, quanto à orientação sexual do pretendente à adoção. Dentro desta perspectiva lógica, não há qualquer óbice para que um casal homoafetivo se habilite para a adoção, aliás pode-se dizer que não há qualquer legislação brasileira que proíba a adoção, baseada na orientação sexual do adotante. Ao contrário, o que se proíbe constitucionalmente, é exatamente a discriminação contra as pessoas que tem orientação sexual diferente da maioria heteroafetiva.

Verifica-se que inexistindo vedação legal expressa, não se pode exigir que um indivíduo, por ter orientação sexual diferente da convencional se prive do direito de adotar se assim a lei não determina, pois a capacidade para a adoção, nada tem a ver com a sexualidade do adotante.

Nesse sentido a adoção deve atender em primeiro lugar ao interesse da criança. Portanto os operadores do direito devem se ater se os requisitos legais para a habilitação ao cadastro de adotantes foram cumpridos, independentemente se os pretendentes são homoafetivos ou heteroafetivos. Dessa forma se os pretendentes à adoção possuírem qualidades necessárias e favoráveis para a convivência com um ser em desenvolvimento, não há razão jurídica para a improcedência do pedido.

Pois o que deve preponderar é o *princípio da prevalência do interesse do menor*, devendo-se levar em conta o artigo 6º do Estatuto que dispõe: “Os fins sociais a que se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos,

e sua condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

Contudo, sabe-se que há vários opositores da adoção por casais formados por pessoas do mesmo sexo, alegando que a homoafetividade dos adotantes traria prejuízos ao menor, visto que não configuraria um ambiente familiar saudável e, conseqüentemente não traria reais vantagens para o menor, nesse entendimento de oposição, seria justificada desautorizar a adoção.

A argumentação utilizada pelos opositores se embasa no artigo 43 do Estatuto que prevê o deferimento da adoção quando apresentar reais vantagens para o adotando e ainda o artigo 29 do Estatuto que afirma que "não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado". Percebe-se que o entendimento para a negação da adoção parte da pré-compreensão pessoal das pessoas envolvidas no processo de adoção “[...] de que a homossexualidade seria uma conduta reprovável, uma doença, um desvio psicológico, perversão ou algo do gênero, o que já foi rechaçado pela ciência médica mundial” (VECCHIATTI, 2008, p. 545).

As pessoas contrárias à adoção por casais homoafetivos entendem que o ambiente familiar construído por esses pares, não seria adequado para o bom desenvolvimento da criança ou adolescente, há um mito que no futuro este menor venha a ter uma orientação sexual influenciada, em decorrência do convívio com este novo arranjo familiar. Para Vecchiatti (2008), pensar dessa maneira seria deveras incongruente, pois a homoafetividade do casal adotante não influi sobremaneira no desenvolvimento da sexualidade do menor adotado, da mesma forma como a heteroafetividade de um casal não influi na sexualidade do menor por eles criado.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio (ANDRADE, 2005, p. 114) argumenta que:

A afirmação de que uma criança não deve conviver com um homossexual, sob a acusação deste levar uma vida desregrada, diferente dos padrões normais impostos pela sociedade, e que essa convivência pode alterar o

desenvolvimento psicológico e social da criança não deve prosperar, uma vez que se fundamenta em suposições preconceituosas.

Partindo-se de tal pressuposto, tem-se que não se pode deferir a adoção à pessoa tanto heteroafetiva como homoafetiva que não tenha uma conduta em consonância com os requisitos legais previstos na Lei 8.069/90. E ainda, a homoafetividade não deve ser vista como empecilho para a adoção, pois não parece sustentável sob o ponto de vista ético e também jurídico que seja negado o direito à formação de uma família, tanto a um menor quanto ao casal formado por pessoas do mesmo sexo, com o fundamento, somente por causa da orientação sexual dos integrantes desta família.

É preciso destacar que na adoção os pais não são os únicos a adotar. A criança também adota a família substituta e, por isso, os profissionais que cuidam do processo têm que zelar para que os candidatos à adoção preencham os requisitos legais e ainda, tenham a consciência que não se trata somente do direito do adotante de ter um filho, mas acima de tudo viabilizar o direito da criança ou adolescente ter uma família.

Percebe-se, portanto que o princípio da igualdade destacado no caput do artigo 5º, informa o sistema na busca da igualdade material, promovendo a isonomia no contexto da diferença, proibindo expressamente a discriminação. Portanto há de se reconhecer na esfera jurídica, o que já existe no plano fático, ou seja, crianças e adolescentes vivendo em lares formados por casais homoafetivos.

Entretanto há uma situação reversa, pois devido ao não reconhecimento de vida comum entre pessoas do mesmo sexo, um dos pares individualmente se habilita para adoção. Dá-se a este instituto a denominação de adoção monoparental. Esta decisão resta comprovada que não é garantido ao menor o princípio do melhor interesse, neste caso trazendo prejuízos para o adotado que não possui vínculo jurídico com o outro que não adotou, mas que desenvolve uma relação afetiva, tanto quanto o adotante.

Busca-se, portanto, uma abordagem na literatura clássica infantil¹⁴ conhecida mundialmente, na qual um homem chamado Gepeto estava sozinho, querendo dividir a vida com alguém, de acabar com sua solidão e trazer vida a sua carpintaria. Certo dia ele teve a grande ideia de construir um boneco de madeira, chamado Pinóquio, sonhando vê-lo se transformar em uma criança. Uma fada caridosa deu vida ao boneco e os dois, “Gepeto e Pinóquio, se reconhecem como pai e filho, mas nem mulher nem mãe parecia faltar a qualquer dos dois” (HAMAD, 2002, p. 17). O que nos interessa essa história? Aqui há um querer ser pai, Gepeto deseja o filho e não uma mulher. Nesse sentido a família atribui lugares simbólicos de “pai” e “mãe” das mais variadas formas, dentro de seu próprio universo discursivo, motivo pelo qual ela não se define exatamente por seus atores, mas pela função que eles exercem.

Além da formação do vínculo de filiação assentar-se predominante na convenção jurídica, mister observar, por igual, que nem sempre na definição dos papéis maternos e paternos, há coincidência do sexo biológico com o sexo social. Neste passo, é Nadaud (2002, p.45) que nos reporta:

*Indépendamment de la forme de la filiation, on remarque que ce lien de filiation n'est qu'exceptionnellement, au regard de l'étendue des sociétés humaines, superposable à l'engendrement biologique ou à la procréation: il existe en effet une "dissociation entre la 'vérité biologique de l'engendrement' et la filiation". Ce point est essentiel car il explique pourquoi, dans la plupart des sociétés, l'engendrement et la parenté sont deux choses distinctes. De la même façon, quand on parle de père et de mère, et donc d'un individu masculin ou féminin, il faut différencier ce qui est le sexe biologique de ce qui est le sexe social, lesquels, bien souvent, sont loin de se recouper: bon nombre de sociétés dissocient ainsi le sexe biologique du genre dans la genèse des liens de filiation*¹⁵ (NADAUD, 2002, p.45, tradução livre).

¹⁴As Aventuras de Pinóquio. COLLODI, Carlo. Tradução e ilustrações: Gabriella Rinaldi. São Paulo: Iluminuras, 2002.

¹⁵No original: Independentemente da forma da filiação, observa-se que esse laço não é senão excepcionalmente, em vista da diversidade das sociedades humanas, superponível ao engendramento biológico ou à procriação: existe, com efeito, uma “dissociação entre a ‘verdade biológica do engendramento’ e a filiação”. Este ponto é essencial, pois explica porque, na maior parte das sociedades, o engendramento e a parentalidade são coisas distintas. Do mesmo modo, quando se fala de pai e de mãe, e, portanto, de um indivíduo masculino ou feminino, é preciso diferenciar o sexo biológico do social, os quais, freqüentemente, estão longe de coincidir: bom número de sociedades dissociam o sexo biológico do gênero na gênese dos laços de filiação. NADAUD,

Nesse sentido impedir que o casal homoafetivo adote pelo motivo de lhes faltar a figura do pai ou da mãe¹⁶, já restou comprovado pela psicanálise que para o filho independe qual o sexo biológico das pessoas que o acercam e sim, como se dá o exercício das funções “[...] materna e paterna de acordo com as características e preferências de cada um, não havendo necessariamente, nos casais homossexuais, uma divisão rígida de ‘papel de gênero’” (ZAMBRANO, 2006, p. 136) para a autora os papéis de gênero se apresentam da seguinte forma: “feminino para o que cumpre uma função dita materna e masculino para uma função dita paterna” (ZAMBRANO, 2006, p. 136).

Dessa forma, registra-se que o tema adoção homoafetiva, apesar do reconhecimento das uniões de pessoas do mesmo sexo pelo Supremo Tribunal Federal, apresenta-se ainda como matéria polêmica, ensejando decisões favoráveis ou contrárias por parte do Poder Judiciário e de toda gama de profissionais envolvidos no processo da adoção. O que de certa forma enseja a adoção monoparental pelos casais homoafetivos, este contorno encontrado para conseguirem a adoção deve ser analisado sob os aspectos negativos que refletem tanto para o adotado quanto para o adotante e companheiro (a).

Stéphane. *Homoparentalité – une nouvelle chance pour la famille?*. Paris: Librairie Arthème Fayard, 2002. p. 45.

¹⁶ Salienta-se que a maioria dos opositores da adoção homoafetiva, alega que a criação de um menor por um casal homoafetivo traria sequelas a sua formação, diante da ausência paterna ou materna – dependendo do tipo de casal, se masculino ou feminino – há o entendimento por parte dos defensores a não adoção homoafetiva que os menores seriam influenciados a se tornarem homossexuais diante da homossexualidade de seus pais. Nesse sentido são esclarecedoras as observações de Lídia Natália Dobriansky Weber, ao citar estudos psicológicos sobre o tema: “Ricketts & Achternberg (1989) realizaram um estudo com vários casos individuais de adoções por homens e mulheres homossexuais e afirmaram que a saúde mental e a felicidade individual estão na dinâmica de determinada família e não na maneira como a família é definida. Eles afirmaram, portanto, que não importa se a família conta com um pai e uma mãe ou somente com um deles; o mais importante é como essa família vive” (VECCHIATTI, 2008, p. 540 em nota de rodapé).

3 A ADOÇÃO MONOPARENTAL REALIZADA POR CASAS HOMOAFETIVOS E OS REFLEXOS NEGATIVOS NO CAMPO DA FILIAÇÃO

O instituto da adoção como tema multicausalizado é complexo e foi estudado pelos principais civilistas que tratam da adoção homoafetiva no Brasil, tais como: Maria Berenice Dias, Eunice Ferreira Rodrigues Granato, Viviane Girardi, Paulo Roberto Lotti Vecchiatti dentre outros. O estudo do tema adoção apresenta tipologias diferenciadas, de acordo com suas características.

Neste estudo foi utilizado o modelo tipológico de Eunice Granato (2010) que divide o tema, de acordo como ECA em: adoção unilateral, adoção por companheiros, adoção por divorciados ou judicialmente separados, adoção póstuma e adoção por tutor ou curador. Passamos a discorrer sobre cada um dos conceitos, na visão da autora.

Por adoção unilateral a autora entende “[...] uma inovação introduzida pelo Estatuto nos termos do artigo 41 § 1º, [na situação de que] um dos cônjuges ou companheiros pode adotar o filho do outro”, sendo que os vínculos de filiação do cônjuge ou do concubino com seu filho biológico, ficam mantidos, não perdendo o poder familiar (GRANATO, 2010, p. 91).

Já a adoção por companheiros, dantes denominada adoção por concubinos, significa perfilhar o adotado, desde que um deles tenha completado 18 anos, e que haja estabilidade na família, implicando dizer convivência duradoura e socialmente ostensiva. Registre-se que a nova redação trazida pela lei 12.010/09, diz a autora, é resultado de grandes discussões travadas no Congresso. Essas discussões gravitavam em torno do anseio daqueles que desejavam a permissão da adoção por casais homoafetivos e os que a eles se opunham.

A adoção por divorciados, diz Granato (2010) é a possibilidade de adoção conjunta por uma pessoa física individualmente, desde que a convivência com o adotando tenha se iniciado na constância do casamento e que se comprove também a existência de vínculos de afetividade.

A adoção póstuma por sua vez, poderá ser deferida ao adotante que vier a falecer no curso do processo de adoção, antes de prolatada a sentença. E por fim, a adoção por tutor ou curador, pontua Granato (2010) é aquela realizada pelo representante do adotando desde que haja prestação de conta patrimonial prévia à adoção, como forma de proteção aos haveres do pupilo.

Esta tipologia foi citada como mero recurso didático neste trabalho, que tem como foco a adoção monoparental, positivada com o advento da Constituição Federal de 1988, realizada por casais homoafetivos. Desta forma, as demais configurações de adoção não estão na esfera de objeto desta pesquisa, portanto aqui não serão trabalhadas, embora não se negue a elas importância e relevo.

A adoção monoparental representa portanto, a possibilidade de uma pessoa maior de 18 anos, independente de seu estado civil, adotar. Neste aspecto, há uma

pequena fresta pela qual as luzes escoam, e acabam focalizando as pessoas cuja orientação sexual, seja homoafetiva. Neste aspecto Torres (2009, p.30) destaca que,

[...] não se pode deixar de reconhecer que o ponto nevrálgico dessa exclusão está localizado justamente na ausência de uma norma que regulamente este novo acontecimento social. Com efeito, essa lacuna em nosso ordenamento jurídico tem obrigado o aplicador da lei se utilizar da analogia e dos Princípios Gerais de Direito na prestação da tutela jurisdicional.

E finalizando o raciocínio, o autor complementa que

[...] são grandes as dificuldades que os homossexuais, de modo geral, vêm encontrando na maioria das vezes para tornar factível, diante do Poder Judiciário, direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal, quando a efetividade desses direitos guarda relação com questões concernentes ao reconhecimento das uniões homoafetivas para deferir-lhes o direito à adoção (TORRES, 2009, p.30).

Neste aspecto, é oportuno destacar que o uso da prática da interpretação do Poder Judiciário faz com que a insegurança tome conta do ordenamento jurídico brasileiro, na medida que a matéria levada a juízo será resolvida de acordo e na intensidade das pré-compreensões socioculturais e políticas do operador do direito que se encontra diante do conflito, no caso concreto. Vale dizer que este é um dos principais elementos indutores da adoção monoparental por casais homoafetivos, pois como já foi exposto em capítulos anteriores deste trabalho a adoção por pessoa solteira é possível, sendo este o caminho encontrado por vários casais homoafetivos para driblar o preconceito desarrazoado das pessoas envolvidas no processo. É certo que o paradigma de análise para esta questão deveria ser o melhor interesse da criança, portanto este é o olhar que deve conduzir a interpretação da lei.

