

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS

FACULDADE REINALDO RAMOS

BACHARELADO EM DIREITO

TERLÚCIO DE QUEIROZ SILVA JÚNIOR

**MULTIPARENTALIDADE NA ADOÇÃO HOMOAfetiva: POSSIBILIDADE
JURÍDICA E SOCIAL**

Campina Grande, PB

2014

TERLÚCIO DE QUEIROZ SILVA JÚNIOR

**MULTIPARENTALIDADE NA ADOÇÃO HOMOAfetiva: POSSIBILIDADE
JURÍDICA E SOCIAL**

Trabalho Monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Faculdade Reinaldo Ramos - FARR, como
requisito parcial para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof. Esp. Yuzianni Rebeca M.
S. M. Coury.

Campina Grande, PB

2014

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

S586m Silva Júnior, Terlúcio de Queiroz.

Multiparentalidade na adoção homoafetiva: possibilidade jurídica e social /
Terlúcio de Queiroz Silva Júnior. – Campina Grande, 2014.

71 f.

Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR - Centro de
Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.

Orientadora: Profa. Esp. Yuzianni Rebeca M. S. M. Coury.

1. Direito de Família – Adoção. 2. Adoção – Casal Homoafetivo. I. Título.

CDU 347.61(043)

TERLÚCIO DE QUEIROZ SILVA JÚNIOR

**MULTIPARENTALIDADE NA ADOÇÃO HOMOAfetiva: POSSIBILIDADE
JURÍDICA E SOCIAL**

Aprovado em ____ de _____ de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Yuzianni Rebeca M. S. M. Coury

CESREI

(Orientadora)

Renata Maria B. Sobral

CESREI

(1º Examinadora)

Renata Teixeira Villarim Mendoza

CESREI

(2º Examinadora)

A Deus, a minha mãe Dione,
ao meu filho Gabriel e a Jéssica.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os aspectos jurídicos e sociais que atualmente estruturam a crescente ocorrência de famílias multiparentais homoafetivas, as quais compõem-se do casal e da prole advinda através do processo de adoção. Ao longo do estudo passaremos por uma perspectiva histórica, buscando sempre delinear as modificações mais importantes consolidadas no decurso temporal no que atine ao Direito da Família, assim como a Nova Ordem Constitucional erguida a partir da promulgação da Carta Magna datada de 1998, buscando-se apresentar alguns dos princípios balizadores que efetivaram uma revolução na compreensão da família brasileira. A pesquisa caminhará pela legislação pertinente, destacando-se desde já, a Constituição Federal, o Código Civil e a Lei nº 8.069 (ECA), objetivando demonstrar a possibilidade normativa quanto à constituição das famílias multiparentais homoafetivas, nas quais, a presença do(s) filho(s) provém da adoção. Além da conjuntura legal também procurar-se-á evidenciar o fortalecimento da referenciada modalidade familiar no cenário jurisprudencial, vislumbrando-se desta maneira a interpretação do Poder Judiciário nacional em despontar a aceitação da adoção de crianças ou adolescentes por casais do mesmo sexo isto atrelado a realidade social contemporânea. Por fim, esperamos contribuir para a diminuição dos posicionamentos preconceituosos e eivados de discriminação ainda existentes no mundo jurídico, e também no seio da população, tudo isto mediante a demonstração de que a possibilidade de adoção por casais homoafetivos alicerça-se sobre os pilares dos direitos constitucionalmente garantidos, além de confirmar o provimento dos direitos da criança e do adolescente, havendo, portanto, uma atmosfera propícia e fértil para consolidação da adoção de menores por casais homoafetivos e a reboque o reconhecimento das famílias homoafetivas multiparentais. O método utilizado para a realização do trabalho foi o dedutivo. Quanto à técnica utilizada para a confecção da pesquisa fora a pesquisa bibliográfica, tendo como instrumento a doutrina, jurisprudência, leis e monografias.

Palavras-chaves: Multiparentalidade. Homoafetividade. Adoção. Princípios.

ABSTRACT

This study aims to analyze the legal and social aspects that currently structure the increasing occurrence of “homoafetividade” “multiparentais” families, which consist of the couple and offspring arising through the adoption process. Throughout the study we will go through a historical perspective, always seeking to delineate the most important consolidated in time course atine in the Family Law changes, as well as the New Order Constitutionally raised from the promulgation of the Carta Magna dated 1988, seeking present some of the hallmarks principles that operated a revolution in the understanding of the brazilian family. The research will walk by the relevant legislation, especially now, the Federal Constitution, the Civil Code and Law No. 8069 (ECA) rules aiming to demonstrate the possibility for the setting up of “homoafetividade” “multiparentais” families in which the presence of (s) son (s) comes from adoption. Beyond the legal situation also sought will highlight the strengthening of family mode referenced in legal scenario, noticeable in this way the interpretation of the national judiciary in the dawning acceptance of adoption of children or adolescents with same-sex couples that tied the contemporary social reality. Finally, we hope to contribute to the reduction of biased and riddled placements discrimination still exist in the legal world, and also within the population, all this by demonstrating that the possibility of adoption by homosexual couples is founded on the pillars of rights constitutionally guaranteed, apart from confirming the appointment of the rights of children and adolescents, therefore, there is a fertile and conducive atmosphere for consolidation of adoption of children by homosexual couples and the recognition of the trailer “multiparentais” “homoafetividade” families. The method used to carry out the work was deductive. As to the technique used for making out the research literature, and as an instrument doctrine, jurisprudence, law and monographs.

Keywords: “Multiparentalidade”. “Homoafetividade”. Adoption. Principles.

LISTA DE ABREVIATURAS

AMB: Associação dos Magistrados do Brasil

CC: Código Civil.

CF: Constituição Federal.

CNCA: Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas.

CNJ: Conselho Nacional de Justiça

ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente.

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	11
2. CAPÍTULO II - EM BUSCA DO CONCEITO PERDIDO.....	18
3. CAPÍTULO III – PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA MODERNO.....	25
3.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	26
3.2. Princípio da Igualdade	27
3.3. Princípio da Solidariedade Familiar	31
3.4. Princípio do Afetividade	32
3.5. Princípio da Função Social da Família	34
3.6. Princípio da Liberdade	36
4. CAPÍTULO IV – AS FAMÍLIAS BRASILEIRAS	37
4.1. Matrimonial	38
4.2. União Estável	39
4.3. Reconstruídas/Recompostas/Ensabladas	41
4.4. Monoparental	42
4.5. Pluriparental.....	44
4.6. Homoafetiva.....	45
5. CAPÍTULO V – UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO HOMOAFETIVO – LEGISLAÇÃO, PRINCÍPIOS E JURISPRUDÊNCIA UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO HOMOAFETIVO – LEGISLAÇÃO, PRINCÍPIOS E JURISPRUDÊNCIA.....	47
6. CAPÍTULO VI – MULTIPARENTALIDADE E ADOÇÃO HOMOAFETIVA: POSSIBILIDADE JURÍDICA E SOCIAL	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	68
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

Esta monografia fora idealizada com o fito de abordar a multiparentalidade originada a partir da adoção realizada por casal homoafetivo, contudo, até alcançarmos este patamar de análise, nos dedicaremos ao estudo da evolução histórica dos entendimentos atinentes a família ao longo dos anos e o seu entrelace com a perspectiva principiológica trazida pela atual Constituição Federal e refletida na legislação vigente.

A contextualização da legislação protetora dos direitos de família e do próprio indivíduo sob a luz dos acontecimentos sociais possibilita capturarmos o viés da atual necessidade de tratar as relações afetivas entre indivíduos do mesmo sexo com maior naturalidade e respeito, tendo em vista que, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ancorada nos preceitos de igualdade e liberdade exige da sociedade e do Poder Público em todas as suas esferas um comportamento limpo de qualquer concepção discriminatória e preconceituosa.

Dentro desta perspectiva, indispensável se tornou a necessidade de evidenciarmos os contornos dos preconceitos que ainda sufocam a amplitude dos direitos da parcela homossexual da população, haja vista que, a força emanada das posturas discriminatórias inevitavelmente atrofiam o germinar da potencialidade asseguradora dos direitos constitucionalmente previstos.

Os relacionamentos homoafetivos são uma realidade inegável da sociedade, e por representar-se atualmente como uma das engrenagens da dinâmica social, não se pode negar à comunidade homossexual a tutela integral dos seus interesses civis, tudo em observância as normas estabelecidas por nossa Lei Maior.

A verdade é que não há mais espaço para a manutenção e estímulo a pensamentos construídos sobre as bases do preconceito e discriminação, circunstância que afrontam maleficamente a nova Ordem Constitucional, a qual tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Assim sendo, inadmissível é a passividade perante qualquer conjuntura estereotipada no sentido de excluir ou limitar direitos enraizados no solo dos valores constitucionais.

Não obstante, no que diz respeito à estruturação das famílias homoafetivas multiparentais originadas através do vínculo afetivo firmado entre o casal e uma criança ou

adolescente adotado, tem-se que este núcleo de convivência, indubitavelmente alcança todos os requisitos atribuídos como caracterizadores da família moderna, não havendo modificações consubstanciadas para negar-lhe a legitimidade diante da Lei.

A adoção de menor por casal homoafetivo, e a consequente estruturação da família multiparental imperiosamente deve ser entendida como procedimento legal e salutar para a consolidação de uma gama de direitos intrínsecos a família constitucionalizada, direitos que recaem beneficentemente não só ao casal, mas também ao adotando, numa límpida harmonia instituída entre o direito, a realidade e a justiça.

CAPÍTULO I - EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA

Atualmente, em virtude da dinamicidade que envolve as relações estruturantes da sociedade, tornou-se natural que transformações comportamentais, axiológicas, econômicas, ideológicas e legislativas ocasionassem modificações cada vez mais constantes e céleres no cenário social.