Em pesquisa realizada por Zambrano (2006, p. 143) ela confirma o que vivencia-se na prática, vejamos:

Embora a lei não traga impedimento à adoção por casais homossexuais, “todos os nossos informantes que buscaram a adoção legal o fizeram individualmente, mesmo estando em parceria conjugal” (grifo nosso). Entendemos que a representação da família nuclear vigente na nossa sociedade, e muitas vezes compartilhada pelos informantes, pode trazer como implicação o temor de um indeferimento do pedido da adoção pelo fato de serem homossexuais o que explica sua conseqüente opção por não demandar a adoção conjunta. Assim, os homossexuais entrevistados que têm ou planejam ter acesso à parentalidade, em sua maioria, optam pela adoção legal por parte de apenas um dos parceiros.

Registre-se que não há qualquer vedação de forma expressa à adoção por pessoas do mesmo sexo, mas alguns juízes, ainda negam a habilitação conjunta, pois esta não está positivada, corroborando com o entendimento dos juízes os integrantes do Ministério Público. Deste modo uma das soluções que esses casais encontraram, para concretizar a expectativa de uma família com filhos é a adoção monoparental. É claro que hoje esta vontade, também, pode ser solucionada através das tecnologias de reprodução assistida, o que não será discutido neste trabalho, pois não é tema sob foco.

Uma peculiaridade dos informantes na pesquisa realizada por Zambrano (2006) e confirmada por nossa vivência profissional como advogada é que a iniciativa de se socorrer ao judiciário para enfrentar um processo de adoção monoparental é matéria afeta às classes de alta renda. No geral, são parceiros homoafetivos pertencentes às camadas média e média alta da sociedade, cujo perfil de escolaridade é de alta qualificação. Outra peculiaridade desses cidadãos, é a participação política na área de direitos humanos: em sua grande maioria, são militantes, ou possuem algum laço de amizade com membros de grupos que lutam pelos direitos dos homoafetivos. Essas particularidades se apresentam como indicadores de consciência política, “[...] o fato de todos buscarem a adoção através do sistema judiciário” significa enfrentamento, mesmo admitindo a possibilidade de enfrentar preconceitos vários, o grupo tenta exercer cidadania. Todavia, continua a autora “[...] é preciso levar em conta que existe, para esses informantes, não apenas uma consciência maior dos direitos de cidadania, mas, também, recursos financeiros para lutar por eles” (ZAMBRANO, 2006, p. 143).

É fato que a adoção homoafetiva contribuiria sobremaneira para o desenvolvimento de todos os envolvidos: da criança que deixaria de ser negligenciada, do casal que supriria uma necessidade emocional, e do Estado que teria nessa adoção uma importante parceria para suprir uma lacuna de assistência social à criança.

Quando esse direito lhes é negado, há uma adoção pelas vias oblíquas. Esse posicionamento sinuoso pode acarretar conseqüências adversas. Pode haver uma ação no campo material ocasionando efeitos contrários aos direitos. Isto por que a

negação do direito de adotar conjuntamente conduz estes casais a adotar de forma individual. Esta clivagem pode aduzir a prejuízos de vários matizes aos envolvidos.

Quanto ao adotado experimenta diversos danos, indo desde a esfera patrimonial até a emocional. O companheiro do adotante, por sua vez que não participou formalmente do instituto da adoção é por via sinuosa, considerado um estranho jurídico nesta relação. E por fim, o adotante pode experimentar perdas patrimoniais, pois no caso de separação ou morte do companheiro (a) terá que assumir sozinho as responsabilidades advindas da filiação. Logo a adoção monoparental acaba por restringir ao adotado, ao adotante e seu companheiro, uma série de direitos.

Esses danos advindos da adoção individual é fruto do preconceito enraizado no seio da sociedade. A negação deste direito faz com que crianças e adolescentes aptas à adoção sejam prejudicadas duplamente: primeiro, pela intolerância da adoção conjunta por casais homoafetivos - o que leva muitas crianças e adolescentes a viverem institucionalizadas por longo período, ao invés de fazer parte de uma família. E segundo, pela maneira transversal (a monoparental) encontrada por estes casais para adotar e realizar o sonho de uma família com prole.

Talvez seja a questão de se perguntar o que é melhor para o interesse da criança, pois para efeito da adoção de criança ou adolescentes a melhor forma de protegê-los é considerando a realidade fática que vivem como um dado objetivo e dele extrair o maior compromisso dos envolvidos. Todavia os operadores do direito, na sua maioria com uma visão obtusa tendem efetivar preconceitos deixando à margem questões que não se aplicam na totalidade do modelo ideal normativo aparentemente simples e correto.

Essa negação de direitos faz com que o homoafetivo se manifeste de outras maneiras para que seja reconhecido como sujeito de direitos. Com efeito, a adoção monoparental se apresenta como burla positiva, uma estratégia eficaz para contornar a negação puramente mecânica. Todavia, se essa adoção consegue mitigar os conflitos emocionais, pode ser no futuro, causas de grandes inconveniências jurídicas, uma vez que apenas um dos conviventes se habilita ao

processo de adoção, gerando assim, dentre outras incongruências, uma partição do núcleo familiar.

3.1 DA HABILITAÇÃO DOS POSTULANTES À ADOÇÃO

Não se pode deixar de reconhecer que a maioria dos julgados analisados para esta pesquisa, comporta a ideia a princípio da adoção monoparental, ou seja, apenas um dos conviventes ingressa com o pedido de habilitação, que em regra deve preceder o processo de adoção.

A finalidade da habilitação é permitir a investigação das condições objetivas e subjetivas dos pretendentes, ou seja, perquirir se os postulantes estão aptos para receber uma criança ou adolescente no seu lar e também prepará-los para a nova etapa que está por vir, que são as particularidades que envolvem a paternidade/maternidade adotiva. Além da verificação das condições, de acordo com o § 3º do artigo 50, acrescentado ao ECA pela Lei 12.010/99, a inscrição dos postulantes será precedida de uma preparação psicossocial e jurídica.

Com relação ao procedimento de habilitação, os artigos 197-A a 197-E, disciplinam desde as exigências formais do pedido, aos prazos destinados ao processamento. Cumpridas essas etapas e nada mais sendo requerido, o juiz da Vara da Infância e Juventude decidirá o pedido de inscrição no cadastro¹⁷ de adotantes. Registre-se que a intervenção da equipe técnica interprofissional é obrigatória, sendo requisito a elaboração de estudo psicossocial que auxiliará na percepção dos profissionais se os postulantes têm a capacidade e o preparo para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável. Obviamente que o laudo não vincula a decisão do juízo, mas em regra tem a função de auxiliá-lo para uma decisão mais robusta.

¹⁷ O artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a obrigatoriedade da inscrição dos habilitados, que hoje se faz local e nacionalmente. Estes cadastros são uma referência para a inclusão da criança ou adolescente na família substituta, utilizando-se a ordem cronológica de inscrição para definir a vantagem de um inscrito sobre os demais, quando o interesse pelo perfil da criança ou adolescente é comum. A matéria prevista no artigo obrigando o cadastro é saudável, informada pelo princípio da igualdade constitucional, mas essencialmente submetida ao princípio do melhor interesse da criança.

Esses atos, conforme afirmação de Bittencourt (2010, p. 147) são equivocados e estanques. Pois o fato de analisar somente um dos pretendentes a adotar se perfaz de maneira unilateral. Melhor para a criança e adolescente apto para a adoção, diz o autor, seria que o casal homoafetivo que planeja adotá-la fosse observado conjuntamente. Essa seria uma ação de análise sincrônica, simbiótica, envolvendo o todo, não somente as pessoas, mas também o convívio, a estabilidade da relação e seu modo de vida, evitando eventuais prejuízos no futuro para o adotado.

A habilitação e a inscrição no cadastro de adotantes interessados na adoção de crianças e adolescentes são de extrema relevância para as pessoas em desenvolvimento que estão precisando de uma família substituta, sempre há que ser levado em conta o melhor interesse da criança ou adolescente de ter uma família que lhe dê condições básicas para seu crescimento saudável. O fato é que o Estado não pode esquecer que tem o dever de cumprir o preceito constitucional de dar proteção especial, com absoluta prioridade, às pessoas em desenvolvimento, portanto sempre que possível deve-se optar por sua colocação em uma família.

Neste caminhar da habilitação que se vislumbra a adoção monoparental, devido ao preconceito no momento que o casal homoafetivo se inscreve para se habilitar para a adoção, assim desde logo fala-se em adoção individual, para que após a sentença de adoção o outro companheiro (a) possa pleitear em juízo o reconhecimento da filiação existente entre ele e o adotado. Esta afirmativa não é feita sem elementos, na análise das jurisprudências que serão apresentadas no próximo item se perceberá que em sua grande maioria, as adoções deferidas para pessoas que vivem uma união estável homoafetiva, antes um dos conviventes já passou por um processo de adoção monoparental, sendo que a família homoafetiva precedia a esta adoção.

Evidente que sendo possível pleitear a habilitação pelo casal homoafetivo não se recorreria ao judiciário para reconhecimento do vínculo jurídico pelo outro par que não adotou no primeiro processo de adoção. Entretanto o temor do não reconhecimento de direitos para os casais homoafetivos acaba por deixar à margem do processo de adoção aquele que também faz parte da unidade familiar, ou seja,

aquele que se intitula postulante esconde a informação que tem um companheiro estável, a justiça também o ignora, e a adoção é concedida. Desta forma o melhor interesse da criança não foi atendido de forma plena, tendo em vista a obrigatoriedade do procedimento da habilitação ter que averiguar se [os postulantes] serão pais adequados e se estão preparados para receberem a criança ou adolescente adotivo.

Observa-se que a solução encontrada pelos casais homoafetivos, deveras vem em desfavor da criança ou adolescente, tendo em vista que ficará desprotegida quanto aos aspectos assistenciais, patrimoniais, “[...] pois ao invés de ter todas as prerrogativas pertinentes à filiação, em relação a duas pessoas, terá somente em relação ao adotante” (DIAS, 2009, p. 217). Portanto uma das soluções que vem sendo encontrada pelos casais homoafetivos que pretendem ter filhos é a adoção monoparental.

3.2 O RECONHECIMENTO DA ADOÇÃO HOMOAFETIVA VIA PODER JUDICIÁRIO - OS CASOS REAIS

Atualmente, o processo de adoção por casais homoafetivos é buscado, na maioria das vezes, individualmente. Há o temor da negação se o pedido de habilitação for feito pelo casal do mesmo sexo, quando ficaria visível a homoafetividade. A adoção legal acarreta o estabelecimento do vínculo de filiação que, de acordo com o ECA é irrevogável, unindo o adotante e o adotado, com os direitos e deveres daí decorrentes. Quando a adoção é informal não há estabelecimento de vinculação legal entre os participantes, o que viceja são apenas vínculos afetivos, sem os direitos de filiação.

Para melhor entendimento da problematização desta pesquisa, foi realizado um apanhado na jurisprudência para verificar como está sendo interpretada esta questão, inclusive com a decisão do STF equiparando a união homoafetiva a heteroafetiva.

Foram feitas análises em jurisprudências demonstrando reais casos de poder e preconceito que gravitam ao redor do tema. Foram analisados e descritos quatro julgados, escolhidos de forma aleatória. Os casos ocorreram nos Estados brasileiros de São Paulo e Paraná. A escolha da delimitação temporal da ocorrência dos julgados foi o exercício de 2012, como uma forma de análise posterior à decisão do recurso especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2010. Isto posto, passamos a analisar cada caso.

3.2.1 O caso de Bagé - Rio Grande do Sul

Foi utilizado neste trabalho, como marco histórico a decisão do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no julgamento do Recurso Especial Nº 889.852 – RS, que confirmou a possibilidade da adoção de crianças para uma mulher que vive em união homoafetiva com companheira, que já havia adotado de forma monoparental os mesmos filhos. O voto do Ministro Relator Luís Felipe Salomão se baseou na imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, pois está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que repercutem por toda a vida de qualquer indivíduo, desta forma a matéria em questão vincula-se obrigatoriamente à urgência de verificação da melhor solução para salvaguardar os direitos das crianças no caso concreto.

Entretanto esta decisão não vincula os Tribunais de Justiça Estaduais, havendo entendimentos diversos quanto ao tema, pois muitos entendem que é até aceitável a união de pessoas do mesmo sexo, mas isso não quer dizer que esse reconhecimento induz o direito de fundar uma família, ou seja, ter filhos, pois a pré-compreensão que se tem é que o menor tem que ter a filiação de um pai e uma mãe.

Comprovando tal raciocínio, se fará um apanhado histórico, no qual resultou na decisão do STJ. Primeiramente será elencada a decisão pioneira do Juiz da Vara da

Infância e Juventude, Marcos Danilo Edon Franco, que reconheceu a possibilidade da adoção de dois meninos, por duas mulheres.

Na realidade a união entre as duas já existia antes de LRM adotar judicialmente as crianças, pois como consta nos autos a união estável homoafetiva teve início em 1998. No pedido somente LRM como pessoa solteira se habilitou e enfrentou o processo de adoção dos menores JVRM e PHRM, irmãos biológicos nascidos em 07 de setembro de 2002 e 26 de dezembro de 2003. Esta foi a estratégia utilizada pelo pares homoafetivos, para deferimento da adoção, uma vez conhecedoras de que o pedido em conjunto pelas duas mulheres seria recusado. Após o deferimento da adoção para LRM, sua companheira LMBG requereu a adoção dos menores.

LMBG teve que cumprir todos os requisitos para a habilitação previstos no ECA, ou seja, teve que passar por todo o processo formal de adoção, que inclui entrevistas com psicólogos e assistentes sociais, cujos relatórios foram favoráveis ao pedido de adoção. O que possibilitou o julgamento favorável ao pedido. A decisão foi no sentido de reconhecer os direitos à companheira da mãe adotiva, pois as crianças estavam convivendo com ambas, sendo criadas e educadas, desde o nascimento.

E também a decisão se pautou no pedido de reconhecimento de filiação socioafetiva, pois a companheira socioafetiva desejava dividir com a mãe adotiva, todas as responsabilidades e deveres jurídicos advindos da filiação. Portanto a sentença julgou procedente o pedido e determinou a inserção do sobrenome de LMBG nas certidões de nascimento das crianças, contudo sem mencionar as palavras pai e mãe. Somente formalizou na certidão de nascimento o nome dos avós sem citar se materno ou paterno.

Entretanto o Ministério Público do Rio Grande do Sul interpôs recurso de apelação contra a decisão, argumentando que a adoção somente deveria ser concedida ao casal homem e mulher, pois a adoção deve imitar a família biológica, inviabilizando a adoção por parcerias do mesmo sexo. Outro argumento utilizado na época foi o não reconhecimento da união homoafetiva, que agora resta ultrapassado tal interpretação preconceituosa, tendo em vista o reconhecimento dessas uniões pela Corte Suprema.

Em sede recursal, a 7ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou por unanimidade o provimento da Apelação Cível nº 70013801592. O Relator em seu voto, deixou claro que a proteção jurídica não está adstrita com exclusividade à forma familiar advinda do casamento. Atualmente esta forma de proteção foi substituída, em consequência, pela tutela jurídica ao conteúdo ou à substância. Independente da formação da família o que importa é a função que ela desempenha para seus membros, nesse sentido toda organização familiar tem a proteção do Estado, quer sejam do mesmo sexo, quer sejam de sexos diferentes.

Esta decisão também foi objeto de recurso especial pelos representantes do Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul. Mas ao recorrer o MP foi incapaz de escrever uma linha argumentativa sobre as questões sociais, sobre o interesse dos menores, trazendo apenas leis e questões legalistas. Não poderia ser diferente a confirmação da decisão pelo Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, invoca-se parte do voto do Ministro Luiz Felipe Salomão, no qual demonstra a necessidade da interpretação como hermenêutica aberta, suscetível à gramatura histórica, aos valores mutáveis, permeáveis na sociedade. Pois o processo, enquanto encadeamento de ideias tem plasticidade,

[...] É a sincronização necessária entre a interpretação legal com o tempo presente. De fato, houve momento na história em que aparecer com tronco desnudo na praia era considerado obsceno, passível o autor de prisão em flagrante. Em tempos outros, o casamento interracial, nos Estados Unidos da América, era proibido em alguns estados da federação. Por isso mesmo, a matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. (STJ – Resp nº 889.852, Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão – Dje 10/08/2010)

A leitura hermenêutica realizada pelo Superior Tribunal de Justiça, neste caso concreto, não se apresenta como um processo passivo de submissão ao pensamento exegético normativista. Por via contrária, está longe do comportamento “jupiteriano” no ordenamento jurídico, classificado por François Ost¹⁸, verifica-se sim

¹⁸ Ao falar da interpretação do direito, François Ost, analisa os perfis dos juízes, referentemente à atuação jurisdicional, traçando um paralelo com as figuras mitológicas greco-romanas. Nesse sentido o juiz Júpiter é o juiz positivista, que aplica o direito extraindo a “verdade” da lei ou do legislador. OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez. Traduzido por Isabel Lifante Vidal.

uma interpretação aos moldes do que propõe Peter Häberle (2002, p.26). Ou seja, uma interpretação voltada para a realidade, neste caso concreto percebe-se o movimento, a inovação, a mudança que de forma imperceptível, transforma a sociedade.

De fato, foi com base no contexto social que o STJ reconheceu a adoção por pessoas do mesmo sexo, sinalizando que a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal, neste caso a garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes. Isto posto, a interpretação dada ao caso foi porosa, impelida pelos reais fatores da sociedade. Em verdade como bem destaca Haberle, (2002, p. 30):

[...] a interpretação é um processo aberto. Não é pois um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo de intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, “de integração da realidade no processo de interpretação” (grifo nosso).

Observa-se no caso concreto, que a integração da realidade no processo de interpretação é direcionada para o reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, conforme prevê o artigo 227 e parágrafos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, retirar das crianças a condição de ter duas mães para cuidá-las e amá-las, com responsabilidades mútuas, negando o vínculo de filiação, seria de certo modo inadmissível por parte do Estado, pois cabe a ele assegurar os direitos às pessoas em desenvolvimento. Por sua vez a Constituição da República Federativa do Brasil consagra o princípio da proteção integral, além de outros, o direito ao respeito à dignidade, à liberdade e a igualdade. Para a Ex Desembargadora do Estado do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias (2009, p. 216)

[...] tais direitos, certamente, meninos e meninas não encontrarão na rua, quando são largados à própria sorte, ou depositados em alguma instituição. Dificultar, burocratizar ou impedir a adoção por homossexuais, na verdade é negar às crianças abandonadas pelos pais, ou que foram deles retirados

por motivo de violência, o direito de serem colocadas em famílias substitutas [...].

Reforçando o dantes já descrito, o que se percebe na realidade é que as frestas encontradas para a adoção individual na união homoafetiva só vem em desfavor da criança, que sem vínculo jurídico com o outro par, terá vários direitos negados, principalmente quanto aos aspectos patrimoniais, emocionais e assistenciais.

Nesse sentido Häberle (2002, p.33) defendendo sua tese diz que uma “Constituição que estrutura não apenas o Estado, mas também a esfera pública, dispendo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos”. Portanto existe a necessidade do reconhecimento da adoção por casais homoafetivos, reconhecendo-os como sujeitos de direitos e não como objetos que estão no campo da invisibilidade. Negar essa realidade só traz prejuízo para a criança, que não terá qualquer direito quanto ao outro companheiro que não adotou.

3.2.2 O caso de São José do Rio Preto - São Paulo

Embora haja decisão do STJ, interpretando que a adoção por casais homoafetivos em nada prejudica a criança e o adolescente, pois o norte é o princípio do melhor interesse da criança, o preconceito continua a existir. Mesmo cumprido todos os ritos processuais, mesmo que os casais homoafetivos se habilitem de maneira formal para a adoção, seus direitos parecem invisíveis à luz dos operadores do Direito.

Verificou-se nos julgados pesquisados no Estado de São Paulo o mesmo caminho escolhido pelas companheiras em Bagé – RS, a adoção foi de forma monoparental e logo após a mãe socioafetiva interpôs judicialmente o pedido de adoção. O pedido foi deferido pelo Juízo de primeiro grau da Vara da Infância e Juventude de São José do Rio Preto.

Entretanto mesmo após as decisões do STJ e STF, o Ministério Público interpôs Apelação Cível nº 9000004-19.2011.8.26.0576, argumentado que o pedido de inscrição no cadastro é “desinteressante e desvantajoso para a criança”, pois a criança sofreria preconceitos por viver em uma família homoafetiva. Alegou, ainda que a lei não ampara a adoção por pessoas do mesmo sexo, e por fim, argui que, embora os pedidos tenham sido feitos individualmente, a finalidade da requerente e sua companheira é de adoção conjunta, o que para o Ministério público seria legalmente impossível, tendo em vista a proibição de qualquer observação no registro de nascimento do adotado, conforme dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente. Portanto se for consignado o nome de dois pais ou duas mães, conseqüentemente seria revelada a condição de adotado.

O Tribunal de Justiça de São Paulo conheceu o recurso, mas lhe negou provimento, uma vez que o apelante se insurge de forma preconceituosa contra o fato da pretendente à adoção manter relação homoafetiva com outra mulher que postulou sua inscrição no cadastro local. O Tribunal de Justiça manteve a sentença do Juízo de primeiro grau, argumentando o reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal e, ainda, argumentou que o artigo 50, § 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente de forma expressa estabelece que 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. Não importando se casais homoafetivos ou heteroafetivos.

A fundamentação do acórdão fala por si só, apesar da clareza da essência da família contemporânea que é regida pelo afeto, ainda subsistem intérpretes do Direito que se recusam a aceitar a possibilidade da adoção por casais homoafetivos que convivam em união estável, como se nota no julgado abaixo a posição preconceituosa do Ministério Público, que foi rechaçada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

Infância e Juventude. Inscrição no cadastro de adoção. Pretendente que admite manter relação homoafetiva. Deferimento com base em estudos psicossociais. Reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como entidades familiares. Ausência de circunstâncias incompatíveis com a natureza da adoção. Recurso improvido. [...] Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença, cujo relatório se adota, que deferiu o pedido da

requerente para inscrição no Cadastro de Pretendentes à Adoção. Apela o Ministério Público, sustentando que o pedido de inscrição no cadastro é “desinteressante e desvantajoso para a criança”, ressaltando o perigo de que sofra preconceito. [...] De qualquer forma, em todos os dispares modelos atuais de família, o elemento comum e indispensável é o amor. E não há qualquer questionamento de que um casal homossexual tenha capacidade de amar. Não faltando amor às famílias de casais homossexuais, certamente, os preconceitos e os outros problemas da vida serão igualmente superados. (TJSP, AC nº 9000004-19.2011.8.26.0576, rel. Des. Silveira Paulilo, DJe.27/02/2012)

Percebe-se na argumentação do Ministério Público o preconceito diante da realidade das famílias homoafetivas, pois argumenta que “apesar dos direitos dos conviventes homoafetivos terem sido equiparados àqueles dos casais convencionais, tal equiparação restringe-se aos próprios conviventes, sem possibilidade de extensão a terceiros, sob pena de julgamento *extra petita*”¹⁹. O relator Silveira Paulino conheceu o recurso, mas negou-lhe provimento.

A argumentação utilizada pelo relator para negar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público estadual do Estado de São Paulo foi pautada no reconhecimento das relações públicas e estáveis entre pessoas do mesmo sexo, conforme entendimento da Suprema Corte. A atenção do julgador foi voltada para uma interpretação hermenêutica principiológica voltada para o interesse da criança, concretizando sua maior proteção e segurança em uma família, independente dos papéis desempenhados pelos conviventes.

3.2.3 O caso de Pirassununga – São Paulo

Outro caso interessante ocorreu no município de Pirassununga - SP, o Juiz da Vara da Infância e Juventude deferiu a inscrição das apelantes no cadastro de pretendentes à adoção, mas restringiu a adoção apenas para crianças do sexo feminino, vedando conseqüentemente a adoção de infante do sexo masculino. Argumentou o douto Juízo Monocrático, em síntese, que “a adoção de um garoto por

¹⁹ TJSP, AC nº 9000004-19.2011.8.26.0576, rel. Des. Silveira Paulilo, DJe.27/02/2012.

mulheres em união homoafetiva”²⁰, não se mostraria adequada, vez que, a figura paterna é essencial para a formação da personalidade da criança.

A Relatora da Apelação Cível nº 0004884-79.2011.8.26.0457, reformou parcialmente a sentença, a fim de excluir dela a vedação para eventual adoção de criança do sexo masculino. Argumentando que “situações hipotéticas não podem basear as decisões judiciais. Assim, nos parece que a vedação imposta no decisório não merece permanecer, vez que representa empecilho que a lei não prevê”. E ainda argumenta que ao limitar o pedido, o Juízo “lesa um complexo de direitos constitucionalmente reconhecidos. Às autoras, fere o direito constitucional à família. À criança, ou adolescente, embaraça o direito a ampla proteção”. (TJSP, AC nº 0004884-79.2011.8.26.0457. rel. Des. Claudia Grieco Tabosa Pessoa. DJe 23/07/2012)

Observa-se que mesmo após a decisão do STF equiparando as uniões estáveis homoafetivas as heteroafetivas, os operadores do direito persistem em negar a adoção conjunta aos casais homoafetivos. No Estado de São Paulo restou evidente que o casal não se habilita em conjunto devido o preconceito de juízes e promotores públicos. Que ao invés de analisarem o caso concreto, tendo como lente o melhor interesse da criança, preferem deixar essas famílias na invisibilidade.

3.2.4 O caso de Curitiba – Paraná

No Estado do Paraná não foi diferente, o preconceito ficou latente, quando a habilitação foi pedida pelo casal homoafetivo. Vejamos o conteúdo dos Embargos Infringentes nº 582.499-9/02, da Vara da Infância da Juventude e Adoção, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, em que é Embargante Ministério Público do Estado do Paraná e Apelada E. C. F. e Outro.

²⁰ TJSP, AC nº 0004884-79.2011.8.26.0457. rel. Des. Claudia Grieco Tabosa Pessoa. DJe 23/07/2012.

O Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido das requerentes, deferiu o pedido de habilitação conjunta, mas restringiu à adoção de crianças do sexo masculino, somente a partir dos 10 anos de idade. Esta decisão na visão do julgador foi “[...] visando a atender aos melhores interesses da criança, que em seu entendimento deveria ser consultada acerca das possíveis adversidades a que estaria sujeita por compor entidade familiar não convencional”.

Inconformadas com a sentença as autoras protocolaram recurso de Apelação pedindo a reforma para retirar as limitações impostas. O Ministério Público²¹ do Paraná interpôs recurso adesivo defendendo a reforma da Sentença, mas tão somente com o objetivo de aumentar para 12 anos a limitação etária, pois assim o Juízo estaria obrigado a ouvir o adolescente a ser adotado antes de qualquer medida.

A tese vencedora foi a do Desembargador Fernando Wolff Bodziak, que conduziu o julgamento no sentido da ausência de amparo legal à restrição imposta pelo Juízo *a quo* de idade mínima e sexo masculino para o adotante. O Desembargador relator Antônio Loyola Vieira votou “pelo não acolhimento dos embargos infringentes, mantendo a decisão embargada, tendo como fundamento principal a decisão do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal”. (TJPA - 12ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Embargos Infringentes. nº 582.499-9/02, Rel. Antônio Loyola Vieira, Curitiba, 15/06/2011)

De todo exposto percebe-se que o intérprete está carregado de preconceito sobre a adoção por pessoas do mesmo sexo, que no direito pode ser considerado o senso comum teórico do jurista (WARAT, 1994), impedindo desta forma o reconhecimento de valores e princípios constitucionais, como é o caso de oferecer a criança ou adolescente uma família que possa criá-la, amá-la, educá-la e proporcionar um ambiente saudável, diferente da realidade brasileira que hoje se encontram várias crianças.

²¹ Sobre o tema ver importante material de SANTOS, André Filipe P. R. . MINISTÉRIO PÚBLICO E IDEOLOGIAS PROFISSIONAIS: um estudo com promotores de justiça do Rio de Janeiro. Revista de direitos e garantias fundamentais (FDV), 2012.

Dessa forma vislumbra-se que “o intérprete acaba objetificando o processo hermenêutico e podando as possibilidades de proteção dos direitos fundamentais” o autor argumenta ainda que “a norma extraída do texto será sempre a mesma, objetificada, engessada, em pressupostos assentados em paradigmas políticos e jurídicos insuficientes e ultrapassados” (MOREIRA, 2012, p.151). Enuncia-se com isso que o paradigma da perfilhação biológica está em transformação com a constitucionalização da filiação socioafetiva, tornando-se uma revolução científica. Para Thomas Khun (2000, p.p 116-122), “Toda a passagem para um paradigma é uma revolução científica”.

Apenas para um exemplo didático registra-se que o reconhecimento da paternidade socioafetiva é uma mudança de paradigma, invoca-se como exemplo a recente decisão da Juíza Adriana Mendes Bertocini da primeira Vara de Família de São José, em Santa Catarina, que decidiu no dia 21 de setembro de 2012, favoravelmente à solicitação da mãe que buscava alimentos provisórios para si e para a filha que conviveu com o padrasto por dez anos. A juíza enfatiza que a decisão é inovadora já que não há jurisprudência sobre o assunto. “Ainda é muito difícil para o juiz tomar esse tipo de decisão. Mesmo que no dia a dia seja comum os laços afetivos, a sociedade ainda vê o biológico como algo legítimo. É uma mudança de paradigma”²².

3.3 O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO (IN) OPERANTE DA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS AOS CASAS HOMOAFETIVOS

A equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas realizada pelo Supremo Tribunal Federal, causou certa inquietação, principalmente entre os constitucionalistas, uma vez que muitos destes entendem que o ativismo judicial

²² Reconhecimento de paternidade socioafetiva leva à sentença inédita para alimentos. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4885>. Acesso em 21 de set. 2012.

praticado pela Suprema Corte desrespeita o princípio da separação de poderes, pois caberia ao Legislativo e não ao Judiciário tratar e atuar sobre a matéria.