Em meio a todas as renovações que borbulham da conjuntura da sociedade moderna, encontra-se a família como instituição basilar da nossa sociedade, circunstância prevista em nossa Carta Magna em seu artigo 226 que, apesar de ampla difusão da estrutura familiar no seio da comunidade, a tarefa de conceituá-la ainda pode ser considerada como sendo complexa, tendo em vista todas as mutações oriundas da realidade social que são refletidas na família.

O lapso temporal compreendido entre os anos de 1916 e 1988 indubitavelmente representou um período de intensas e abrangentes transformações na compreensão fática e jurídica da família, devendo-se destacar que as referenciadas transformações têm como catalisador a própria modificação construída nas relações de interação entre os cidadãos que integram o povo da nação.

Como parâmetro legislativo para início do supramencionado intervalo temporal, tivemos o Diploma Legal Civil de 1916, o qual fora desenvolvido dentro da base moldural do Ordenamento Português, e este por sua vez foi alicerçado nos fundamentos do Direito Romano, ocasionando com isso a forte valoração do patriarcalismo.

A normatização trazida pelo Código Civil de 1916 refletia o cenário fático da época, momento histórico em que a sociedade brasileira configurava-se eminentemente como ruralista e patriarcal, guardando íntima vinculação com a família da antiguidade. Nesta sociedade em que tornou-se vigente o referido Código Civil, a figura feminina direcionava-se apenas as atividades do lar e o homem caracterizava-se como centro da sociedade, estando evidente o desequilíbrio entre as posições ocupadas por homens e mulheres na estruturação da comunidade.

O Código Civil pátrio da época nasceu das realidades sociais vivenciadas e a lei passou a insculpir normas restritivas e direcionadas a proteger a disposição sociológica existente, onde a efetivação de relações familiares se dava tão somente através do casamento,

propagando-se a força limitadora à compreensão atinente ao fim da relação matrimonial, a diferenciação valorativa imposta aos membros do grupo familiar, ao preconceito firmado frente aos filhos havidos fora do casamento, além de outros aspectos que aproximavam a organização familiar vivenciada no ano de 1916 com a família Romana.

Diante de tal construção legislativa, a família regulamentada e tutelada pelo Diploma Legal pretérito guardou consigo preceitos de discriminação subjetiva, apresentando com naturalidade expressões como “legítimos”, utilizados em face dos membros familiares originados do casamento e, “ilegítimos” direcionados à filiação que se originava a margem do matrimônio, sendo estas relações de parentesco afastadas da luz proeminente da lei, situações que hoje podem ser entendidas como preconceituosas e discriminatórias.

É clara a percepção de que o Código Civil de 1916 buscava padronizar a compreensão do conceito de grupo familiar, dirigindo ao Direito de Família da época defender uma conformação familiar engessada, pragmatizada, não admitindo a existência de outras modalidades de família que se fundissem em estruturas e formações divergentes da estabelecida em lei.

Nesse sentido, pode-se perceber a forte intervenção do Estado sobre a família, a qual caracteriza-se como um grupo constituído por laços biológicos e/ou afetivos de imensurável configuração de intimidade e privacidade, e que apesar desta conjuntura fora visceralmente regulamentada pelo Poder Público.

A atuação estatal cumpre uma exigência civilista, e através desta atuação o Poder Público conduz os aspectos intrínsecos da família de modo a proteger primeiro o ambiente de socialização do indivíduo. O grupo familiar é conhecidamente a base da sociedade e em virtude da importância que exerce para a existência do próprio Estado, este incubiu-se da missão de proteger a célula familiar.

Porém, apesar do direcionamento estatal representar uma conduta de ordem pública no que diz respeito à preservação da família, e isto significa proteger o próprio Estado, não se pode deixar de ressaltar que os pilares normativos do Código Civilista de 1916 prendiam-se a compreensões preconceituosas, marginalizadas e discriminatórias. O referenciado Diploma Legal limitou a possibilidade de edificação da família tão somente através do matrimônio, sendo inclusive o casamento, apesar de caráter volitivo, considerado como ato indissolúvel pelo Código Civil da época.

Além destes aspectos, a legislação civil pretérita desconsiderava a união afetiva entre homem e mulher que não recebesse a formalização mediante o casamento, diminuía a valoração dos filhos originados fora do matrimônio, estratificava a importância dos integrantes da família, entre outros posicionamentos que não são mais coerentes com nova Ordem Constitucional, resultando num direito de família que no século XX afastava, limitava, restringia direitos daqueles que não estivessem enquadrados nos preceitos estabelecidos pelo Código Civil de 1916, tudo com o fito de resguardar a família proveniente do casamento e a ideia patrimonialista vinculada.

No entanto, a conjuntura social comporta-se como uma eterna metamorfose, no qual suas relações internas, preceitos, costumes, estão sempre em modificação, rompendo com as tradições e dogmas sociais construídos ao longo dos tempos, sendo por isso inevitável a necessidade de adaptação da legislação as novas realidades sociais, como afirma Silvio de Salvo Venosa¹:

O organismo familiar passa por constantes mutações e é evidente que o legislador deve estar atento às necessidades de alterações legislativas que devem ser feitas no curso deste século. Não pode também o Estado deixar de cumprir sua permanente função social de proteção à família, como sua célula manter, sob pena do próprio Estado desaparecer, cedendo espaço ao caos.

Deve-se considerar, contudo, que vencer as tradições atreladas ao direito de família é, por vezes, circunstância difícil. O direito de família cuida de um dos tipos de relação humana em que existe, talvez, a maior profundidade de intimidade, tratando a este tempo de vínculos afetivos e comportamentais que alicerçam a própria sociedade, sendo necessário para a ruptura com o passado requisitos como tempo e coragem.

Não obstante, diante do vultoso cenário de alterações vividas no seio da população, impossível se fez a manutenção da rigidez normativa presente no Direito de Família de 1916. Uma das primeiras demonstrações da busca do legislador em acompanhar os acontecimentos sociais atinentes a família fora a publicação do Estatuto da Mulher, Lei nº 4.121, datado de 1962. Este instituto normativo resgatou a capacidade civil da mulher casada, melhorando sua condição dentro da família através do estabelecimento de novos direitos.

Em ato contínuo, o Poder Legislativo caminhou com o azo de aproximar-se do novo cenário familiar brasileiro, que neste momento já não prendia-se somente aos aspectos

¹ Direito civil. Direito de famílias. 12 ed. vol. 4, São Paulo: Atlas, 2012.p.10

patrimoniais e biológicos para a construção da família, havendo forte tendência em valorizar a influência dos laços afetivos e intersubjetivos que ligam os integrantes de uma família.

Foi neste momento histórico que percebeu-se a falta do sentido em forçar a manutenção de uma família em que não mais houvesse a saúde sentimental das relações, sobrevivendo enfim a Emenda Constitucional nº 09 e a Lei nº 6.517 do ano de 1977, e que trouxeram ao contexto legislativo nacional o instituto do divórcio, passando então a aceitar-se a ideia da dissolução do casamento, situação não antes imaginada, ao menos no mundo jurídico, findando o entendimento da família como grupo social amarrado, inflexível, permanente, o qual deveria existir dentro de uma única configuração e a qualquer custo, fatos que passaram a estimular a identificação dos membros do conjunto familiar não mais pelos vínculos biológicos e sim pelas ligações afetivas e sociais.

Como mais importante resultado desta nova perspectiva legal e sociológica, a Constituição Federal de 1988 veio como divisor de águas, trazendo em seu bojo a igualdade entre o homem e a mulher, igualdade esta que não limitou a figura do casal, sendo expandida a todos os elementos constituintes da família, tendo-se a partir de então uma tutela jurídica ampla e que passou a abranger todo o grupo familiar.

Nossa Carta Magna foi além e destituiu toda a conceituação discriminatória formulada em torno das famílias que nasciam sem a cobertura do matrimônio. A nova Ordem Constitucional trouxe para o mesmo patamar da família constituída através do casamento, aquela originada pela união estável entre homem e mulher e o grupo familiar emoldurado pelo vínculo de qualquer dos pais e seus descendentes (família monoparental), não havendo qualquer distinção entre estas conformações, sendo todas entendidas como família, findando os traços preconceituosos e discriminatórios anteriormente estimulados.

Nossa CF/88 também pôs fim à diferenciação anteriormente albergada em nosso Código Civil anterior, qual seja o de 1916, no qual constava o desequilíbrio axiológico entre a compreensão destinada aos filhos oriundos do casamento e aqueles que adentravam na estrutura familiar através da adoção ou outro meio de inserção, assegurando-se a partir da promulgação da Constituição Federal datada de 1988 – CF/88 a isonomia de direitos e qualificações dirigidas a estas realidades de filiação, circunstância que fez cessar conceituações e entendimentos jurídicos, jurisprudenciais e doutrinários que prejudicavam moral e materialmente os descendentes advindos do processo de adoção.

Em meio ao turbilhão de acontecimentos sociais e seus reflexos legislativos consolidados pela Constituição Federal, o Código Civil brasileiro de 1916 acabou por não ser recepcionado numa série de dispositivos, condição fatídica que retirou do Código Civil pretérito a condição de lei fundamental do Direito de Família.

Com o objetivo de harmonizar a Lei Civil com a nova disposição Constitucional, o Congresso Nacional apressou-se em colocar em vigor o “novo” Código Civil Pátrio, o que ocorreu no dia 11 de janeiro de 2003, sendo importante destacar que apesar de receber adjetivação de “novo”, o projeto inicial do Código Civil que hoje se encontra vigente em nosso país data de 1975. A efetivação do texto constante na Carta Política de 1998 fez com que surgisse a necessidade de adequar o Código Civil que estava prestes a vigor, ou seja, a Constituição Federal obrigou o Poder Legislativo a dedicar-se a adaptação do projeto do novo Código a nova ordem Constitucional que iniciava tudo com o desejo de enquadrar a nova Lei Civil à luz das concepções insculpidas na Constituição.