A matéria é tão conflituosa que se verifica interpretações distintas do mesmo autor quanto ao ativismo judicial. Em um dado momento Streck (1999, p. 29) aponta que:

O que determina a atuação do Poder Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, é a salvaguarda pró-ativa do bem comum. E, neste sentido, a tese substancialista afirma que a justiça constitucional deve assumir uma postura intervencionista.

Todavia o supracitado autor ao publicar um artigo no qual discute a proposição da Arguição de Preceitos Fundamentais nº 132, junto ao Supremo Tribunal Federal, não reconhece a concretização da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por parte da Corte Suprema. Para Streck (2009) a resposta adequada seria a alteração legal constitucional e não a interpretação proativa realizada pelo Supremo Tribunal Federal, no qual reconheceu e equiparou a união de pessoas do mesmo sexo à união estável heterossexual.

Streck (2009) adota posições divergentes quanto a postura intervencionista do Poder Judiciário, uma vez que em momento anterior, entendia que o Poder Judiciário deveria assumir uma posição intervencionista para salvaguardar direitos fundamentais, ou seja, não deveria ter uma postura passiva diante da sociedade, e sim superar as funções tradicionais dos poderes, concretizando os valores constitucionais, inclusive em detrimento dos textos legislados.

Quer-se com isso apontar que, quando o autor trata do ativismo judicial, estabelece opinião dessemelhante. Argumenta em artigo publicado que “em um Estado Democrático de Direito, mesmo que sejamos todos a favor de uma causa, é necessário esperar pelo Legislador [...] o melhor é confiar na Constituição e na forma como ela mesma impõe para sua alteração” (STRECK; OLIVEIRA; BARRETO, 2009, p. 5).

Não obstante ser importante a observação do autor existe situações que não há como esperar pelo Poder Legislativo, tendo em vista que na maioria das vezes

situações de alta complexidade envolvendo temas multifatoriais, podem levar o Poder Legislativo a efetivar ações inadequadas e tardias. Assim há um conúbio de temas sociais, morais e religiosos tratados no Legislativo que podem se transformar em perigoso tema jurídico. Portanto o ativismo judicial surge na “[...] retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sejam atendidas de maneira efetiva” (BARROSO, 2011, p. 366).

E no julgamento específico da Ação Direta Inconstitucional nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, o “[...] eventual ativismo judicial se justifica pela absoluta omissão e indolência - para não dizer acovardamento - do Legislativo em relação às questões concernentes à homoafetividade” (CHAVES, 2011, p. 04), uma vez que o Poder Judiciário brasileiro já reconhecia, em decisões isoladas, a união entre pessoas do mesmo sexo.

Já a inércia do Congresso Nacional *deixa na gaveta*, há mais de uma década²³, projetos de lei que tratam dos direitos dos casais homoafetivos. Além da imobilidade imotivada aos projetos, o legislativo ainda o faz tramitar redundantemente em instâncias diversas, sob a justificativa de tornar seu debate mais frutífero.

Quando a mesa diretora do Congresso Nacional tenta discutir temas polêmicos, a exemplo dos Projetos de Lei que tratam dos direitos de casais homoafetivos, enfrenta alta resistência das Comissões Parlamentares. Isto ocorre devido a uma certa conveniência política, que preconiza o silenciar, como fator de sustentação da base eleitoral. Assim esse agir comissivo por vezes pode negar direitos civis a uma parcela da sociedade, pela razão de conveniências e obliquidades religiosas e políticas, como forma de preservação do eleitorado.

Nesse sentido percebe-se com clareza a subtração de direitos fundamentais das minorias homoafetivas, pelo Poder Legislativo ao se analisar o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello (2011, p. 44), no julgamento que culminou na equiparação

²³Existe desde 1995 projeto de lei de Parceria Civil Registrada entre pessoas do mesmo sexo. Trata-se do projeto de lei número 1.151, de autoria da ex-deputada e hoje Senadora Federal Marta Suplicy do Partido dos Trabalhadores do Estado de São Paulo.

das uniões estáveis heteroafetivas às uniões homoafetivas. Em seu voto ele argumenta de forma precisa que

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

Percebe-se no voto do Ministro Celso de Mello e dos demais Ministros que compõe a Corte Suprema, a distinção entre o posicionamento da Corte com a do autor Lenio Luiz Streck, pois para este a possibilidade do reconhecimento da união homoafetiva deveria ser por via do Poder Legislativo e não de forma proativa como foi pelo Poder Judiciário. Extrai-se deste entendimento do autor que enquanto aquele não legislar não há que se falar em direitos fundamentais para a minoria homoafetiva. Há de se esperar o Poder Legislativo.

Devido à pressão da sociedade e posicionamentos contrários a equiparação das uniões ora em comento realizada pelo Supremo Tribunal Federal, o reconhecimento de vários direitos fundamentais para essas minorias resta limitado, uma vez que depende do Poder Legislativo positivar os direitos fundamentais albergados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Como já discutido, face à inércia do Poder Legislativo haverá a necessidade de intervenção do Judiciário, para reconhecer direitos fundamentais não previstos na Legislação vigente.

Percebe-se na decisão do Supremo Tribunal Federal a interpretação nos moldes da teoria concretista da Constituição, defendida por Peter Häberle. Ao reconhecer a união estável homoafetiva, como entidade familiar, efetivou equiparação entre os dois institutos: a união estável heterossexual e a união homoafetiva. Esta observação teve por base o Artigo 226 § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que trata do direito fundamental de composição familiar, logo a Corte Suprema concebeu a atividade interpretativa diretamente voltada e com fundamento nos fatores reais da sociedade plural.

Nesse sentido Häberle (1997, p. 27) de forma consistente afirma que:

[...] mesmo as decisões em conformidade com a Constituição são constitucionalmente relevantes e suscitam, a médio e a longo prazo, novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade (Öffentlichkeit) da Constituição. Muitas vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a manutenção da abertura do sistema constitucional, proposta por Häberle é totalmente viável e verificável, no caso em comento. Haja vista que além de possuir diversas regras, ele é permeado por vários princípios explícitos e implícitos e é exatamente essa abertura que permite as constantes e indispensáveis modificações do texto constitucional. Esta plasticidade da interpretação, não altera substância do texto, isto quer dizer que não há como “deixar de ser preservados a sua supremacia e os valores da certeza e da segurança jurídica” (ZANDONADE, 2001, p. 199) da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesse ponto, entende-se que o titular desse “poder constituinte difuso” não deve ser considerado apenas os órgãos encarregados de aplicar o direito, mas sim todos os indivíduos que estão submetidos à força normativa de certo Texto Constitucional, conforme acertadamente defendido por Peter Häberle, no qual o Direito deve ser compreendido como fenômeno cultural.

Não é somente a força positivista da lei que pode ditar ações à sociedade, determinar o que fazer ou não fazer. Longe desta ação determinista, há toda uma construção, através do processo participativo elucidativo, onde a interpretação se realiza “a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte desta sociedade”. (HÄBERLE, 2002, p.03).

Em virtude da omissão da lei, tornam-se frequentes as decisões judiciais sobre as relações decorrentes das uniões homoafetivas. Mas esses debates são típicos da sociedade democrática, e servem para plasmar as idéias. Não se pode olvidar que as uniões estáveis heteroafetivas outrora já foi tema muito polêmico no Brasil, conforme mencionado no início deste trabalho, no tópico que trata da evolução histórica da família.

Como o tema ainda é permeado de preconceitos, predomina a tendência jurisprudencial de negar direitos a esta nova modelagem de família. Registre-se portanto, a ação sinuosa, quase oblíqua dos operadores do direito. A preocupação deveria ser em apresentar soluções e adaptações do Direito perante a evolução natural da sociedade contemporânea. Ao invés disso, replica-se soluções codificadas, que muitas vezes não correspondem aos reais fatores de poder da sociedade. Ou seja, a Constituição e as leis que deveriam ser folhas de papel em branco nas quais a sociedade inscreve seus anseios, se transforma em letra morta, dissonante da sociedade.

Além desse descompasso, registre-se ainda a fragmentação e hermetismo entre os poderes, diferente da harmonia e integração proclamada pelo federalismo. Muitas vezes as decisões do poder judiciário são focadas em determinados pontos, exemplo disso é a ação da Suprema Corte, que cria decisões vinculando somente os demais órgãos judiciais e administrativos, mas normalmente não obriga os órgãos legislativos.

Observe-se que o controle de constitucionalidade não constitui, evidentemente, ato de imposição de vontade dos órgãos jurisdicionais sobre as demais formas de expressão do poder estatal. Trata-se de dever constitucional explicitamente conferido ao Poder Judiciário por ocasião da instituição do próprio Estado.

Nesse sentido que se faz necessário o destaque do princípio da separação dos poderes positivado no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao estabelecer que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Bem como, o inciso XXXV do Artigo 5º que estabeleceu: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Dessa forma, a Constituição brasileira consagrou tanto o princípio da separação dos poderes quanto à ampla tutela judicial dos direitos.

Impende ressaltar que o movimento que mudou a tradição da separação dos poderes permitindo que o Supremo Tribunal Federal exerça o controle de constitucionalidade dos casos concretos que chegam à Corte Suprema, historicamente surgiu nos Estados Unidos da América (EUA) e por via

jurisprudencial, com a decisão proferida pela Suprema Corte dos EUA no caso *William Marbury versus James Madison*, 5 U.S 137, de 1803, que por sua vez, deu origem ao sistema de controle de constitucionalidade e alterou de forma definitiva a função do Poder Judiciário, até então concebida conforme a Teoria de Montesquieu.

O caso *William Marbury versus James Madison* inicia, na teoria constitucional, o exercício do *judicial review*, ou seja, o processo de revisão judicial das leis para verificação de sua constitucionalidade, que passou a ser exercido pelo Poder Judiciário. É desse período “a afirmação do papel da Corte Suprema como último intérprete da Constituição” (RODRIGUES, 1992, p. 28).

Para uma melhor compreensão da postura do Judiciário frente aos casos concretos que chegam a Corte Suprema, procurar-se-á examinar do modo mais sintético possível o caso que mudou a história da teoria constitucional americana que influenciou de forma marcante as demais democracias, principalmente a brasileira, permitindo ao Judiciário se posicionar, quanto às matérias que não estão de acordo com a Constituição.

Na última noite do governo de John Adams ele nomeou vários juízes, portanto “na véspera da posse de Thomas Jefferson, até às 21 horas, Adams ainda lavrava nomeações, cujos beneficiários foram apelidados de ‘juízes da meia noite’” (RODRIGUES, 1992, p. 22), para ocupar as vagas criadas recentemente por lei, com o intuito de aumentar o Judiciário no país. A nomeação dos juízes envolvia interesses políticos do partido federalista, vencido nas eleições, pelo partido republicano do recém presidente eleito Thomas Jefferson.

Dentre os “juízes da meia noite” estava William Marbury, nomeado por John Adams como juiz de paz. Já no governo de Thomas Jefferson, seu novo secretário de justiça, James Madison, negou-lhe a posse. Marbury apresentou, então, *writ of mandamus* junto à Corte Suprema norte-americana, requerendo sua posse imediata no cargo. Coube a John Marshall, presidente da Corte Suprema, relatar o processo.

Sem analisar o mérito da questão, Marshall atacou a competência originária da Corte para julgar o *writ*, ou seja, este não seria válido “porque pedido diretamente à

Corte Suprema, cuja competência originária era estritamente definida na Constituição e não podia ter sido dilatada pela Lei Judiciária de 1798” (RODRIGUES, 1992, p. 36).

Dessa forma, a questão passou a ser a análise da inconstitucionalidade e nulidade “do artigo 13 dessa lei, que atribuía à Corte Suprema competência originária para expedir ordens de mandamus” (RODRIGUES, 1992, p. 36).

Portanto mesmo sem previsão constitucional que autorizasse a Corte Suprema a declarar a inconstitucionalidade das leis, Marshall “exerceu tal poder afirmando que a lei em questão ‘não parecia permitida pela Constituição’” (RODRIGUES, 1992, p. 36). Dessa forma, ao invés de discutir o mérito da questão, ou seja, se Madison havia cometido ou não uma ilegalidade ao negar a posse a Marbury, Marshall ateu-se a uma questão preliminar de incompetência originária da Corte para corrigir a “ilegalidade” cometida por Madison.

Nesse momento o Poder Judiciário, deixa de ser um mero aplicador da lei, “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor” (MONTESQUIEU, 2002, p. 72), para também analisar a sua adequação no ordenamento jurídico. Dessa forma, entende-se que representando o Tribunal, o juiz John Marshall apresentou a essência do que iria constituir o modelo americano de controle de constitucionalidade, pois a partir daí o Judiciário inicia, lentamente, uma posição mais ativa no Estado.

E sua elevação chegou a um nível tal que o seu ativismo na interpretação da legislação e da Constituição é tão intenso que de poder nulo ele se tornou em poder supremo. Os tribunais se mostraram como o caminho mais confiável que os Poderes Legislativo e Executivo. O Judiciário e, principalmente, as Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais, ampliou tanto a sua autoridade que houve um “deslocamento da autoridade do sistema representativo” (VIEIRA, 2008, p.63), o que o tornou guardião dos princípios e dos direitos fundamentais.

É certo que esta nova tarefa do Poder Judiciário criou desconforto e dificuldades para ser aceita ensejando reações contrárias e vários questionamentos, por

significar, justamente, uma inserção em questões reservadas aos poderes Legislativo e Executivo, o que feriria para alguns a clássica teoria da separação dos Poderes de Montesquieu, que considerava o Poder Judiciário, como um poder nulo, já que ele afirmava que os juízes de uma nação devem observar a literalidade da lei, restringindo-os a somente declarar qual a lei seria aplicável ao caso concreto.

Disso se extrai que o Poder Judiciário, assumiu uma posição distinta da tradicional, embora haja uma crescente indagação sobre a extensão de sua interpretação e ao controle sobre o ativismo judicial. Uma vez que, percebe-se na nova postura do Poder Judiciário, uma interpretação do sentido da lei desvinculada da vontade do legislador.

Alguns constitucionalistas renomados enfatizam a necessidade de se respeitar os limites estabelecidos no texto primitivo que fora redigido pelo constituinte e, principalmente, o arcabouço estrutural por este construído. Temos como defensor desta argumentação Canotilho (1992, p. 237) que

[...] uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo²⁴ [...], e outra é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional. Uma constituição pode ser flexível sem deixar de ser firme. A necessidade de uma permanente adequação dialéctica entre o programa normativo e a esfera normativa justificará a aceitação de transições constitucionais que, embora traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição.

No dizer de Cappelletti (1999, p. 47) existem graus de criatividade que não podem ser deturpados com uma total liberdade do intérprete da lei, pois se isto ocorre estará o Poder Judiciário ocupando o lugar do papel do Legislador numa efetiva liberdade como aplicador da lei. Nesse sentido também é a crítica feita por Ingeborg Maus (2000, p. 193):

[...] a ascensão da Justiça a última instância de consciência da sociedade é acompanhada, em alguns ramos dos tribunais, por um método de aplicação do direito que em face das representações de Montesquieu não somente as corrige em seus momentos ilusórios como as inverte detalhadamente. As

²⁴ “Programa normativo” foi a expressão usada por Friedrich Müller para se referir ao texto da norma, ou seja, à letra da lei .

leis são reconhecidas indiferenciadamente como meras previsões e premissas da atividade decisória judicial, desprezadas as suas diferentes densidades regulatórias.

Como se observa, Ingeborg Maus faz um questionamento à competência do Tribunal Constitucional alemão, pois esta não deriva mais da Constituição, mas a precede, pois o Judiciário tem a liberdade de interpretar o que o constituinte não desejou. Evidencia-se com esta postura do Judiciário uma tensão, no campo da interpretação, entre a norma e a liberdade do Judiciário em criar Direitos.

Há, pois múltiplos entendimentos a respeito da atividade de interpretação, para Carvalho Netto (1999, pp. 474-485) o Judiciário “ocupa um papel central na árdua tarefa de promover não somente a segurança jurídica, mas a crença no próprio Direito, na justiça [...] único sentimento capaz de adequadamente assegurar solidez à ordem jurídica de um Estado Democrático de Direito.” Observa-se, portanto que a interpretação deve ser fundamentada “tanto à luz do Direito vigente quanto dos fatos específicos do caso concreto em questão de modo a assegurar a um só tempo a certeza do Direito e a correção, a justiça, da decisão tomada” (CARVALHO NETTO, 1999, p. 486).

É sabido que na ampliação do quadro de sujeitos atuantes no Poder Judiciário, se observa a democratização desse meio de atuação pública, seja para implementar direitos constitucionais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que é bastante agradável aos olhos, mas materialmente não são realizados ou para discussão dos interesses do Estado Democrático de Direito.

Olhando a evolução histórica a partir de 1988 o Supremo Tribunal Federal, como guardião constitucional, tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira na tomada de decisões, conseqüentemente houve uma expansão de autoridade do Supremo pautada em função de um efetivo respeito à dignidade da pessoa humana, de um bem comum social, e de um aumento eficiente da liberdade do cidadão.

O STF, na função de tribunal constitucional, tem por obrigação julgar, por via de ação direta, a constitucionalidade de atos normativos e leis produzidas tanto no

âmbito federal, como estadual. Destaca-se no Brasil, a competência para apreciar a constitucionalidade de emendas à Constituição²⁵, essa competência lhe confere a autoridade para emitir a última palavra sobre assuntos constitucionais no nosso sistema político.

Outro evento de extrema importância na valorização e aperfeiçoamento nos processos de controle de constitucionalidade foi a possibilidade de entidade ou órgão, com profundo interesse em uma questão jurídica intervir como *Amicus curiae*, movidos por um interesse maior que o das partes litigantes. Com isso, novas vozes passaram a ecoar no Supremo Tribunal Federal, aumentando seu caráter pluralista, bem como sua voltagem política, enquanto “palco de solução de conflitos anteriormente mediados pelo corpo político” (VIEIRA, 2008, p. 448).

Partindo do pressuposto de que vivemos em um Estado Democrático e em uma sociedade pluralista, não se pode aceitar que a Constituição Federal da República de 1988 seja hermética e, portanto, alheia aos reais desejos da sociedade por ela regida. Neste sentido, Häberle (2002, p. 3) afirma que a

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” [...] e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade [...]. Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

Dessa forma, entende-se que a sobrevivência do Estado Democrático de Direito é a possibilidade de pluralização dos entendimentos acerca de questões políticas, sociais e econômicas. São os costumes que devem ser entendidos e respeitados para que se alcance a estabilização das relações jurídicas, no qual o direito precisa normatizar os conflitos em cada momento histórico.

²⁵ Quando estas ameaçarem a integridade do amplo rol de cláusulas pétreas, positivado no artigo 60, § 4º, da Constituição.

Essa interpretação realizada pelo Poder Judiciário, de certa forma permite que “a Constituição como instrumento vivo” (SMEND, 1985, p. 133) possua uma força dinâmica que se altera com o passar do tempo e de acordo com as novas realidades oriundas do povo. Sem que haja a necessidade de alteração do corpo textual, apenas do seu sentido.

Seguindo esta linha de raciocínio o texto constitucional, para sua realização deve ser interpretado, tendo em vista que a interpretação é um fenômeno histórico e datado, portanto, o sentido que se dá a Constituição varia de contexto histórico para contexto histórico, sendo assim, variante no tempo. “[...] a Constituição não pode configurar algemas das futuras gerações a decisões e definições jurídico-políticas passadas” (ROCHA, 1991, p. 55). Uma vez que a Constituição é um contínuo processo de interpretação e atualização do texto constitucional, promovida por todos aqueles que compõem a sociedade e que fazem o meio no qual estão inseridos.

Pois se assim não fosse a Constituição seria posta como um simulacro, ou seja, a forma de constituir e ordenar o sistema jurídico não pode se tornar em consenso para gerações futuras, uma vez que foi criado em um determinado momento histórico, portanto a simulação estaria no momento em que se pretende transformar o texto constitucional “em algo atemporal [...] do qual os questionamentos e problemas posteriores são solucionados pela remissão incontestada e necessária a tal estrutura” (MOREIRA, 2007, p. 93).

Daí que os novos tempos impõe uma nova postura ao Poder Judiciário, pois através de suas decisões, exercendo ativamente as funções que lhe foram atribuídas ele alarga direitos às minorias não contempladas pelo legislador. Interpretando a Constituição e a realidade constitucional, de forma que o processo de interpretação das normas constitucionais possa integrá-las à realidade social.

Por outro aspecto é exigido dos ministros que compõem a Suprema Corte, a adoção de alguns cuidados, uma vez que ao mesmo tempo em que ela representa um importante e, quiçá, indispensável instrumento (in) operante para a garantia de perpetuação da eficácia da Constituição Federal, pode acabar sendo utilizado para legitimar a realização de indesejáveis arbitrariedades.

Dessa forma, destaca-se que os limites à interpretação constitucional devem ser fielmente observados por todos os intérpretes da Constituição, inclusive, por óbvio, o Supremo Tribunal Federal, a quem o constituinte entregou o salutar papel de guardião da nossa Lei Maior, reservando, contudo, de forma expressa, a função de legislar ao Poder Legislativo.

Nesse sentido em face das profundas transformações na concepção de família, e a equiparação pelo Supremo Tribunal Federal das uniões homoafetivas às uniões heteroafetivas, torna-se necessária a discussão a respeito da autoaplicabilidade da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no que tange aos direitos fundamentais atinentes as crianças e adolescentes.

Pois bem, as uniões de pessoas do mesmo sexo, já são reconhecidas como uniões estáveis, a partir da nova leitura dada ao artigo 226 § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na qual o Supremo Tribunal Federal reconhece as uniões homoafetivas como entidades familiares. Dessa forma não se vislumbra impedimento para que a adoção em conjunto, por casais homoafetivos que vivem uma união estável seja realizada e principalmente as crianças ou adolescentes que foram adotados por somente um dos pares da relação tenham seus direitos de filiação garantidos quanto ao outro par.

Se a Corte errou ou acertou em equiparar as uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, reconhecendo-as como entidade familiar, aplicando o mesmo regime tocante à união estável entre homem e mulher, regulada no art. 1.723 do Código Civil brasileiro de 2002 não é a intenção desta pesquisa.

E sim, a discussão da possibilidade da adoção em conjunto de crianças e adolescentes por casais homoafetivos. Pois, o que se observa é a adoção monoparental, aquela realizada por somente um dos conviventes do casal homoafetivo. A criança adotada nesta situação recebe no elemento filiação, somente o nome de um dos pais. Desta forma o direito igualitário de todos os filhos, não importando sua origem, se biológica ou não, previsto no artigo 227 § 6º da

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não são devidamente observados.

É evidente que há vários defensores da família heteroafetiva ou poderíamos dizer heteronormativa? Que veem a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos como uma ameaça a sociedade e até mesmo a própria espécie humana. Por outro lado há vários estudos e pesquisas²⁶ que identificam que crianças e adolescentes adotadas por pessoas do mesmo sexo, em uma relação homoafetiva, não apresentam qualquer diferença daquelas que vivem em lares heteroafetivos.

3.4 FILIAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E OS EFEITOS NEGATIVOS PARA A CRIANÇA OU ADOLESCENTE NA ADOÇÃO MONOPARENTAL

Após período da ditadura militar e da transição democrática a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 proclamou vários princípios constitucionais no seu texto, dentre os quais destacamos os da igualdade, da proibição de discriminação entre a filiação, da proteção integral e absoluta dos interesses dos filhos e da dignidade da pessoa humana. Este último erigido como fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito, dá suporte a igualdade entre as filiações: não importa qual seja a fonte da filiação, seja ela decorrente da fecundação natural, da técnica de reprodução assistida homóloga²⁷ ou

²⁶Diversas pesquisas comprovaram que a criação de um menor por um casal homoafetivo não lhe causa nenhum prejuízo oriundo da orientação sexual do casal que o cria. Nesse sentido cabe citar o estudo *The Lack of Differences Between Gay/Lesbian and Heterosexual Parents: A Review of the Literature*, de Kelvin F. McNeill. Em tradução livre: “A Ausência de Diferenças entre Pais Gays/Lésbicas e Heterossexuais: Uma Retrospectiva da Literatura”. Disponível em: <http://www.ibiblio.org/gaylaw/issue6/Mcneill.htm>. Acesso em: 17 mar. 2012.

²⁷ Homóloga é a técnica de reprodução assistida em que se utiliza o sêmen do marido ou companheiro; óvulo da mulher ou companheira.

heteróloga²⁸, bem como em virtude da *adoção* ou de uma *relação socioafetiva* resultante da posse do estado de filho.

A filiação, portanto é o vínculo estabelecido entre pais e filhos independentemente da forma, se biológica, por técnica de reprodução assistida, adoção ou relação socioafetiva. Quanto à filiação formal, ficção jurídica de mera presunção, “foi banida do ordenamento jurídico brasileiro pela unidade da filiação e da certeza científica da paternidade e da maternidade, com a produção de exame de DNA” (WELTER, 2004, p. 78).

Com a extinção desse instituto restaram no ordenamento jurídico brasileiro as filiações genéticas e afetivas, “em vista dos princípios da igualdade, da proibição de discriminação, da convivência em família e da afetividade, direitos fundamentais de cidadania e de dignidade da pessoa humana” (WELTER, 2004, p. 78).

Como atribui-se os mesmos direitos de paternidade e maternidade às duas espécies de filiação, e a filiação sócio-afetiva tem por base o elemento convivencial, que se constrói cotidianamente pelo vínculo amoroso, não há que se estabelecer delongas infundáveis pelas vias burocráticas para comprovar sua existência. A posse do estado do filho é elemento que se constrói pelas vias do afeto, da longa convivência no lar.

Logo, a habilitação conjunta para a adoção homoafetiva resta incompleta quando se restringe à consciência literal da lei submetida às apreciações lineares dos operadores do Direito. Se não há dúvida que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 igualou os direitos de todos os filhos, estabelecendo no § 6º do artigo 227 que “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”, não há motivo para tratamento não isonômico de infantes.

²⁸ Heteróloga é a técnica de reprodução assistida, na qual se utiliza do sêmen de outro homem, contudo com o consentimento do esposo ou companheiro; ou o óvulo de outra mulher, com a anuência da esposa ou companheira.

Nas Palavras de Dias (2009, p. 217) comprova-se através de estudos as dificuldades de reconhecimento do Direito desses infantes, quase sempre minorias empobrecidas. Junto a essas minorias, estão os casais homoafetivos, ávidos por formar laços familiares, e sem vigor ou coragem de se habilitar para a adoção conjunta, dado o preconceito que circunda o tema.

Com os casos analisados neste trabalho, e a jurisprudência, percebeu-se que atualmente o quadro não apresentou mudanças. Os pretendentes à adoção no Brasil se utilizam de uma estratégia peculiar: um companheiro se habilita individualmente para o processo de adoção, e após o deferimento da ação o outro companheiro (a) *a posteriori* também ingressa na justiça pleiteando o direito de adotar a mesma criança ou adolescente.

Quando se está diante de uma decisão positiva do magistrado para a adoção conjunta por casais homoafetivos é lavrada uma certidão de nascimento contendo os nomes dos dois adotantes (pais ou mães). Ocorre que, na maioria dos casos em que há o deferimento da adoção conjunta, o Ministério Público interpõe recurso contrário a adoção conjunta, com o argumento que trata-se de adoção por casais homoafetivos, e que tal instituto será prejudicial à criança. Percebe-se que estes conflitos quase sempre são resolvidos nas esferas superiores, este procedimento instrumental preconceituoso que leva os casais homoafetivos a adotarem de forma monoparental.

Tem-se nesta seara, uma adoção por via oblíqua, pois na maioria dos casos o companheiro já integra o núcleo de convivência da criança, desenvolvendo uma relação com ela, sem ser seu pai/mãe formalmente. Este companheiro influencia decisivamente na educação, criação e amparo psicológico da criança. Reitere-se portanto, que esses pais sócio-afetivos já exercem um marcante papel de fato que não é reconhecido pelos operadores do direito.

Não é novidade a criatividade do povo brasileiro face às adversidades e lacunas jurídicas. Como a jurisprudência é favorável à adoção por solteiros homossexuais, percebeu-se que muitos se habilitam para o processo de adoção, como se solteiros fossem. Para complementar esse ciclo após o deferimento do pedido, voltam a

conviver com seus(as) companheiros(as), formando uma família homoafetiva com prole.

Esta forma de contornar o sistema jurídico, demonstrativa da não resignação à restrição da adoção pelos pares, que a princípio parece solucionar o problema da criança que é adotada, bem como do casal que assume a criação em parceria, tem na prática consequências jurídicas que precisam ser sanadas. Deveras no campo da filiação vários direitos são negados às pessoas em desenvolvimento que vivem essa realidade.

Deste modo, todos os vínculos que tem afeto como base são merecedores da proteção do Estado, principalmente o adotado que compõe este núcleo familiar. Assim é necessário discutir acerca do fato da criança adotada ter seus direitos de filiação ceifados, quanto ao outro par que compõe este núcleo familiar.

Proibir a possibilidade do reconhecimento da realidade destes núcleos familiares devido à discriminação e preconceitos existentes na sociedade, é discrepância. A criança já convive com os dois companheiros - embora tendo direito de filiação somente com o par que adotou judicialmente - isso caracteriza prejuízo ao filho adotivo e socioafetivo. Esse prejuízo alcança o companheiro que ficou à margem do processo de adoção. Portanto presentes todos os requisitos para o reconhecimento de uma filiação socioafetiva, negar sua existência é deixar que a realidade seja encoberta pela escuridão do preconceito.