Apesar de todo o esforço do Legislador para atualizar o novel Código Civil à conjuntura social da população e aos aspectos já subsidiados pela Carta Magna, o Diploma Civil já nasceu ultrapassado, mesmo existindo avanços de considerável importância.

Dentre os avanços alcançados, pode-se destacar o fim da compulsoriedade aplicada à retirada do patronímico do marido do nome da mulher com a dissolução do matrimônio (a legislação anterior previa que a conversão da separação em divórcio condicionava a mulher à perda do apelido familiar do ex-cônjuge), o fim da perspectiva de que o cônjuge responsável pelo fim do matrimônio não teria direito a alimentos (circunstância que muitas vezes conduziu o cônjuge causador do término do matrimônio e desprovido de recursos financeiros a sofrer uma verdadeira pena de morte, tendo em vista, a impossibilidade de se manter). Além das melhorias mencionadas, o Código Civil de 2002 efetivou a retirada dos termos e definições preconceituosas e discriminatórias, as quais carregavam consigo um sentimento ruim, que destoava ao novo posicionamento jurídico-social absorvido pela população, devendo, neste cenário, ser garantida a proteção e o estímulo ao Princípio da Dignidade Humana.

Em contrapartida, a ausência de atenção do legislador com relação a alguns assuntos ocasionou a presença de lacunas e inconstitucionalidades no novel Código Civil, aspectos estes que podem ser considerados como pontos negativos.

Temas como a guarda compartilhada, que atualmente é prevista, porém sem que haja regulamentação que possibilite sua efetivação no mundo real de maneira mais adequada e

eficaz, o que somente fora trazida no Diploma Civil após considerável lapso temporal. A filiação socioafetiva que notoriamente é recepcionada pela jurisprudência não teve espaço na estrutura do texto normativo de 2002, assim como a falta de posicionamento legal quanto às relações homoafetivas, realidades sociais que intimamente estão atreladas ao atualizadíssimo instituto da multiparentalidade.

Outrossim, a emissão da Lei Civil no que tange ao desenvolvimento de normas atinentes aos assuntos supramencionados cumulou-se a contrariedade do Código Civil em tratar as entidades familiares originadas do casamento ou das uniões estáveis com abordagem claramente distantes dos preceitos e valores elevados constitucionalmente. Depreende-se do texto Constitucional que as unidades familiares possuem equiparação de tratamento, independentemente de terem sua base existencial no matrimônio ou na união estável, sendo inaceitável posicionar as famílias em degraus axiológicos diferentes em virtude de seu impulso originador e estrutura.

Em desrespeito ao direcionamento trazido pela nova Ordem Constitucional, o Código Civil de 2002 trabalhou com disparidade o vínculo familiar surgido da união estável entre homem e mulher e aquela iniciada através do casamento, informação que pode ser verificada ao observar a organização temática disposta no Código, onde o Livro IV trata do Direito de Família, sendo dividido em 04 (quatro) títulos, que assim subdividem-se: Título I – Do Direito Pessoal (onde localiza-se o assunto relativo ao casamento); Título II – Do Direito Patrimonial; Título III – Da União Estável e; Título IV – Da Tutela e Curatela.

Se o legislador ao estruturar a organização temática do novo Diploma Civil pátrio tivesse respeitado os valores previstos pela Carta Magna no que atina a igualdade entre a família alicerçada no casamento e a família provinda da união entre homem e mulher, os dois institutos haveriam de ser regulamentados no mesmo título, reforçando-se a inexistência de qualquer disparidade valorativa.

Sendo assim, apesar dos contratemplos e alguns atropelos, o novel Código Civil, hoje em vigor no Brasil, aproximou o contexto social familiar da letra da Lei, diminuindo o abismo que anteriormente sobrevivia.

Difícil imaginar algo mais privado e íntimo de que a decisão humana em constituir uma família, no entanto, indispensável é a atuação do Estado com o objetivo de proteger sua célula mater, mas utilizando-se de uma intervenção preservadora dos direitos básicos da autonomia e dignidade da pessoa humana, sem nunca apresentar intervenções

demasiadamente invasivas na vida privada, o que tornaria a atuação estatal intolerável, afastando-se do equilíbrio necessário.

CAPÍTULO II – EM BUSCA DO CONCEITO PERDIDO

Para compreender a dificuldade de alcançar um conceito pleno de família é necessário que se tenha uma visão histórica dos acontecimentos sociais, econômicos e políticos que conduziram as estruturas familiares atuais, sendo evidente que dos inúmeros organismos sociais e jurídicos presentes na vida da população, a conceituação, interpretação e abrangência da família são os aspectos que com maior intensidade sofreram modificações no decorrer do tempo, modificações estas que resultam da própria necessidade humana e da dinamicidade das relações intersubjetivas.

Pode-se afirmar que a Revolução Industrial funcionou como um marco da transformação do modelo familiar. Antes do desenvolvimento do parque industrial no mundo, a família apresentava-se invariavelmente monogâmica, entendida como fator econômico de produção, uma vez que, os ofícios desempenhados pelo pai eram passados aos filhos dentro dos próprios lares, sendo este o contexto de produção financeira dos grupos familiares, nos quais a figura materna guardava vinculação com a administração dos afazeres domésticos e educação dos filhos.

Com a migração da economia agrária para a economia industrial a família fora atingida frontalmente, ocasionando o nascimento de uma concepção mais moderna de arquitetura familiar, retirando o caráter proeminentemente econômico e atribuindo uma gama de valores morais, assistenciais, afetivos e espirituais ao enlace dos integrantes.

Uma das primeiras alterações vivenciadas pelas famílias existentes durante a Revolução Industrial fora a diminuição considerável da quantificação dos membros. As nações mais avançadas, em que o desenvolvimento industrial era absorvido com maior abrangência, tiveram uma queda abrupta do número de nascimentos, circunstância que obviamente lançou reflexos na estruturação das famílias, passando estas a se apresentarem mais enxutas, ou seja, com um menor número de integrantes.

A disposição do grupo familiar como célula produtiva onde todos os membros trabalham sob a mão autoritária do chefe patriarcal perde espaço e acaba por haver novo posicionamento de funções, onde o homem sai para exercer sua função laboral nas indústrias ao mesmo tempo em que a mulher inicia seu ingresso no mercado de trabalho. O espaço ocupado pela mulher no século XX é profundamente transformado e consequentemente atinge

a conjuntura familiar, as mutações são constantes até que as mulheres obtêm a equiparação dos seus direitos com os dos homens, estando assim a sociedade diante de toda uma nova realidade de convívio entre genitores e prole.

A sociedade vivencia a dinamicidade das relações interpessoais, assim como as transformações e pressões econômicas e políticas que cumuladas ao enfraquecimento dos dogmas religiosos anteriormente inabaláveis, culminou numa série de conflitos que atacam o contexto social e inevitavelmente a família.

Logo, passou-se a perceber que as relações afetivas entre homens e mulheres sem a oficialização matrimonial começaram a ser gradativamente incorporadas como acontecimentos naturais na sociedade e consequentemente na legislação, perdendo o casamento o status de pedra fundamental da existência da família. Cumulativamente, a Lei trouxe a possibilidade do fim do matrimônio, resultando desta forma em novos casamentos que agora tinham como cônjuges indivíduos que anteriormente encontravam-se separados, advindos de outros casamentos que chegavam ao fim, na perspectiva que teve como consequência direta a formação de um mosaico familiar, tendo em vista que, por vezes o casamento de pessoas separadas promovia formação de uma prole mista.

As imigrações internas e externas promovem o surgimento de novas células familiares, estando presentes nessas famílias uma diversidade de valores e realidades axiológicas, ao mesmo tempo a homoafetividade ganha espaço na sociedade, iniciando seu caminhar na direção de deixar de ser grupo minoritário, realidade que torna imperioso o reconhecimento judicial e legislativo desta parcela da comunidade, ficando evidente que a história da estrutura familiar apresentava-se agora sinuosa, não sendo mais possível acreditar numa trajetória cronológica da família de maneira constante e retilínea, mas ao contrário, diante de inúmeras transformações sociais, percebeu-se que a história da família é por natureza alicerçada em sucessivas rupturas, adaptando-se sempre aos anseios da sociedade no tempo, lugar e momento cultural correspondente.

Em nosso País os acontecimentos sociais ocorridos em poucas décadas quebraram com uma série de paradigmas atrelados ao Direito de Família, ruptura resultante da absorção dos novos preceitos sociológicos à legislação pátria, destacado que algumas das modificações efetivadas no século XX subsidiaram as evoluções construídas no século XXI, conforme ressalta Silvio de Salvo Venosa.

A CF de 1988 surgiu como bálsamo, sanando muitos dos problemas de desarranjo estabelecido naquele momento entre as perspectivas sociais e a legislação, realidade que invariavelmente ocasionava imensuráveis prejuízos e constrangimentos ao cidadão no âmbito das construções familiares, além de ter promovido melhorias também em outros ramos do direito.

Nossa Carta Magna reconheceu a união estável como entidade familiar, garantiu o respeito a dignidade da pessoa humana, assegurou a proteção à pessoa dos filhos, a igualdade do tratamento dos cônjuges, seus direitos e deveres, a equiparação jurídica dos cônjuges e dos companheiros, extinguiu a diferenciação entre os filhos originados no casamento e fora deste, estabeleceu o princípio da paternidade responsável, dentre outras importantes abordagens.

Não obstante, a promulgação do CC de 2002 permitiu o alargamento da abrangência e a complementação dos princípios que inicialmente foram fincados pelo texto constitucional, este sim considerado como o baluarte da revolução legal do direito privado.