Daí ser fácil vislumbrar que a adoção realizada de forma individual, traz grandes prejuízos à criança que está desprotegida quanto aos seus direitos inerentes de filiação e quanto ao outro que não adotou legalmente. Isto posto é necessário que o Poder Judiciário ou Legislativo encontrem uma forma de concretização dos direitos das partes envolvidas, não permitindo que os efeitos perniciosos e a carga de preconceito advindos da adoção monoparental acabe por restringir ao adotado o direito de igualdade de filiação perante as demais adoções .

Desta forma Wolkmer (1987, p. 23) enuncia que hodiernamente a “[...] aplicação instrumental de um novo paradigma de interpretação [...] poderá produzir e determinar a formação efetiva de uma ordem político-jurídica alternativa em sociedades periféricas como a do Brasil” e ainda faz uma análise em que a hermenêutica aplicada ao direito deve ser

[...] uma hermenêutica crítica que possibilite a desmistificação do saber ideológico tradicional e do saber jurídico dogmático. Todo esse processo, objetivando uma teoria crítica do Direito, implica o exame interpretativo dos pressupostos ideológicos do “jurídico”, onde, de um lado, o repensar epistêmico questione os postulados da ciência e da filosofia jurídica tradicionais e, de outro, a consciência crítica decifre o “ideológico oculto” na aparência projetada do real jurídico.

Avulta-se, portanto as questões ética e moral do hermeneuta ao aplicar o direito, eis a razão pela qual o Poder Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica, pois a adoção conjunta melhora e muito a situação do adotado. Desta forma prevalecendo o princípio da proteção integral, a criança e o adolescente devem encontrar no Poder Público o apoio necessário para que seus interesses sejam atendidos.

Para a apresentação dos efeitos negativos na adoção monoparental será utilizada o método tipológico de Dias (2009, p.217) que divide o tema, de acordo com os prejuízos advindos da adoção monoparental. Por organização didática, os temas mais relevantes serão tratados individualmente. Todavia, se tem consciência de que os prejuízos suportados pelas partes (adotado, adotante e companheiro), muitas vezes são vivenciados em conjunto, em uma torrente de exclusão e dor que vem adstrito, unido, sob forma de desumano fardo.

3.3.1 Dos efeitos negativos de ordem pessoal

Na adoção os efeitos de ordem pessoal resumem-se principalmente, no parentesco, no poder familiar e no nome. Gonçalves (2005, p. 347) ressalta que a adoção gera um “[...] parentesco entre adotado e adotante, chamado de civil, mas em tudo equiparado ao consanguíneo, integrando o filho adotivo na família do adotante”, ou

seja, o vínculo entre adotante e adotado alcança os descendentes deste e abrange a família do adotante, rompendo automaticamente o vínculo de parentesco com a família de origem, salvo os impedimentos matrimoniais.

Como observa Gonçalves (2005, p. 348) na adoção há a transferência definitiva e de pleno direito do poder familiar para o adotante “[...] o filho adotivo sujeita-se ao poder familiar do adotante”. Portanto ao adotante são transferidos todos os direitos e deveres dos pais biológicos. Com relação ao nome Gonçalves (2005, p. 349) aduz que “[...] o nome do adotante é conferido ao adotado, tratando-se de direito próprio da mesma forma que os filhos consanguíneos, podendo a pedido alterar até mesmo o prenome”, portanto há uma liberdade razoável disposta no Estatuto da Criança e do Adolescente em relação a modificação do nome do adotado.

Percebe-se portanto, que a adoção monoparental realizada por casais homoafetivos acarreta ao adotado a negação de todos os efeitos de ordem pessoal, em relação ao convivente que não adotou. Isto posto, a privação ao nome do pai ou mãe socioafetivo na relação homoafetiva, se apresenta como negação de vários direitos decorrentes do vínculo jurídico.

Negação que significa exclusão de determinadas relações de família que avulta-se como um desrespeito aos direitos humanos e por que não dizer à dignidade humana. Pois o artigo 16 do Código Civil de 2002 é claro ao afirmar que toda pessoa natural tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Trata-se portanto, de direito à identidade pessoal e familiar, que é assegurado desde a concepção.

Nas palavras de Pereira (2012, p.120) “[...] o direito de família estará de acordo e em consonância com a dignidade e com os Direitos Humanos a partir do momento em que essas relações interprivadas não estiverem mais à margem, fora do laço social”. O direito ao nome entende-se como direito personalíssimo assentado na dignidade da pessoa humana.

A história de indignidade no Direito de Família nos reporta ao Código Civil de 1916, no qual expressamente havia a proibição de registrar o nome do pai nos filhos

bastardos e incestuosos. A compreensão dessa ignomínia no ordenamento jurídico que nos leva a discutir o porquê do não reconhecimento dos filhos advindos de uma adoção monoparental por pares homoafetivos, pois esses casos pressupõem uma exclusão da criança ou adolescente dentro de sua própria família.

Portanto acrescenta-se ao prejuízo de ordem pessoal, também as privações de ordem material e emocional, tendo em vista que ao adotado que poderia ter seus direitos de filiação reconhecidos de forma mútua e solidária, terá apenas em relação ao que adotou juridicamente. Uma vez que está sendo imposta à criança e ao adolescente adotado individualmente, o mesmo tratamento de exclusão que antes estava positivado no Código Civil de 1916, é possível afirmar a exumação de um cadáver jurídico que jazia: o abominável instituto da bastardia.

Tratar crianças dessa forma é exercitar a invisibilidade de sua cidadania, é coisificar o sujeito de direitos. Nessa perspectiva a criança ou adolescente estará desamparada quando ao companheiro do pai ou mãe adotiva, pois não terá direito ao nome daquele que ela reconhece como pai ou mãe socioafetivo, tanto quanto ao que adotou judicialmente.

Portanto a criança ou adolescente que faz parte desta unidade familiar têm direito ao nome, não somente ao próprio, mas também à identidade de sua origem familiar adotiva. Para Dias (2010, p. 125) “[...] o nome é um dos direitos mais essenciais da personalidade. Reconhecido como bem jurídico [...] assim o nome dispõe de um valor que se insere no conceito de dignidade da pessoa humana” disposto no artigo 1º inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil.

E corrobora com este entendimento o autor Pereira (2012, 121) ao dizer que “[...] é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família”. Portanto o nome dos pais e dos ancestrais reconhecidos pela criança ou adolescente, comprova que ela está inserida em uma família. Para Dias (2010, p. 125) “[...] o patronímico pertence à entidade familiar e identifica os vínculos de parentesco”. E de forma consistente Dias (2009, p. 227) afirma que não se pode admitir tratamento diferenciado às diversas formas de filiação pois,

[...] é certo e incontroverso que a ciência jurídica não pode desconhecer e descuidar dos valores da contemporaneidade. Não é possível esquecer [...] a proteção privilegiada da pessoa humana, de modo a garantir o império dos valores tutelados em sede constitucional, impedindo, via de consequência, o perecimento do direito à identidade pessoal e ancestralidade.

E certo que da admissão do direito à identidade pessoal do adotado na relação homoafetiva, vários direitos se formam a partir do reconhecimento do vínculo afetivo construído pela família homoafetiva, inclusive criando uma rede de responsabilidades para com seus ascendentes, na hipótese se o adotante não tiver condições de prover o sustento do filho adotado.

Portanto com as mudanças no instituto familiar nos últimos tempos, cabe aos operadores do direito, enquanto o Poder Legislativo não se manifesta, a incumbência de priorizar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Uma vez que o reconhecimento de dois pais ou duas mães na certidão de nascimento da criança ou adolescente a beneficiará de todas as outras vantagens decorrentes do direito de filiação.

Para Dias (2010, p. 127) como a jurisprudência já admite a adoção por parceiros homoafetivos, há de se reconhecer a dupla paternidade ou maternidade para que o registro seja levado a efeito “[...] sem referência a pai ou mãe, consignando-se simplesmente o nome dos genitores e dos avós” e ainda, acrescenta “[...] a partir do momento que um relacionamento passa a gerar sequelas patrimoniais, com reflexos sobre terceiros, torna-se imperiosa sua perfeita identificação, até para emprestar segurança jurídica às relações”.

No mesmo entendimento de Dias (2009), Zambrano (2007, p.150) confirma que quando o adotado ao invés de ter vínculo em relação a duas pessoas, terá apenas em relação ao adotante ele será “impedido de pertencer às duas linhagens familiares das quais fazem parte, desde quando a parentalidade foi planejada ou vivenciada em conjunto”.

Permitir que exclusivamente o pai ou mãe (biológico ou adotante) tenha um vínculo jurídico com o filho é olvidar tudo que a doutrina vem sustentando e a Justiça vem

construindo: a tutela jurídica dos vínculos afetivos, pois não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, pai e mãe.

No que concerne a guarda, cabe esclarecer que é um dos deveres inerentes ao *pater familiae*, conforme artigo 1.634 do Código Civil de 2002. Este instituto serve primeiramente para atender aos interesses e à proteção da criança e do adolescente, secundariamente impõe ao detentor da guarda o dever de prestar assistência material, moral e educacional, possibilitando ao menor dupla proteção: do pai e da mãe. Jamais se pode pretender uma criança que vive no lar de dois pais, a proteção somente de um: a monoparentalidade.

Registre-se que a denominação guarda no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente são distintas, apesar de ambos atenderem ao princípio da proteção integral do menor. Naquele a criança ou adolescente fica na posse de dois genitores, no caso da guarda compartilhada ou de apenas um deles na guarda exclusiva reservando ao outro o direito de visitas e fiscalização. Já no Estatuto da Criança e do Adolescente a guarda é no sentido de substituição aos pais que por qualquer motivo colocaram a criança ou adolescente em estado de risco.

Então face a esta explanação o que interessa neste estudo é a guarda positivada no Código Civil de 2002, pois aqui discute-se a guarda da criança ou adolescente pelos pais que detêm o poder familiar. No caso da adoção monoparental por casais homoafetivos, apresenta-se mais uma negação de direitos para a criança ou adolescente, principalmente quando os dois conviventes tem uma relação financeira dessemelhante: um com maior poder aquisitivo que o outro. Em situações de família heteroafetiva, gera-se um patrimônio comum, e atualmente predominando a guarda compartilhada em que os filhos gozam do benefício deste conjunto de bens e haveres patrimoniais e afetivos.

No caso de adoção monoparental, como não há reconhecimento deste patrimônio em conjunto, a criança poderá também ficar privada se aquele que adotou não for o mais abastado financeiramente. A exclusão financeira vem acompanhada da exclusão da guarda, além de poder ser privado das visitas e fiscalização desta

pessoa que o adotado reconhece como seu genitor e que exerce somente de fato o poder familiar.

Para Dias (2009, p. 217) cabe invocar, ao menos, “[...] o surgimento de uma filiação socioafetiva, que acabou se sobrepondo à realidade biológica”, portanto, basta comprovar se a criança goza da identificação da posse do estado de filho. Entende-se como posse do estado de filho o tríduo: relação, afeto e reconhecimento perante terceiros. Relação é quando se verifica um liame paterno-filial ou materno-filial, ou ambos; essa ligação é estruturada pelo afeto, duradouro e público, o que significa assumir e declarar a filiação perante terceiro. Esse tríduo se traduz pela demonstração diuturna e contínua da convivência harmoniosa dentro da comunidade familiar.

Torna-se portanto, imperioso reconhecer o direito da criança ou adolescente ter o nome do convivente que a adotou e do companheiro que convive da mesma forma como se pai ou mãe fosse. Portanto passa-se agora a discorrer sobre os efeitos negativos patrimoniais, uma vez que na adoção monoparental por casais homoafetivos a criança ou adolescente encontra-se desamparada quanto àquele que não participou do processo formal de adoção. Portanto privada da participação em seus bens.

3.3.2 Os efeitos negativos de ordem patrimonial

Considera-se neste estudo os direitos recíprocos sucessórios e de alimentos entre adotante e adotado como os principais efeitos patrimoniais na adoção. Nesse sentido passa-se a discorrer sobre o direito de sucessão e ato contínuo o da obrigação de prestação de pensão alimentícia.

Conforme artigo 1.786 do código Civil de 2002 o direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que trata da transferência do patrimônio do *de cuius*, ao herdeiro, por atributo da lei ou de testamento. Em verdade como bem destaca Diniz

(2003, p. 3) o direito sucessório “[...] consiste, portanto, no complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão de bens e valores e dívidas do falecido, ou seja, a transmissão do ativo e do passivo do *de cuius* ao herdeiro”. Portanto sucessão, significa o ato pelo qual alguém em decorrência de sua morte, transmite o seu patrimônio (o ativo e passivo) para seus sucessores.

Dentro deste estudo a reciprocidade da sucessão seria um efeito negativo no direito de filiação para o adotado na relação homoafetiva – não alcançando também o pai socioafetivo -, pois não caberia a ele suceder aquele que não participou do processo de habilitação e adoção. Registre-se que na realidade fática o companheiro do adotante assume todas as responsabilidades para com o adotado, mas juridicamente ele é um estranho na relação.

Atualmente a visibilidade das uniões homoafetivas é maior, portanto existindo a família homoafetiva preponderantemente mantida por elos afetivos, em detrimento de motivações econômicas, que assumiram uma posição secundária “[...] torna impositivo o estabelecimento do vínculo jurídico paterno-filial com ambos os genitores, ainda que sejam dois pais ou duas mães. Vetar a possibilidade de juridicizar a realidade só traz prejuízos ao filho”. (DIAS, 2004, p.395).

Para a autora supracitada proibir o reconhecimento jurídico do envolvimento do parceiro do adotante que participa da criação, do desenvolvimento e educação, muitas vezes assumindo até o dever de sustento do filho, traz dano à própria criança adotada, que não poderá cobrar qualquer responsabilidade e direito a quem somente de fato exercia o poder familiar.

Ao filho adotado são reconhecidos todos os direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à de filiação, consoante § 6º do artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Registre-se portanto, que ao adotado em uma adoção monoparental por casais homoafetivos, restará o direito sucessório, somente do adotante que participou do processo da adoção judicial. Isto posto, na qualidade de descendente de somente um dos pares da relação homoafetiva, só lhe caberá o direito de herança em relação ao adotante.

Portanto caso venha a falecer o pai ou mãe socioafetivo o adotado estará completamente desamparado, não existindo direitos a reclamar, pois entre o adotado e o companheiro do pai ou mãe adotivo não há qualquer vínculo jurídico. Pensando sobre a integral proteção do filho adotado que Fachin (1997, p. 85) afirma que “[...] os vínculos de filiação não podem ser buscados na realidade biológica, e a definição da paternidade está condicionada à identificação da posse do estado de filho”. Esclarecendo o alcance desta afirmativa convém reiterar que a posse de estado de filho se apresenta pelo comportamento das pessoas envolvidas, que assumem e exercem as funções de pai ou de mãe na educação e proteção das pessoas em desenvolvimento, como se seus filhos biológicos fossem.