A mutação sociológica que atingira a família patriarcal transformou-a na família nuclear, a qual apresentou-se como solo fértil para o aflorar os vínculos afetivos e de afinidade, possibilitando a realização individual de cada integrante do grupo familiar, tornando os antigos tabus acerca da paternidade e da maternidade desbotados e enfraquecidos, havendo agora o enfoque para a construção natural e espontânea da família, realidade que indiscutivelmente corroborou para a diminuição da forte opressão que condicionava o cidadão ao longo da sua vida privada.

Consequentemente a população passou a vislumbrar, finalmente, a expectativa de que a célula familiar pudesse atingir suas reais finalidades, quais sejam, a identificação afetiva, a solidariedade, o respeito e o bem estar daqueles que a compunham. Diante de tal contexto um novo trânsito de conceitos fora iniciado, e a família protagonizada sob o viés da dignidade da pessoa humana ganhou destaque, delineando-se como ambiente saudável para o desenvolvimento das virtudes e características pessoais de cada componente do grupo familiar, sendo objetivo da nova família a estruturação de uma conjuntura proativadora do crescimento pessoal e realização individual de cada cidadão participante do núcleo familiar.

É límpida a percepção de que a CF de 1988 fez emergir um Estado Democrático de Direito, o qual, trouxe sob sua sombra o homem como sujeito de direitos, expandindo intensamente a consciência de cidadania, livrando a sociedade do peso de ter que carregar as

nefastas diferenciações e discriminações que já não mais podiam ser harmonizadas a sociedade democrática e livre.

As relações intersubjetivas que anteriormente eram conceituadas de maneira restritiva, limitada, engessada, com a nova ordem constitucional tiveram ampliada a sua conceituação, restando significativos efeitos quanto ao entendimento direcionado a configuração da família, inexistindo agora o pragmatismo embasador do singularismo dedicado a ideia de conjunto familiar.

Nossa Carta Política, respeitando os acontecimentos da vida em sociedade, absorveu e supriu a necessidade de reconhecer a existência da multiplicidade de famílias, desistindo da concepção pretérita de considerar apenas aquelas que se originassem do matrimônio. Nesta trajetória dilatou-se o conceito de família ao mesmo tempo em que fora atribuída especial proteção à união estável e à comunidade formada por qualquer dos pais e sua prole, conjuntura que recebeu a nomenclatura de “família monoparental” previsões que podem ser retiradas do texto constitucional como segue:

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

(...)

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

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

Não obstante, é importante elevar o entendimento de que a enumeração das supramencionadas entidades familiares ocupam status de exemplificações, podendo, inclusive, haver o entendimento de que aquelas são as modalidades de família mais comumente disseminadas no íntimo social, justificando uma maior atenção legal.

Com relação à diversificação dos conceitos de família, importante posicionamento orquestrou Maria Berenice Dias², vejamos:

O pluralismo das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o

² Manual de direito das famílias. 8º ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011. P.41

reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeiras transformações na família.

De fato, expandiu-se tão amplamente a compreensão de que a família, pela sua natureza, sempre apresentará as mais variáveis facetas, que não se poderia afastar do conceito de família o grupo formado pela universalidade dos filhos que não tinham mais a convivência dos pais (FAMÍLIA ANAPARENTAL), assim como não se pode discriminar os relacionamentos firmados entre pessoas do mesmo gênero que tenham como fator de interação o afeto, o respeito e a afinidade subjetiva, conhecidas como homoafetivas e, estando dispostas sob o manto dos princípios constitucionais e por isso interpretadas como unidade familiar, tutelada juridicamente, tendo o STF emitido entendimento vinculante e de eficácia erga omnes onde as uniões homoafetivas são unidades familiares, direcionando a sociedade a recepcionar todas as formas de convívio interpessoal que vise o alcance da felicidade.

A identificação da família brasileira desvinculou-se da exigência do matrimônio, assim como também afastou-se da necessidade de haver diferença de gênero entre o casal e da própria efetivação do caráter sexual da relação. Modernamente o eixo caracterizador da família, o qual encontra-se iluminado pela luz da legislação pertinente, é a presença do laço afetivo capaz de unir os integrantes do grupo familiar na busca de objetivos comuns, um projeto de vida que vislumbra tão somente o bem estar da família.

Tendo em vista esta nova realidade, complexa se torna a tentativa de conceituar a família de maneira que a dimensão de tal conceituação engloba as mais variáveis estruturas de famílias inseridas na conjuntura atual da sociedade. O distanciamento do Estado e da Igreja sobremaneira colaborou para a transformação da ideia de família, ideia esta que muda com o transcorrer do tempo, se reconstruindo a cada nova geração, acompanhando o caminhar sociológico da população.

As novas conformações familiares surgiram sem que houvesse uma terminologia determinada e específica para a família moderna, circunstância que hoje desafia os estudiosos do direito na procura por uma conceituação única para a nova família brasileira. Neste sentido declara Maria Berenice Dias³:

É necessário ter uma visão pluralista de família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no

³ Manual de direito das famílias. 8º ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011. P.43

conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que autorize nominá-las como família.

Portanto, verificando-se o vínculo sentimental que mantém aproximado os integrantes de um grupo, esta união deixa de enquadrar-se na seara do direito obrigacional, no qual o alicerce é a manifestação da vontade, para ser incorporado aos moldes dos direitos das famílias, com bases firmadas na afetividade e afinidade intersubjetiva. Após o abandono do modelo patriarcal de família, o núcleo familiar tornou-se primordialmente construído no amparo abstrato dos sentimentos.

Ligeiramente falando, nunca havia sido fixada através de qualquer texto legal a definição de família, porém, após anos de evolução dos estudos atinentes as relações familiares, a Lei ineditamente conceitua o grupo familiar como sendo qualquer envolvimento de afeto, adequando o texto legal ao molde social existente. A conceituação ora mencionada é retirada do artigo 5º da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, cenário que reitera o entendimento de que o próprio polo constitucional não pode funcionar como fator limitador do conceito familiar, como a seguir vemos:

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

(...)

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

Apesar de notoriamente saber-se que o objetivo da supra referenciada Lei é coibir a ocorrência de situações de violência doméstica, não se pode atribuir o conceito trazido pela Lei Maria da Penha tão somente ao âmbito criminal, uma vez que a conceituação estampada alcançou contornos de considerável amplitude.

Desta forma, observou-se no seio da sociedade brasileira a subtração da família – instituição pela família – instrumento, esta de essencial importância para incremento das características subjetivas dos componentes de cada grupo, que conseqüentemente torna ainda mais robusta a produção do Estado mediante o desenvolvimento de uma sociedade saudável.

A sociedade passou a ser constituída por uma população cada vez mais tolerante. Tolerância advinda da própria diversidade comportamental e valorativa vivenciada na intimidade das interações sociais, circunstâncias que tornaram necessário a aceitação de uma família pluralizada, havendo assim a liberdade para que cada célula familiar buscasse a felicidade existencial sem a imposição de amarras estruturais preestabelecidas.

A mutabilidade e o leque de possibilidades na interpretação de qual seja a mais correta e sustentável estrutura de família gera uma constante e consagrada discussão doutrinária. De um lado encontram-se posicionados os estudiosos que defendem os valores tradicionais da família, sob a alegação de que a família moderna vem numa crescente crise, estando condenada ao desmonoramento. De acordo com este grupo o antigo modelo familiar apresentava-se mais estável que o atual e por isto exercia a sustentabilidade necessária ao Estado. Em contra partida, os críticos da família patriarcal defendem incondicionalmente a diversidade dos conceitos atribuídos a unidade familiar, encorajando a ruptura total com pré-conceitos e preestabelecimentos que engessem a configuração da família.

Contudo, não se faz importante a necessidade do indivíduo ocupar determinado espaço na estrutura familiar do seu grupo, assim como também não se exige que o núcleo familiar seja classificado a uma ou outra espécie de família. É, no entanto, indispensável que o indivíduo pertença ao imo da sua família, concentrando sentimentos, valores, projetos e outros aspectos necessários a salutar e digna existência do indivíduo.

Hoje o Estado garante a sua proteção ao transformar a família num direito do cidadão, destacando-se que esta família compreende todas as possibilidades de organização familiar na sociedade, logo, qualquer comunidade que tenha como eixo de sustentabilidade o afeto e afinidade entre os integrantes, deve ser entendida como família sociológica.

Concomitantemente, a sociedade e a perspectiva da família tradicional avançaram ocasionando a ideia atual de família descentralizada, democrática, igualitária e desmatrimonializada que, invariavelmente deve assegurar a Dignidade da Pessoa Humana, sendo até os dias atuais, mesmo após todas as alterações axiológicas e legislativas que envolveram o entendimento acerca da família, impossível alcançar um conceito final para a família brasileira respeitando-se todas as inúmeras faces desta entidade.

CAPÍTULO III – PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA MODERNO

Na esfera da nova ordem Constitucional erguida no sistema jurídico brasileiro, a análise do Direito Privado, no qual encontra-se o Direito das Famílias, trouxe à tona a necessidade da aplicação efetiva das normas fundamentais da tutela do indivíduo, tendo esta proteção alicerce a Constituição Federal de 1988.

A nova realidade legislativa materializada pela Carta Política vigente culminou no desenvolvimento de uma estrutura sistematizada de codificação. Este sistema tem como centro a Constituição Federal, da qual irradia-se toda uma série de princípios, preceitos e diretrizes que ao mesmo tempo regulamentam, protegem, constituem e asseguram os mais variáveis direitos e deveres intrínsecos ao indivíduo.

Aumentando por esse eixo principal, qual seja nossa Carta Magna, está o Código Civil, que iluminado pelos reflexos constitucionais trata dos acontecimentos da vida cotidiana dos cidadãos, sem deixar, no entanto, de contribuir para a arquitetura do sistema, tendo em vista que, o Codex Civil acaba por alimentar outros microssistemas jurídicos, tais como, os Estatutos da Criança e do Adolescente e do Idoso, segmentos de grande importância para o Direito das Famílias.

O processo da constitucionalização que alcançou o Direito das Famílias é resultado direto do grande aporte disponibilizado pelo constituinte ao Direito Civil na edificação do texto maior do Ordenamento Pátrio. O fato da CF/88 custodiar temas cuja importância tangencia os âmbitos jurídicos e sociais resultou na efetiva garantia destes temas no mundo real, concedendo-os força de eficácia, ou seja, aproximando-os da realidade social.

A atuação Estatal nas relações firmadas no cenário do direito privado revitalizou as bases das instituições do Direito Civil, tornando-se inafastável a necessidade de harmonizar este direito à nova luz constitucional. No que diz respeito ao Direito das Famílias, diante a nova conjuntura legal, a família – grupo de indivíduos ligados socioafetivamente – passou a ser entendida como ambiente de desenvolvimento e consolidação da dignidade da pessoa humana para cada um dos integrantes, podendo ante tal realidade, que a justiça, a liberdade e a solidariedade sejam objetivos de maior enfoque na família brasileira atual.

A reboque dos fatos supramencionados percebe-se claramente que houve uma renovação dos Princípios sustentadores do Direito de Família, circunstância que

inevitavelmente ocasionou um novo delineamento deste ramo jurídico, caminhando para uma proximidade cada vez maior entre a teia principiológica e a proposta legislativa do Direito das Famílias.

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é considerado por muitos estudiosos do direito como a maior conquista do sistema jurídico brasileiro dos últimos anos.

A grandiosidade deste princípio pode ser auferida mediante a simples leitura do texto constitucional, no qual, a Dignidade da Pessoa Humana é colocada como fundamento do Estado Democrático de Direito existente no país, conforme depreende-se do artigo 1º, III da CF:

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

I – (...)

II – (...)

III – a dignidade da pessoa humana.

O referenciado princípio, em virtude de sua importância e por representar a máxima valoração do respeito à existência do ser humano, sem desconsiderar suas limitações e perspectivas, subjetivas e materiais, que são inerentes e necessárias na busca pela íntima sensação de bem-estar e felicidade, passando também a ser denominado de PRINCÍPIO MÁXIMO, não reduzindo-se a garantir apenas a sobrevivência do homem, mas, muito além disso, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana direciona-se a propiciar ao indivíduo a plenitude da vida, ou seja, viabilizar que cada cidadão alcance, ou, ao menos tenha condição de alcançar a felicidade para sua vida.

A tutela inabalável destinada a resguardar a pessoa humana teve como consequência o processo de PERSONALIZAÇÃO E DESPATRIMONIALIZAÇÃO do Direito Privado, uma vez que, a ideia remetida à pessoa como grande agente social ganha cada vez mais importância, enquanto que o patrimônio tem enfraquecida sua imagem axiológica no cenário legislativo nacional.

Em se tratando de Direito das Famílias, não resta dúvidas que este talvez seja o ramo no qual mais visceralmente se viva o anseio pelo respeito à dignidade humana, haja vista que, por mais que a dignidade seja aspecto tão individualizado em cada ser, a tutela desta dignidade do ser humano não guarda limite ao interesse pessoal, interessando sua proteção a toda a sociedade.

Com a ampliação do zelo albergado à família pela Constituição Federal, extingui-se o valor meramente interno de família, ou seja, a proteção fundamentada exclusivamente no fato de existir um grupo familiar fora abandonada uma vez que esta proteção não apresentava um viés de aprofundamento, de instrumentabilidade. A partir do momento que o Estado institui o dever de respeito à condição humana através do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a família passa a representar o núcleo transitório no qual se constroem todos os aspectos psicológicos da personalidade e do respeito intersubjetivo de seus componentes, havendo portanto, um fortalecimento da ideia da família como base da sociedade e por consequência pilar indispensável à estrutura do Estado.

Sendo assim, é inevitável compreender que a observância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana alcançará sua plena efetivação tão somente se for vivenciado no seio familiar, seja qual for a configuração do núcleo familiar, tendo em vista que, para resguardar a dignidade dos integrantes da família, a estruturação desta não encontra-se engessada pela Lei, uma vez que, o direito à liberdade e a isonomia interagem com o Princípio Maior. Nesse sentido discorre Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁴:

Sob o influxo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, epicentro normativo do sistema de direitos e garantias fundamentais, podemos afirmar que a Constituição Federal consagrou um sistema aberto de família para admitir, ainda que não expressos, outros núcleos ou arranjos familiares para além daqueles constitucionalmente fixados, a exemplo da união homoafetiva.

3.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Outro importante princípio trazido pela CF de 1988 foi o da igualdade, o qual proporcionou um avanço de grande escala no direito nacional.

⁴ Novo Curso de Direito Civil, 3º Ed. 2013 p.79

O Princípio da Igualdade incontestavelmente apresentava uma grande abrangência jurídica sobre a sociedade, no entanto, com o azo de não incorremos no perigo de desprendimento do tema, este trabalho limitar-se-à a declinar-se sob o prisma da igualdade constitucional relacionado as relações familiares.

No que tange ao assunto família, é claro e inegável o entendimento de que a nova ordem constitucional abarcou dois legados fundamentais quanto a igualdade, quais sejam, a igualdade entre o homem e a mulher enquanto cônjuges e a igualdade entre os filhos.

A diferença dos gêneros sempre foi solo fértil para o borbulhar de pensamentos e posicionamentos discriminatórios. A mulher durante anos da história fora inferiorizada social e juridicamente, tendo, apenas muito recentemente, se iniciado um processo de equilíbrio entre o sexo feminino e o masculino. Grande parte da implementação da equiparação de tratamento destinado a homens e mulheres notoriamente ganhou fôlego com a promulgação da Carta Política brasileira, havendo no texto constitucional evidente rastreio pelo fim da desigualdade anteriormente vivida e alimentada no íntimo da sociedade.

Nossa Lei maior no seu artigo 5º, I e artigo 226, §3º, reconhece abertamente a isonomia igualitária entre homens e mulheres no que atine à sociedade conjugal e a convivência familiar oriunda da união estável, conforme delineia-se abaixo:

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (grifo nosso)

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

(...)

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

O cuidado utilizado pelo constituinte ao redigir o texto constitucional resguardando o pareamento axiológico entre o homem e a mulher fora irradiado ao Código Civil de 2002, equidade verificada na redação do artigo 1.511 do referido Diploma Legal, como verifica-se: “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Outrossim, indispensável se faz ressaltar que, apesar do supramencionado artigo prever a igualdade de direitos e deveres do cônjuge no que refere-se ao casamento, notório é o entendimento jurídico e doutrinário que tal igualdade deve também ser respeitada na união estável, tendo em vista que, esta é reconhecida como entidade familiar por natureza, sendo este reconhecimento lastreado pela Constituição Federal.

Em ato contínuo ao Princípio da Igualdade entre o homem e a mulher na estruturação do grupo familiar, desponta concomitantemente a equiparação na função de chefia familiar, a qual passou a ser exercida tanto pelo homem quanto pela mulher, havendo um destaque democrático da corroboração mútua do casal na administração do lar.

Como resultado da significativa alteração no “status quo” da família brasileira, consolidou-se o processo de despatriarcalização do Direito de Família, haja vista que, a figura o pai desvinculou-se da ideia de poder absoluto e inquestionável de outrora, reinando-se por diante a gerência familiar com base no companheirismo antiautoritário, surgindo a concepção do poder de família em detrimento do pátrio poder.

Disposições legais recobertas pelo manto da igualdade de chefia familiar facilmente são identificadas em nosso Código Civil, como, por exemplo o artigo 1.566 em seus incisos III, IV e V, vejamos:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I – (...)

II – (...)

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

O artigo supramencionado por sua vez, é complementado pelo enunciado disposto no artigo 1.631 do mesmo Diploma Legal, como assim se verifica: “durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”.

A igualdade de tratamento concedida ao homem e a mulher unidos afetivamente na construção de uma unidade familiar foi tão equilibrada que mesmo havendo divergência quanto ao exercício do poder familiar dentro do casal, a vontade unilateral de uma das partes jamais sobressairá em relação à outra, sendo nestes casos necessário a atuação jurisdicional

para dissolução do conflito, circunstância emoldurada no parágrafo único do artigo 1.631 do CC, vejamos: “divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo”.

Não obstante, a CF em seu artigo 226 §6º estabelece que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação”, estando estampado que, além da igualdade entre homem e mulher dentro do contexto familiar, a Ordem Constitucional também assegurou a equiparação entre os filhos, sendo, a partir de então, vedada qualquer diferenciação entre filhos naturais, originados ou não do matrimônio, assim como os adotivos.

Com a nova disposição legal trazida pela nossa atual Carta Política qualquer modalidade de discriminação aludida aos filhos está vedada, situação que no pretérito era totalmente aceite e até mesmo estimulada pela Lei, porém sufocados no Código Civil de 1916, que anteriormente segmentava a filiação, criando categorias de filhos com valorações distintas, conforme claramente percebe-se pela leitura do artigo 332, do referido código, qual seja: “o parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento, natural ou civil, conforme resultar da consangüinidade, ou adoção”.

À época do Códex Civil de 1916, comum era a utilização das expressões “legítimo” e “ilegítimo” para indicar respectivamente os descendentes originados no interior da relação matrimonial e aqueles advindos as margens do casamento, criando-se se assim, um ambiente de preconceito dentro do Direito de Família. Indubitavelmente, a prole nascida das relações interpessoais desprovidas do selo matrimonial estava fadada a sofrer prejuízos não só de ordem moral como também material, tudo sob a luz da legislação contemporânea, a qual destinava-se unicamente a proteger a família como instituição patrimonializada, protegendo a família de possíveis diminuições no montante patrimonial a ela vinculada.