Hoje sem dúvida o escopo principal da família passou a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, sendo o núcleo familiar regido pelo afeto. Desta forma a família “[...] tem que ser compreendida a partir de um novo tecido normativo, permeada por valores éticos e afinados com a realidade que lhe incumbe regular”. (FARIAS, 2011, p. 321).

Diante da afetividade, outra responsabilidade incumbe à família: o dever de alimentos - tanto ao menor pelo pai, quanto ao idoso pelo filho adulto. Dessa forma os alimentos, dentro de uma lógica constitucional, devem proporcionar uma vida de acordo com a dignidade de quem os recebe, ou seja, o alimentando.

O dever alimentar é uma das obrigações fundamentais dos pais em relação aos filhos, independente do destino de suas relações futuras, é a obrigação de sustento, prevista no artigo 1.566, IV do Código Civil de 2002. Para os companheiros na união estável homoafetiva a obrigação de sustento do adotado individualmente se materializa no dever do dia a dia de sustentar conjuntamente as necessidades da criança ou adolescente. Em caso de separação caberá ao companheiro adotante o encargo legal de sustento do adotado.

Portanto avulta-se mais um efeito negativo na adoção monoparental por pessoas do mesmo sexo, que participam da vida em comum da criança em que ambos resolveram dividir as responsabilidades desta adoção. Ocorre que em caso de separação deste casal, o filho adotivo estará completamente desamparado em

relação aquele que não adotou formalmente, se este negar-lhe a obrigação alimentar, pois ressalta-se que esta existe juridicamente entre pais e filhos, transmitindo-se aos avós na impossibilidade da obrigação pelo pai ou mãe adotiva.

Dessa forma o impedimento da habilitação conjunta por casais homoafetivos se revela mais uma vez pernicioso para a criança, pois esta sofrerá as mazelas que poderá vir a ocorrer devido a separação de seus pais, tendo em vista que o Poder Judiciário reconhece como responsável somente o adotante. É necessário portanto, uma ação judicial para comprovar o estado de posse de filho, neste caso entende-se que a filiação deve ser reconhecida entre ambos os parceiros, sendo reciprocamente dividido direitos e deveres.

Como bem observa Pereira (2012, p. 149)

[...] deve-se preservar, ao máximo, aqueles que se encontram em situação de fragilidade. A criança e o adolescente encontram-se nesta posição por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade. Assim têm posição privilegiada na família, de modo que o Direito viu-se compelido a criar formas viabilizadoras deste intento [...] nada melhor, para dar garantia jurídica a tais mudanças, do que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, veiculador da Doutrina da Proteção Integral, que contém em seu bojo o princípio da paternidade responsável.

Dentro desta construção lógica, admitindo que o princípio do melhor interesse da criança deve prevalecer sobre quaisquer outros interesses, o reconhecimento dessas unidades familiares que fazem parte da realidade concreta, resultaria em uma perspectiva de vida melhor para o filho menor que, não somente precisa sobreviver, mas acima de tudo deve ter vida digna.

Por viver com dignidade, não pode ser prejudicado na educação, lazer, muito menos em alimentos, que lhes era proporcionado antes da separação dos seus pais. Portanto não se pode excluir da efetiva tutela jurídica a criança adotada pelo casal de forma monoparental, quando aquele que não adotou não assume sua responsabilidade solidária de prestar alimentos ao seu filho.

3.3.3 Da negação dos benefícios de ordem legal

A adoção proporciona, além dos efeitos pessoais e patrimoniais, entre o adotante e o adotado, os benefícios legais tais como: previdência, salário-maternidade e licença-maternidade, dentre outros. A pensão por morte está prevista nos artigos 74 a 79 da Lei nº 8.213/91 e regulamentada nos artigos 105 a 116 do Decreto nº 3.048/99, além de ter fundamento constitucional no art. 201, V, que assegura, em seu § 2º, valor não inferior a um salário mínimo.

Vislumbra-se portanto, outros efeitos negativos para a criança adotada de forma individual na relação homoafetiva, pois não terá direito a pensão por morte, caso venha a falecer o companheiro do adotante. Temos também como benefício previdenciário o salário família que é pago mensalmente, na proporção do número de filhos, ao segurado empregado. Portanto fará jus a este benefício somente o adotante; se este for desempregado seu companheiro que não adotou, mas que é tão pai ou mãe quanto ao adotante, não terá direito ao benefício. Fator financeiro que refletirá no desenvolvimento da criança adotada.

Também a adoção monoparental de filhos por casais do mesmo sexo pode gerar alguns impasses, uma vez que se for um casal de mulheres elas podem optar qual delas terá o benefício da licença-maternidade. Agora se forem dois pais o prazo máximo seria o de cinco dias de licença-paternidade o que causaria para a criança um prejuízo emocional, pois não teria a presença de um dos pais nos primeiros meses de vida.

É preciso que os dispositivos que garantem a licença maternidade e a licença paternidade sejam interpretados juntamente com os artigos 226 e 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, que estabelecem que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” e que a responsabilidade pela vida da criança, do adolescente e do jovem é “da família, da sociedade e do Estado”.

Nessa perspectiva entende-se que o direito constitucional à licença-maternidade, tem como finalidade a proteção da criança, portanto foi de enorme significado a

concessão pelo INSS, de licença paternidade a um pai que, juntamente com seu parceiro adotaram uma criança recém nascida.²⁹ Infelizmente o pedido foi efetuado quando o adotado tinha apenas quinze dias de nascido e somente após dois anos foi deferido o pedido da licença paternidade. O ideal de fato seria o reconhecimento dos direitos da adoção conjunta para que ambos sejam responsáveis pela criança.

Ressalta-se ainda, que o pai ou mãe que não adotou a criança ou adolescente encontrará problemas em inscrevê-lo, por exemplo, no plano de saúde oferecido pelo empregador, bem como perceber os benefícios como auxílio-escola, salário família e outros.

Assim a estratégia peculiar, dantes aludida, a forma encontrada para contornar a resistência da adoção em conjunto traz prejuízos de várias matizes para o adotado. Esses danos serão suportados também pelas crianças, devido à negação do estado de filiação socioafetiva que lhes é imposta. Por essa razão em caso de separação dos parceiros, ou se ocorrer morte do que não adotou juridicamente, não poderá o filho pleitear direitos daquele que também reconhece como verdadeiramente sendo seu pai ou sua mãe. Reitera-se ainda, que falecendo o adotante, ao adotado resta a orfandade, pois não há qualquer vínculo jurídico com o pai ou mãe socioafetiva que não participou do processo formal de adoção.

O tratamento diferenciado prestado a essa criança, em caso de separação ou morte do par que não possui vínculo jurídico com o adotado precisa ser analisado, pois somente ocorre, pela razão de que o casal temendo o indeferimento da inscrição conjunta no cadastro de adotantes opta pela alternativa mais convencional: somente um deles se habilita para a adoção e esta sendo deferida, a criança adotada terá convivência com os pares, constituindo desta forma uma família homoafetiva e não monoparental.

Negar o vínculo jurídico nessas hipóteses é olvidar tudo o que a doutrina e o Poder Judiciário vêm construindo de maneira paulatina, mas já percebe-se a tutela jurídica para os vínculos advindos do afeto. Negar essa realidade, não reconhecendo direitos das minorias apresenta-se uma triste sequela, neste caso os filhos adotados

²⁹ Artigo disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-31/maria-berenice-dias-hora-instituir-licenca-natalidade#autores>. Acesso em: 05 de set. 2012.

por somente um dos conviventes na relação homoafetiva são obrigados a viver a crueza da racionalidade estatal. O Estado que deveria dar proteção familiar, é inerte perante o problema, ficando o adotado sem qualquer proteção jurídica quanto ao outro que não possui vínculo, mas reitera-se que é tão pai ou mãe quanto o adotante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de adequação do direito às novas realidades é indiscutível na contemporaneidade. Esse movimento político-jurídico concretizou o entendimento de que as normas jurídicas não bastam em si mesmas. Elas requerem, para se tornarem úteis à realidade circundante, a atividade interpretativa do profissional do direito. Assim, os direitos fundamentais com a idéia do rizoma, acompanham esses novos direitos, estabelecendo com eles uma mediação.

Importante ressaltar, que quando se afirma que a norma somente adquire utilidade à realidade circundante quando interpretada, quer-se dizer, com isso, que uma norma jurídica não consegue acompanhar e modificar-se na mesma velocidade as modificações sociais. Em não havendo a atividade interpretativa do hermenauta, essas mesmas normas tornam-se obsoletas, logo perdem sua essência, qual seja: a de intervir na realidade modificando-a, melhorando-a. Foi o que aconteceu com o Direito de Família. Daí a ideia de capilaridade do rizoma que deve acompanhar os direitos fundamentais ajudando o intérprete na aplicação das normas de Direito de Família, nessa modernidade circundante.

Nessa perspectiva, é possível afirmar que o discurso jurídico possui duas facetas importantes, a saber: a primeira que se traduz na esperança de modificação de uma realidade; a segunda que se caracteriza no fato dessa mesma norma poder revestir-se em uma mera manipulação ideológica. Essa se manifesta quando o discurso jurídico fica adstrito àqueles que conhecem a norma, seus procedimentos, seu conteúdo e sua forma. Ficam enclausuradas, portanto, nas mãos daqueles que detêm o poder e, também, a prerrogativa de aplicá-las. Essa ideia se coaduna com o paradigma arborescente, e é contrário à descrição rizomática.

Importante observar, a relação que há entre os poderes, direito enquanto ciência, e o direito enquanto normas de conduta. Estas regulam relações mutáveis e suscetíveis aos influxos sociais, logo requerem o entendimento de que a ciência

jurídica, pautada na ideia, de que o direito é um conjunto de normas jurídicas, é composta também por valores.

Nessa perspectiva, foi possível concluir, com este trabalho que:

1. A evolução da família está sempre em transformação e a mesma se despatrimonializou, a base da família não mais se prende naquele modelo patriarcal, onde se tinha como elemento constitutivo a procriação. Hodiernamente o elemento constitutivo transmuta-se no afeto.

2. O fenômeno jurídico, na era pós-positivista, exige do hermeneuta uma tarefa interpretativa, uma vez que o sistema jurídico é aberto e mutável, é elemento fractal, rizomático. É essa atividade do hermeneuta que permite que o direito não se torne obsoleto, vertical, arborescente. Para compreender o direito de adoção aos casais homoafetivos, é necessário ter um olhar aberto, uma vez que esse direito não é unívoco. Ao revés disso, se mostra particular a cada indivíduo, a cada sociedade. Ele é formado por peculiaridades culturais e históricas e como tais integram o sujeito na essência. Assim, a simples tentativa de não enxergar essas dimensões do direito se caracterizam como uma violação ao próprio direito e, também, à dignidade das pessoas.

3. O direito humano fundamental à convivência familiar deve ser implementado pelo Estado e Sociedade, sendo a adoção um dos caminhos para solucionar grande parte do problema que aflige as crianças institucionalizadas. Percebe-se a necessidade da sociedade brasileira olhar para a ferida aberta no seio social, que é a mutilação afetiva de inúmeras crianças albergadas e à espera da família substituta.

Nesse sentido, tornam-se obrigatórias ações, políticas públicas que visem a sua plena efetividade. Ainda na perspectiva de entender esse direito como parte integrante do princípio do melhor interesse da criança ou adolescente, afirma-se que ele não se submete aos argumentos preconceituosos de uma maioria. Dessa forma, não é dada a prerrogativa aos Poderes Públicos para indeferir a adoção conjunta

para os casais homoafetivos sob o argumento de que não traria benefícios para a criança ou adolescente.

4. O problema da efetividade dos direitos da criança e do adolescente a ter uma família substituta, quando a biológica não existe ou perdeu o pátrio poder, pode estar na própria manipulação do discurso jurídico. Isso significa que, primeiramente, é preciso entender que o discurso jurídico não se efetiva por si só. É preciso interpretar as normas jurídicas. Além disso, faz-se necessário compreender que o social se transforma e exigem dos Poderes Públicos atitudes pró-ativas. Isso é o primeiro passo para efetivar um direito, tal qual a adoção conjunta por casais homoafetivos.

5. É preciso também aclarar para a sociedade civil, e para operadores do direito, acerca dos direitos da criança inerentes à filiação, para com o companheiro (a) que não adotou, no caso da adoção monoparental. Nesta hipótese, supondo que o companheiro se separe daquele que adotou, a princípio não deveria alimentos, nem teria direitos à guarda ou visita, por não ter vínculos de parentesco com a criança. Haveria um trabalho hercúleo para se comprovar o relacionamento dos companheiros, a formação do vínculo afetivo entre a criança e aquele que não adotou juridicamente, além de enfrentar os posicionamentos jurídicos daqueles que entendem não haver qualquer direito de filiação nestas hipóteses.

6 - Igual destino teria o adotado apenas por um dos conviventes na relação homoafetiva, em que o adotante venha a falecer, também neste caso o princípio do melhor interesse da criança deve estar acima de qualquer outro, sendo reconhecido pelo Judiciário a paternidade ou maternidade socioafetiva, para que a criança tenha seus direitos de filiação reconhecidos, novamente haverá um trabalho hercúleo para a comprovação da posse do estado de filho.

7. É necessário que os Poderes Públicos percebam que para efetivar os direitos de filiação advindos de filhos que convivem num lar homoafetivo, onde ocorreu a adoção monoparental é essencial que ações sejam multidisciplinares, transversais, isto é, não estejam restritas apenas a ciência do direito, mas que dialogue também

com outras ciências como a sociologia e a psicologia. Reconhecendo a primazia do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

8. Cabe invocar, ao menos, o surgimento de uma filiação socioafetiva, instituto que modernamente é reconhecido como gerador de vínculo parental, tendo prioridade sobre a realidade biológica. Ainda que seja concedida a adoção a somente um dos pares que compõe a relação homoafetiva, criam-se laços afetivos entre o filho e o companheiro (a) do adotante, havendo a necessidade de se tutelar juridicamente também esse vínculo, pois assim estará atendendo ao melhor interesse da criança já inserida nessa modalidade de família.

9. Nessa perspectiva, foi possível verificar que o sistema judiciário deve outorgar aos homoafetivos, com base no dever de tratamento isonômico, todos os direitos já conferidos aos heteroafetivos. Daí entendeu-se que deve ser assegurada aos casais homoafetivos a autonomia de exercitarem a paternidade ou maternidade como direito subjetivo conferido a toda e qualquer pessoa independente da orientação sexual.

10. É importante, também, que o judiciário se veja como uma esfera que é responsável pela realização dos direitos. Isso significa, sobretudo, atuar em causa antes restrita aos outros poderes. Em sendo assim, se obriga a impor que os outros poderes adotem ações que visem a promoção, a realização e a proteção integral da criança e do adolescente. Dessa forma, atitudes mais pró-ativas, no sentido de entender que o judiciário não é um mero aplicador da lei, se constitui, também, como um direito. Assim como, entender que a efetivação das normas também caracteriza-se como um direito. Esse conhecimento implica no entendimento de que as normas devem sair do papel, isto é, devem, acima de tudo, modificar e modificar-se com os contornos sociais.