Neste sentido, brilhantemente dissertaram Flávio Tartuce e José Fernando Simão⁵:

Em suma, juridicamente, todos os filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange também os filhos adotivos e aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro). Diante disso, não se pode mais utilizar as odiosas expressões filho espório ou filho bastardo.

⁵ Livro de Direito Civil 5, 8º Ed., 2013, p.14

Logo, após tão profunda revolução nas idéias atribuídas as condições legais do casal e do(s) filho(s) na organização estrutural da família, este núcleo de convivência adquiriu contextualização muito mais coerente com a realidade vivenciada na sociedade, destacando-se que a Constituição Federal tão somente propiciou a diminuição da distância que existia entre os fatos da vida cotidiana e a lei no âmbito do direito familiar.

3.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A Constituição Federal vigente prevê no seu artigo 3º, I o reconhecimento da solidariedade social, a qual se caracteriza como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, objetivando desta maneira a edificação dos moldes sociais em harmonia com os preceitos da liberdade, justiça e solidariedade, podendo este entendimento ser depreendido do citado dispositivo legal, como segue:

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

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária

(...)

O fato da solidariedade social ocupar tão importante espaço na construção de uma comunidade saudável, fez com que tal perspectiva refletisse fortemente no seio da família brasileira, considerando que o núcleo familiar é a base da sociedade e ao mesmo tempo pilar imprescindível do Estado.

Como forma de exemplificarmos a pública utilização do princípio da solidariedade no direito de família, transcrevemos o texto legal contido no artigo 1.694 do Código Civil pátrio, vejamos: “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

Porém, importante se faz o zelo de enaltecermos que a solidariedade emulsificadora das relações familiares ultrapassou as perspectivas exclusivamente patrimoniais, alongando-se sobremaneira no alcance dos aspectos afetivos e subjetivos de cada componente do grupo. O próprio Estado acaba por beneficiar-se da assistência recíproca entre os membros da família,

isto porque o Estado acaba por isentar-se do ônus de garantir todo o conjunto de direitos constitucionais dirigidos aos indivíduos enquanto cidadãos, não podendo ser esquecido que, apesar da constituição de deveres mútuos que necessitam ser adimplidos entre os integrantes do grupo familiar, o Poder Público continuará obrigado, por força legal (artigo 226, §8º da CF 88) de prestar assistência à família na pessoa de cada um de seus componentes, havendo assim, a consolidação da solidariedade social no âmago da família.

Quanto ao assunto, posiciona-se Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁶:

Esse princípio não apenas traduz a efetividade necessária que une os membros da família, mas, especialmente, concretiza uma especial forma de responsabilidade social aplicada à relação familiar. (...)

A solidariedade, portanto, culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Logo, é límpida a compreensão de que a o Princípio da solidariedade é imprescindível para a caracterização de qualquer grupo como uma família, uma vez que, a prática da solidariedade no ambiente familiar é natural da própria convivência afetiva entre os integrantes do núcleo.

3.4 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Talvez o Princípio da Afetividade seja o que mais íntima e plenamente envolva as relações familiares, e por isto, incansavelmente é posto como fundamento basilar do moderno Direito de Família, uma vez que, trivial é visualizar que em se tratando de um direito voltado aos vínculos familiares, a presença do afeto, sem sombra de dúvidas, se torna vultuosamente fortalecida.

Contudo, apesar da massificada abrangência do afeto no Direito das Famílias, realidade iniciada mediante a nova conjuntura constitucional, o texto de nossa Carta Política não se utilizou do termo “afeto” como direito fundamental, circunstância, porém, que não

⁶ Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família. As famílias em uma perspectiva Constitucional. Vol. 6. 3 Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p.95

afasta o referenciado princípio da trilha de direitos que estão interligados valorativamente a dignidade da pessoa humana.

De fato, é inegável a importância crescente que vem sendo atribuída à afetividade dentro do Direito das Famílias, e desta forma improvável é desconsiderar a análise da qualidade dos laços existentes entre os componentes do grupo familiar, que busca o baluarte da realização subjetiva da felicidade. Ou seja, se a coesão entre os integrantes da família tem como força propulsora o afeto, grande é a possibilidade de esta família atingir o bem comum capaz de efetivar a realização pessoal de cada indivíduo participativo.

Sendo assim, cada vez mais se valorizam os vínculos formados através da livre manifestação da vontade dos envolvidos nas relações familiares, de fomentação naturalmente constituída, espontânea, desviando-se dos moldes patrimonialistas e biológicos anteriormente utilizados pelo legislador para resguardar protetivamente a instituição família.

Hoje, a família pode ser visualizada em qualquer grupo intersubjetivo no qual seja possível identificar o alicerce afetivo sentimental. Isto significa que o conjunto de pessoas que optam por viver em comunhão pelo fato de se sentirem bem umas ao lado das outras, sem maiores dificuldades, receberá a denominação de família, independentemente de serem pessoas do mesmo sexo ou de sexo opostos; pelo grupo com mesmo interesse existencial, ainda que sem conotação sexual, e tantas outras estruturas, bastando tão somente ter como pilar de sustentação o afeto, surgindo a parentalidade socioafetiva.

Desta feita, evidente está que a família moderna não pode mais ser entendida sob o manto exclusivo da semelhança biológica e/ou formalidade matrimonial, ressaltando-se que estas premissas foram inabalavelmente exigidas à época da família patriarcal, respeitando-se as tradições de outrora. Atualmente, o modelo patriarcalista extinguiu-se no âmbito da legislação nacional, cenário resultante de uma série de transformações sociais que foram, de maneira descompassada, absorvidas pelo mundo jurídico, apontando-se a Constituição Federal como divisor de águas entre distintos posicionamentos axiológicos e formais.

Assim, fortaleceu-se o brilho da afetividade dentro da família e inevitavelmente a atenção científica destinada a creditar o valor familiar ao grupo de convívio tornou-se inadequado, não mais sendo a certeza biológica do parentesco, exclusivamente suficiente para firmar o laço familiar, sendo a partir de então, outros os valores capazes de traçar as relações humanas atinentes à família, não devendo-se confundir a identidade genética com a identidade de parentesco.

Neste diapasão, concluíram Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁷:

Com efeito, temos que o legislador incumbe apenas o reconhecimento do ente familiar, mas não a sua conceituação técnica delimitativa, excludente de outros agrupamentos não standardizados, pois se assim o fosse, estar-se-ia consagrando uma odiosa discriminação normativa, em franco desrespeito à superior principiologia constitucional.

O afeto é sem sombra de dúvidas a mola motriz de todo núcleo de convivência familiar, e estes devem ser vislumbrados como tal em virtude da ligação emocional existente entre os seus componentes, não havendo espaço para limitar as estruturas das famílias através do Ordenamento jurídico, utilizando-se para isto o engessamento dos vínculos interpessoais.

3.5 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

A família, como célula primordial de sustentação da sociedade, exerce um fundamental papel de engrenagem no processo de desenvolvimento do indivíduo dentro do cenário social ao qual pertence.

Indiscutivelmente, é no âmago da conformação familiar que cada ser, individualmente, evolui sua personalidade sociocultural, sua identidade subjetiva interna, ou seja, é dentro das relações familiares que o homem ocupa seu espaço nas mais variáveis lacunas de existência na comunidade.

Desta forma, a família, em adequação aos moldes constitucionais, funciona como sistema de busca pelo bem da sociedade, caracterizando-se como ambiente propício para a efetivação dos objetivos supremos da vida de cada integrante da família, sendo nesta conjuntura respeitados os contornos intrínsecos de cada um daqueles.

Estampado está que, a família não pode ser entendida como núcleo social dinâmico com satisfação em si, ou seja, impossível propagar na atualidade a interpretação de uma família com fim em si mesma, sendo imperiosa a concepção ideológica e fática de cuidar dos

⁷ Novo Curso de Direito Civil 6, 3º Ed. 2013 p.91

grupos familiares como solo fértil e eficaz para alcançar-se a felicidade social que reciprocamente irradia-se entre os indivíduos que vivem em união familiar.

A sociabilidade advinda da família e depositada no ser humano, consequência direta da função social desempenhada pelo conjunto interpessoal familiar, viabiliza realidades como: o parentesco civil iniciado mediante a socioafetividade, a aceitabilidade de configurações familiares diversificadas, entre outras, sendo esta perspectiva, mais uma vez de forma sábia e arraigada na obra tratada por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁸, como segue:

Como consectário desse princípio, uma plêiade de efeitos pode ser observada, a exemplo da necessidade de respeito à igualdade entre os cônjuges e companheiros, a importância da inserção de crianças e adolescentes no seio de suas famílias naturais ou substitutas, o respeito à diferença, em arranjos familiares não standartizados, como a união homoafetiva, pois, em todos esses casos, busca-se a concretização da finalidade social da família.

Logo, é notório que a família processa-se como principal vetor de socialização do ser humano enquanto indivíduo, agente de postura social, política, cultural e emocional, tornando capaz a satisfação das pretensões e temores humanos, não sendo cabível a negatória da função social da família no mundo jurídico, uma vez que, tal ideologia acarretaria reflexivamente em negar o viés social da própria sociedade.

3.6 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

O Direito das Famílias por mais que se apresente como um dos direitos em que os comportamentos humanos estão embebidos quase que exclusivamente na vontade pessoal, ou seja, na privacidade da livre escolha de cada indivíduo, não deve ser afastado por completo do caráter público, o qual, manifesta-se nas próprias normas.

Não obstante, apesar do publicismo que habita algumas das normas atinentes ao Direito das Famílias, não é saudável alimentar a conclusão de que o Estado deva regulamentar amplamente o cenário familiar. Cabe ao Estado interferir nos laços familiares, tão somente, com o fito de apresentar-se como protetor-provedor-assistente dos valores familiares,

⁸ Novo Curso de Direito Civil 6, 3º Ed. 2013 p.100

assegurando direitos e ampliando garantias a composição familiar, agindo neste sentido com o objetivo de subsidiar omissões ocasionadas pelo próprio grupo familiar, comportando-se o Poder Público como tutor da família, tornando-se estéril a figura do Estado protetor-repressor.

Vale lembrar quanto ao tema que o Direito das Famílias tem como um de seus mais importantes princípios a Afetividade, circunstância que logicamente justifica a menor força intervencionista do Estado sob a família, realidade que ocorre opostamente em outros ramos do Direito, podendo ser interpretado como prejudicial a atuação estatal que vise engessar, limitar, condicionar a base socioafetiva através do qual ergue-se um leque de realidades sociofamiliares.

Nesta esteira estabelece o Códex Civil vigente: “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Este dispositivo claramente trata da consagração do Princípio da Liberdade da Família, tudo sob a luz do Direito de Família, princípio que fortalecido fica ao considerarmos outro texto legal também contido no mesmo diploma, qual seja:

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1º (...)

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Desta feita, percebe-se facilmente a valoração da autonomia privada, partindo-se da premissa que o homem como ator proativo, munido de capacidade moral e racional para decidir acerca do que lhe é satisfatório ou prejudicial para si, necessitando ser respeitada a liberdade inafastável do homem de conduzir-se pelo caminho que melhor julgar, exigindo-se apenas que não cause danos aos direitos de outrem, assim como, não lesione valores inerentes a comunidade.

CAPÍTULO IV – AS FAMÍLIAS BRASILEIRAS

Durante muito tempo reinou inabalável a ideia de que a família somente poderia ser construída pela união de pessoas de sexo opostos, união esta, sacramentada pela celebração do matrimônio e com o resultado final na procriação, ou seja, a expansão do núcleo familiar através da prole. Contudo, pela natureza intrínseca do ser humano, que obviamente reflete no caminhar da sociedade, inúmeras e profundas modificações sociais aconteceram.

As revoluções ocorridas nos cenários da religião, do comportamento, da sexualidade, da economia e da política tornaram possíveis as alterações das concepções engessadas da família, decaindo o estereótipo do grupo familiar obrigatoriamente constituído pelo homem, na figura do pai; pela mulher, na função da mãe e pelos filhos enfraquecidos no decorrer do tempo.

Atualmente, a sociedade já absorveu as novas construções familiares, expandindo-se o conceito de família de forma a abranger as modalidades monoparentais, homoafetivas entre várias outras, não sendo mais aceitável a construção e utilização de expressões direcionadas a identificação de grupos familiares que se baseiem em ideologias discriminatórias e preconceituosas.

As relações jurídico-familiares tornaram-se plurais, existindo a regência da igualdade e da vontade nas condutas iniciadoras da família. A valoração do pluralismo, liberdade, democracia, solidariedade, humanismo e dignidade passaram a habitar a nova família brasileira, circunstância que viabilizou a proteção da pessoa humana.

Sendo assim, a família tornou-se capaz de proporcionar o alcance dos objetivos afetivos-emocionais dos seus integrantes, funcionando como um fértil ambiente para o desenvolvimento do indivíduo como agente social em busca da sua felicidade.

Quanto ao tema da diversificação das modalidades de famílias no contexto da Constituição Federal brasileira, posicionam-se Flávio Tartuce e José Fernando Simão⁹:

Justamente diante desses novos modelos de família é que se tem entendido que a família não pode se enquadrar numa moldura rígida, em suposto roltaxativo (*numerus clausus*), como aquele constante do Texto Maior. Em

⁹ Direito Civil 5 – Direito de Família, 8ª Ed., 2013, p.29

outras palavras, o rol constante do artigo 226 da CF/1988 é meramente exemplificativo (*numerus apertus*).

Indubitavelmente, nossa Carta Magna fortaleceu e consagrou o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tendo como vultuosos alicerces a garantia da igualdade e da liberdade, erguendo-se, nesta dicção, a figura do indivíduo como sujeito de direitos, efetivando-se a derogada dos entendimentos discriminatórios que tinham, em tempos passados, espaço no mundo jurídico, inclusive no âmbito do Direito de Família.

Portanto, imperioso se faz a utilização de critérios amplos, plurais e flexíveis na análise dos variados arranjos familiares, nunca se afastando do objetivo de harmonizar dentro da concepção de grupo familiar todos os vínculos intersubjetivos que por sua natureza afetiva e emocional possam ser daquela forma identificadas.

Dentre as múltiplas facetas da família moderna, podemos destacar, neste trabalho, as seguintes:

4.1 MATRIMONIAL:

A família matrimonial é aquela iniciada a partir do casamento, o qual é entendido como a chancela do Estado sobre a união dos cônjuges.

O grupo familiar concebido mediante o casamento foi a primeira ideia de família oficialmente tutelada pelo Poder Público. O Estado interessado em garantir a ordem social, através dos legisladores, atuou na regulamentação da vida privada dos cidadãos, instituindo-se leis voltadas a regular a interatividade sentimental dos casais, tudo com o azo de emoldurar parâmetros de moralidade ancorados numa série de proibições limitativas.

Importante destacar que à época da construção da supramencionada conjuntura legal da família, a Igreja Católica exercia grande poder de influência sobre o comportamento e as ideologias flagrantes no seio da comunidade, havendo neste momento histórico a consagração estruturada pela igreja da união entre homem e mulher, sendo esta a única aceitável e caracterizando-se como indissolúvel. Além desta verdade pragmática plantada e regada pelos religiosos, havia a concepção de realidade comportamental e valorativa da sociedade, defendendo a ideia do “crescei e multiplicai-vos”.

Notoriamente, o legislador brasileiro sai da sociedade e indissociável é a sua ligação com as experiências vividas como integrante da população. Assim sendo nosso legislador, influenciado pelas ideologias da igreja, refletiu os dogmas religiosos na Lei Pátria, firmando outrora o casamento como único acontecimento iniciador de um grupo familiar, o qual perceberia a chancela estatal mediante sua celebração através do Poder Público, produzindo-se os seus efeitos legais, além de ser conduzido e permitido por um leque de formalidades, dentre estas a obrigatoriedade de ser realizado entre um casal heterossexual.

Contudo, a dinamicidade dos acontecimentos sociais mais uma vez se fez valer, onde com o passar dos anos tornou-se cada vez mais comum a ocorrência de relacionamentos amorosos fora da formalidade do casamento, mesmo diante da pública resistência do Estado em lidar com as relações de convívio nascidos longe da regência estatal, circunstância fática que condicionou, durante muito tempo, vários casais a permanecerem à margem da legalidade.

No transcurso da história jurídica social brasileira, com o fito de harmonizar a realidade dos acontecimentos e a Lei, fora promulgada nossa atual Constituição Federal, a qual quebrou com o conceito de que o casamento seria o único e exclusivo acontecimento capaz de originar a família. A Carta Magna de 1988 envolveu as demais entidades familiares sob o manto da proteção, garantindo aos integrantes das mais variáveis estruturas de família o respaldo protetivo e garantidor da Lei, instituindo-se a vedação à interferência de qualquer pessoa, seja de direito público ou privado, sobre a conjuntura íntima da família, isto como reflexo direto do dever estatal de propiciar a especial proteção da família. Nesses termos, preleciona o artigo 1.513 do CC: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Hoje a família matrimonial é entendida como a que surge através do casamento perante o Estado, que de acordo com a Lei Civil (artigo 1.514) ocorrerá entre homem e mulher, que manifestaram a sua vontade de estabelecer o vínculo conjugal, anuindo em observar os direitos e deveres inerentes ao matrimônio e eficazes durante e após a dissolução, pelo divórcio ou morte, do casamento.

4.2 UNIÃO ESTÁVEL

A união estável nasceu num cenário social e jurídico, no qual, toda e qualquer conformação familiar erguida sem o albergue do matrimônio mantinha-se invisível para o Estado, não existindo previsão legal para os referenciados casos, logo, para a Lei somente a família, anteriormente tida como legítima, existia para a legislação.

Porém, embora tais formações familiares não terem sido custodiadas pela norma, o foram pela população, efetivando-se como uma realidade com vasta ocorrência na sociedade.

Durante anos, numa época em que não havia a perspectiva de dissolução do casamento no Brasil, muitos cidadãos vivam em união estável, haja vista que muitos casais mantinham-se casados formalmente, apesar de separados de fato, subjugando-se a não serem alcançados pela lei nesta comunhão informal.

No Brasil, o Decreto-Lei nº 7.036, datado do ano de 1944, foi o primeiro texto legal direcionado a resguardar algum direito a companheira, demonstrando-se o início da movimentação do Poder Legislativo em aproximar a Lei ao mundo real.

A ausência de norma que regulamentasse a união estável fez com que o judiciário preenchesse a lacuna existente, como relata Flávio Tartuce e José Fernando Simão¹⁰:

A jurisprudência do mesmo modo reconhecia direitos aos companheiros. Antes mesmo da previsão constitucional da união estável, na década de 1960, quando o instituto era tratado sob a denominação de concubinato, o Supremo Tribunal Federal assim sumulou: comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço em comum.

Dando continuidade a evolução legislativa no sentido de coadunar a realidade e norma, a Lei nº 6.015/1973, Lei dos Registros Públicos, permitiu a companheira a utilização do patronímico do seu companheiro.