11. Pelo que se pode analisar do nosso ordenamento jurídico quanto à omissão para deferimento da adoção por casais homoafetivos, percebe-se que existe uma aparente lacuna na lei, que podemos saná-la ao fazermos uma leitura da interpretação do artigo 1723 do Código Civil Brasileiro, conforme a Constituição da República Federativa do Brasil, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, que ao

interpretar o caput do artigo 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou homoafetivos.

12. Nesse contexto, defendeu-se a possibilidade de o direito se prestar como um mecanismo social eficiente para a solução dos casos concretos, e conseqüentemente abrandar o preconceito que ainda recai sobre a temática da homoafetividade. Nesse estudo se destacou que o primordial é o desenvolvimento saudável da criança e seu bem estar, dando a mesma a possibilidade de ter seu direito constitucional de ter uma família respeitado, não a privando deste direito por motivos preconceituosos, que servem apenas para discriminar e obstruir o reconhecimento legal de situações concretas.

13. A partir da análise dos julgados investigados, pode-se aferir que a jurisprudência é um mecanismo jurídico eficiente quando informada pelos valores constitucionais, para construir e reconstruir o direito, viabilizando a adequação do sistema legal positivado, aos anseios de uma sociedade como a atual, que é composta por novas, plurais e complexas demandas, uma vez que a pessoa humana busca subjetivamente o reconhecimento legal das necessidades para sua plena realização como pessoa.

14. Ter dignidade é um direito de todos e uma obrigação do Estado. Nesse sentido, cabe a esse aproximar a legalidade da legitimidade. Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito possui essas duas concepções, o da legalidade pautado na normatividade do sistema jurídico, ou seja, na parcela rígida do direito; e o da legitimidade, que se baseia na ideia de justiça. Essa tem como premissa a comunicação entre o direito positivado e os valores éticos, axiológicos, intrínsecos a toda e qualquer sociedade facilitando desta forma a auto-reconstrução e alteração do direito.

15. O estudo buscou trazer uma contribuição para a compreensão dessa nova demanda que é dada pela homoafetividade, reconhecida como entidade familiar, com a proteção do Estado e pelas reivindicações de direitos inerentes a esse novo

contexto, como a possibilidade da adoção conjunta de crianças e adolescentes. Ao efetivar esse direito, a Constituição deve ser interpretada em prol da sociedade, em prol da criança, e de forma a preconizar os direitos fundamentais rizomáticos, implicando portanto:

- a mediação pela ética
- a diversidade no olhar interpretativo do operador do direito
- o diálogo entre os sujeitos Constitucionais e os novos direitos
- a vida como valor supremo
- a dignidade da pessoa humana

Este estudo não encerra com este trabalho, ao contrário disso, ele se insurge da necessidade de entendimento desse direito em uma esfera mais prática. Resolver esses conflitos, no campo da igualdade de filiação que é direito fundamental a toda criança e adolescente torna-se imperioso, para uma solução célere, em especial aos casos reais que já fazem parte do cotidiano da sociedade brasileira. Ademais insurge a necessidade de maiores estudos, pois vivermos em uma época em que se ecoa a falsa afirmação de que há mais pessoas habilitadas no cadastro para a adoção do que crianças ou adolescentes aptas à adoção. Uma nova luta que se inicia.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Adoção simples e adoção plena**. Rio de Janeiro: AIDE. 1990.

_____. **Adoção Plena**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ANDRADE, Diogo de Calasans Mello. Adoção entre Pessoas do Mesmo Sexo e os Princípios Constitucionais. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.7, n. 30, jun./jul de 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BERTOCINI, Adriana Mendes. **Reconhecimento de paternidade socioafetiva leva à sentença inédita para alimentos**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4885>>. Acesso em: 21 de set. 2012.

BILAC, Elisabete Dória. **Família**: algumas inquietações. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (Org). **A Família contemporânea em debate**. São Paulo: Cortez, 2000.

BITTENCOURT, Sávio, **A Nova Lei de Adoção: Do Abandono à Garantia do Direito à Convivência Familiar e Comunitária**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

BIRCHAL, Alice de Souza. A relação processual dos avós no Direito de Família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Afeto, ética, família novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 41-60.

BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da Adoção**: categorias, paradigmas e práticas do direito d família. Curitiba: Juruá. 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 20 de set. 2011.

_____. **Collecção das Leis do Império do Brasil – 1828**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional. 1878. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 26 de dez. 2011.

_____. **Decreto nº 17.943-A 3.071, de 12 de outubro de 1927.** Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 04 de fev. 2011.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Censo 2010.** Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/>> Acesso em: 07 jul. 2011.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 04 de fev. 2011.

_____. **Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949.** Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm>. Acesso em: 08 de fev. 2012.

_____. **Lei nº 3.133, de 08 de maio de 1957.** Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3133.htm>. Acesso em: 04 de fev. 2012.

_____. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962.** Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 12 de jul. de 2012.

_____. **Lei nº 4.655, de 02 de junho de 1965.** Dispõe sobre a legitimidade adotiva. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4655.htm>. Acesso em: 04 de fev. 2012.

_____. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 08 de fev. 2012.

_____. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979.** Institui o Código de Menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 04 de fev. 2012.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 08 de fev. 2012.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2012.

_____. **Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009.** Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras

providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 08 de fev. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4277**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 20 de jun.2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343-1**.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 26 de abr.2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 250.203**. Paciente Y D Z (menor); Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Ricardo Villas Bôas Cueva. Publicação: Dje: 10 de ago. de 2012. Disponível em:<<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/33/Documentos/stj-crian%C3%A7a%20acolhida%20-hc.pdf>>. Acesso em: 14 de ago. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 15.097**. Segredo de Justiça. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator Massami Uyeda. 05 mar. 2009. Publicação: DJe: 06 de mai. de 2009. Disponível em:

<http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/infanciahome_c/adocao/Jurisprudencia_adocao/cadastro_adocao/AgRg%20na%20MEDIDA%20CAUTELAR%2015097%20-%20MG.pdf>. Acesso em: 14 de ago. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 889.852**. Segredo de Justiça. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Luís Felipe Salomão. Publicação: DJe: 10 de ago. de 2010. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16839762/recurso-especial-resp-889852-rs-2006-0209137-4-stj/inteiro-teor>>. Acesso em 04 de fev.2011.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 9000004-19.2011.8.26.0576**. Comarca São José do Rio Preto. Relator: Silveira Paulilo. 27 fev. 2012. Disponível em:

<http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/infanciahome_c/adocao/Jurisprudencia_adocao/cadastro_adocao/TJSP%20-%20Apela%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%209000004-19.2011.8.26.0576%20-%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 0004884-79.2011.8.26.0457**. Comarca Pirassununga. Relatora: Claudia Grieco Tabosa

Pessoa. 23 jul. 2012. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/infanciahome_c/adocao/Jurisprudencia_adocao/cadastro_adocao/TJSP%20-%20Apela%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%200004884-79.2011.8.26.0457%20-%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Embargos Infringentes nº 582.499-9/02**. Relator: Antonio Loyola Vieira. 15 jun. 2011. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20067595/embargos-infringentes-civel-ei-582499902-pr-0582499-9-02-tjpr/inteiro-teor>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CARVALHO, Luciana Bowen. **A Família hoje e seus “Novos Arranjos”**. In: Escola Lacaniana de Psicanálise de Vitória; Faculdade de Direito de Vitória (Orgs). *A Lei em tempos sombrios*. Rio de Janeiro: José Nazar. 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**. Belo Horizonte, vol 03, n. 5, p. 473-486, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1999.

CHAVES, Antonio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CHAVES, Marianna. **Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/728>>. Acesso em 07 jul. 2012.

COLLODI, Carlo. **As Aventuras de Pinóquio**. Tradução e ilustrações: Gabriella Rinaldi. São Paulo: Iluminuras, 2002.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

DELEUZE, Gilles. Mil Platôs: **Capitalismo e Esquizofrenia**. Rio de Janeiro: ED.34, 1980.

DIAS, Maria Berenice. **Filiação Homoafetiva**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.

_____. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

_____. **Homoafetividade: o que diz a justiça: as pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direito às uniões homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

_____. **União Homossexual o preconceito e a justiça**, 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **União Homoafetiva o preconceito e a justiça**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

_____. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Em benefício do filho**: Esta na hora de instituir a licença natalidade. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-31/maria-berenice-dias-hora-instituir-licenca-natalidade#autores>>. Acesso em: 05 de set. 2012.

DINIZ, João Seabra. **Este Meu Filho que eu não tive, a Adopção e os Seus Problemas**. Porto (Portugal): Afrontamento, 1993.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de Direito Civil**: Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões de Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____, **Família hoje**. In: BARRETO, Vicente (Org). A Nova Família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

_____, **Obrigação Alimentar**. In: Dias, Maria Berenice. (Coord). Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRARI, Anderson. **Revisando o passado e construindo o presente** : o movimento gay como espaço educativo. Revista Brasileira de Educação, nº 25. Rio de Janeiro. jul/abr, 2004, Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782004000100010#3>. Acesso em: 14 de mar. 2012

FERRARINI, Letícia. **Famílias Simultâneas e seus efeitos jurídicos**: Pedacos da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FLORES, Joaquim Herrera. Teoria critica dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos. **Função Social da Família**. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). Função Social no Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2007.

GARCIA; RAGAZZI. **Princípios constitucionais**. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

GIRARD, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto**: A Possibilidade Jurídica da Adopção por Homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo** – o que a globalização está fazendo de nós. Rio de Janeiro: Record, 2000.

_____. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense. 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRAMSCI, Antonio. **Concepção dialética da História**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981.

_____. **Cadernos do Cárcere**. v. 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002a.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. Curitiba: Juruá. 2010.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Código de Hamurabi**. Coleção Biblioteca Clássica. São Paulo: Rideel, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabres Editor, 1997.

HAMAD, Nazir. **A criança adotiva e suas famílias**. Tradução de Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2002.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **União Estável: análise sociológica**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

KROHLING, Aloísio. **Direitos Humanos Fundamentais: diálogo intercultural e democracia**. São Paulo: Paulus, 2009a.

_____. **A Ética da Alteridade e da Responsabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **Dialética, analética, anadialética e a consolidação histórica dos direitos humanos da mulher no ocidente**. In KROHLING, Aloísio (org.) **Justiça e Libertação: a dialética dos direitos fundamentais**. Curitiba: CVR, 2009b.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 5 ed. São Paulo: Perspectiva. 2000.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira, **Famílias Monoparentais**: A situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONI, José Maria. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

LÉVINAS, Emmanuel. **Humanismo do outro homem**. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. **Totalidade e infinito**. Lisboa: Edições 70, 2007.

LIMA, Cláudio Vianna de. **Legitimação Adotiva** (Lei n. 4.655 de 02 de junho de 1965). Rio de Janeiro: M.S. Rodrigues, 1965.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MANZO, Abelardo J. Manual para la preparación de monografias: una guía para apresentar informes y teses. Buenos Aires: Humanitas, 1971.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. Novos estudos CEPRAP. São Paulo, n.58, p. 183-202, Nov.2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito de Família**. São Paulo: Saraiva. 1970.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de la Brède e de. **Do espírito das leis**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOREIRA, Camatta Nelson. **Direitos e Garantias Constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MOREIRA, Luiz. **A Constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOSCHETTA, Sílvia Ozelame Rigo. **Homoparentalidade**: Direito à Adoção e Reprodução Humana Assistida por Casais Homoafetivos. Curitiba: Juruá, 2009.

MULLER, Friedrich. Methodik, Theorie, Linguistick des Rechts: Neue Aufsätze. Berlim, Duncker & Humblot, 1997, pp. 20-35. Tradução para o português publicada como anexo ao seu **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**, 3ª ed., pp. 121-163. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NADAUD, Stéphane. **Homoparentalité – une nouvelle chance pour la famille?**. Paris: Librairie Arthème Fayard, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; MACHADO, Martha de Toledo. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil à Luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e direito intertemporal. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords.) **Revista de Direito Privado**. n. 12, p.14. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 2002.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. **A Instituição da Família em Cidade Antiga**. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez**. Tradução: Isabel Lifante Vidal. *Doxa*, 1993, n. 14. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/sirveobras/doxa>>. Acesso em 15 de mai. De 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PERROT, Michelle. **O nó e o ninho**. In: *Reflexões para o futuro*. São Paulo: Abril, 1993.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o direito constitucional americano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade**. Belo Horizonte: Lê, 1991.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O conceito de família e suas implicações jurídicas: teoria sócio-jurídica do direito de família**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SANTOS, André Filipe P. R. Ministério público e ideologias profissionais: um estudo com promotores de justiça do Rio de Janeiro. **Revista de direitos e garantias fundamentais - FDV**, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes**. In: Santos, Boaventura de Sousa, Meneses, Maria Paula (Orgs.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SILVA JÚNIOR, Enésio de Deus. **A possibilidade Jurídica da Adoção por Casais Homossexuais**. Curitiba: Juruá. 2007.

SILVA, José Luiz Mônaco da. **Adoção mitos e verdades**. In: FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. *Adoção para homossexuais*. Curitiba: Juruá, 2007.

SIQUEIRA, Liborni. **Adoção no Tempo e no Espaço**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SMEND, Rudolf. **Constitución y derechos constitucional**. Madrid: Centro de Estudos Constitucionais, 1985.

STRECK, Lenio Luiz. **As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental**. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org). 1988-1998: uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte*. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 31, jul-ago. 2009.

TARTUCE, Flávio. **As verdades parentais e a ação vindicatória de filho**. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões* 4/40. Porto Alegre, jun.-jul.2008.

TORRES, Aimberé, Francisco. **Adoção nas relações homoparentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. São Paulo: Revista Direito GV. Jul/dez, 2008.

VILLELA, João Baptista. **As Novas relações da Família: Anais da XV Conferência Nacional da OAB**. São Paulo: JBA Comunicações, 1995.

WALD, Arnold. **O novo direito de família**. 16 ed. rev., atual. e ampl. Com a colaboração da Prof^a Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2005

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. *Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Fabris 1994.

WELTER, Belmiro Pedro. **Relativização do princípio da coisa julgada na investigação de paternidade**. In: PEREIRA da Cunha Rodrigo (Coord.). Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **As questões delimitativas do direito no pluralismo jurídico**. In: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M.(Orgs). Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Para uma hermenêutica jurídica crítico-emancipatória**. Revista Sequencia. UFSC, Santa Catarina. Disponível em: <http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16392/14973>. Acesso em: 30 de out. 2012.

ZAMBRANO, Elizabeth. **Parentalidades “impensáveis”: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais**. Revista Horizontes Antropológicos. Porto Alegre. vol.12. nº 26, p. 123-147, jul./dez.2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832006000200006&script=sci_arttext>. Acesso em: 28 de ago. 2012.

ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional. **Ver ista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, p. 199, abr.-jun. 2001.