Como resultado final da evolução legislativa em busca de também aproximar a norma dos acontecimentos sociais atinentes à família brasileira, veio a promulgação da Constituição Federal, que reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. A nova Ordem Constitucional trouxe a união estável, agora entendida como entidade familiar para baixo da tutela legal, prevendo a partir de então direitos e deveres para os companheiros,

¹⁰ Direito Civil V, Direito de Família, 8º Ed., 2013, p. 263 e 264

situação que indubitavelmente garantiu segurança jurídica a esta modalidade de relacionamento afetivo.

Consequência inevitável fora a reformulação do Código Civil com o azo de atualizar os seus dispositivos, principalmente no âmbito do Direito de Família, haja vista, a nova Carta Magna ter revolucionado uma série de realidades jurídicas.

Contudo, pode-se entender que a legislação infraconstitucional ao regular a união estável terminou por reproduzir muito das diretrizes legais já estabelecidas para o casamento. Assim como no casamento, o Diploma Legal Civil atribuiu uma gama de requisitos necessários para que a comunhão do casal pudesse ser visualizada como uma união estável, merecedora da tutela do direito e a qual impõem-se uma série de deveres.

Não obstante, apesar da regulamentação efetivada pelo Código Civil de 2002 acerca da união estável, restaram evidentes uma série de dúvidas quanto ao instituto mencionado, as quais residem em sua maior parte na aplicação do regime de bens.

No que tange a extensa regulamentação da união estável pelo Código Civil, posiciona-se a ilustre doutora Maria Berenice Dias¹¹:

A que também resta pouco a vontade do par, sendo possível afirmar que a união estável transformou-se em um casamento por usucapião, ou seja, o decurso do tempo confere o estado de casado. A exaustiva regulamentação de união estável gera um dirigismo não querido pelos conviventes, uma vez que optaram por não casar.

Hoje, de acordo com o art. 1.723 do CC, pode-se inferir que a união estável é o grupo familiar constituído pela união de um homem e uma mulher mediante uma convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o intuito de formar uma família, tratando-se o referenciado artigo da regulamentação do dispositivo contido no art. 226, §3º da Constituição Federal vigente.

4.3 RECONSTRUÍDAS/RECOMPOSTAS/ENSAMBLADAS

As famílias mosaicos, também conhecidas como reconstruídas, ou recompostas, ou até mesmo ensablamadas (termo comumente utilizado na Argentina), podem ser definidas como

¹¹ Manual de Direito das Famílias, 8º Ed., Ver. Atual. e Ampl., 20011, p.47

aquelas que surgem a partir do casamento ou união estável de um casal, no qual, ao menos um dos participantes já possui prole.

A dinamicidade e efemeridade das relações afetivas na sociedade atual fez com que os divórcios, as separações, os abandonos, adquirissem status de acontecimentos corriqueiros no cenário familiar brasileiro.

Tornou-se comum a busca pela satisfação emocional alcançada pela conquista do sentimento afetivo nascido entre os casais. Logo, indivíduos que tem findados seus casamentos ou uniões de companheiros continuam a desejar o estabelecimento da felicidade mediante a constituição de um novo vínculo conjugal ou de companheirismo.

Na família reconstruída o núcleo organiza-se alicerçado no casal, onde um ou ambos que tiveram experiência com o matrimônio ou união estável, trazem a reboque dessas experiências a existência de filhos, havendo assim a mistura de vínculos parentais.

No que tange as famílias pluriparentais, Maria Berenice Dias entende que¹²:

As famílias pluriparentais são caracterizadas pela estrutura complexa decorrente da multiplicidade de vínculos, ambigüidade das funções dos novos casais e forte grau de interdependência. A administração de interesses visando equilíbrio assume relevo indispensável à estabilidade das famílias.

Indiscutível é a crescente popularização desta modalidade de família, circunstância que em breve espaço de tempo obrigará que os Poderes Legislativo e Judiciário destinem atenção necessária ao tema.

4.4 MONOPARENTAL

O texto constitucional no desenvolvimento das ideias vinculadas ao grupo familiar, no seu art. 226, §4º estabeleceu que a “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” seria também compreendida com entidade familiar.

Esta modalidade familiar doutrinariamente foi denominada de “família monoparental”, a qual, apesar de permanecer apenas o entrelace das ligações afetivas de um dos genitores com a prole, recebeu amparo especial da legislação, destinando o Poder Constituinte proteção legal a esta configuração familiar.

¹² Manual de Direito das Famílias, 8º Ed., Ver. Atual. e Ampl., 20011, p.50

Apesar da monoparentalidade familiar ter recebido atenção legislativa somente com a promulgação da Carta Política de 1988, esta conformação de família há muito tempo existe no seio da sociedade. Comum sempre foi a existência do abandono efetivado pelo marido/genitor, que deixava o lar renegando a mulher e a sua prole. Contudo, apesar da grande quantidade de grupos familiares que vivenciaram esta realidade, o direito nunca havia encarado os núcleos de comunhão resultantes do fenômeno acima delineado como grupos familiares, restando a estes acomodarem-se à margem da Lei, circunstância modificada com a promulgação da CF/88.

Logo, diante da existência e reconhecimento da família monoparental, necessário se faz tratar da origem deste grupo, o qual poderá ser classificado como originário ou superveniente. Quanto ao tema, brilhantemente discorre Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹³:

Na primeira espécie, em que a família já se constituiu monoparental, tem-se, como exemplo mais comum, a situação da mãe solteira.

Salienta-se que tal situação pode decorrer de múltiplos fatores, desde a gravidez decorrente de uma relação casual, passando pelo relacionamento amoroso estável que não subsiste ao advento do estado gravídico (pelo abandono ou irresponsabilidade do parceiro ou mesmo pelo consorte) até, inclusive, a conhecida “produção independente”.

Já a família monoparental superveniente é aquela que se origina da fragmentação de um núcleo parental originariamente composto por duas pessoas, mas que sofre os efeitos da morte (viuvez), separação de fato ou divórcio.

Não obstante, indiferentemente de qualquer aspecto relacionado ao início ou modalidade de família monoparental, este conjunto familiar guardará a mesma abrangência protetiva, estabelecendo em seu favor o poder familiar e os vínculos de filiação.

Indubitavelmente, quando o Constituinte lançou sobre a família monoparental o manto da proteção constitucional, ocasionou de imediato a aproximação entre a lei e uma realidade social que, outrora, havia sido esquecida pelo Ordenamento Jurídico Pátrio. Diante da considerável parcela da população que vivia na condição de integrante das famílias monoparentais, imperiosa se tornou a necessidade de retirar as famílias constituídas por apenas um dos genitores e seus(s) descendente(s) do patamar de grupo discriminado para

¹³ Novo Curso de Direito Civil VI, Direito de Família – As Famílias em Perspectiva Constitucional, 3º Ed., Ed. Saraiva, 2013, P. 512

grupo familiar detentor de direitos, não havendo mais como ignorar a importância e extensão da família monoparental na sociedade.

Por fim, ressalta-se que havendo a certeza da condição efetiva de família ao grupo monoparental, situação trazida pela nova Ordem Constitucional, aclarado está que todas as disposições inerentes ao Direito de Família são aplicáveis ao núcleo delineado, não cabendo qualquer tipo de posicionamento preconceituoso e pejorativo, não podendo-se deixar de mencionar que a família monoparental não possui até então regulamentação normativa própria, que direcione seu trajeto jurídico, estando sua previsão limitada a Constituição Federal.

4.5 PARENTAL

Claramente pode-se verificar que após a vigência da Constituição Federal de 1988, a família brasileira libertou-se das antigas imposições taxativas que eram exigidas para o reconhecimento de um grupo como família. Dentre as imposições destaca-se aquela que cobravam a necessidade de natureza sexual da relação, o parâmetro das gerações constituintes do grupo familiar e até mesmo a indispensável relação de parentesco entre os membros.

Contudo, ainda que a nova Ordem Constitucional tenha expandido o entendimento acerca da família, não atuou no sentido de elencar todas as possibilidades de organização dos núcleos de convivência que atualmente emergem da sociedade.

Mesmo restando tal lacuna no texto legislativo mor, não é possível nos dias atuais, diante da evolução e amadurecimento valorativo das relações familiares, extorquir dos grupos de convivência, sejam estes formados por parentes ou não, a cobrança do cumprimento de requisitos preestabelecidos que não estejam vinculados a identificação afetiva e de afinidade que, verdadeiramente, expressam a configuração de uma família. Assim, posiciona-se Maria Berenice Dias¹⁴:

Também não se pode afirmar que é necessária a diversidade de sexo para gerar efeitos no âmbito do direito das famílias. Igualmente, a diferença de gerações não pode servir de parâmetro para o reconhecimento de uma estrutura familiar. não é a verticalidade dos vínculos parentais em dois

¹⁴ Manual de Direito das Famílias, 8º Ed., Ver. Atual. e Ampl., 2011, p.48

planos que autoriza reconhecer a presença de uma família merecedora de proteção jurídica.

Desta feita, resta destacar por fim que, os grupos formados por pessoas que por vontade própria e com união de esforços convivam no mesmo lar na busca do bem comum para todos não pode deixar de ser compreendida como uma família, uma vez que, evidente Encontra-se presente a afetividade que torna coesa a ligação dos integrantes. Estas famílias são doutrinariamente denominadas de parentais ou anaparentais.

4.6 HOMOAFETIVA

Apesar de toda a revolução jurídica e social que adveio da nova ordem constitucional, destacando-se que imensuráveis foram os benefícios oriundos através da Carta Política de 1988 para o Direito de Família e mais ainda para os indivíduos, uma vez que, foram estes que usufruíram dos efeitos da evolução legal ocasionada pela atual Constituição Federal, não se pode deixar de relatar a lacuna em branco existente no bojo do texto maior em virtude da ausência do assunto pertinente as relações homoafetivas.

No que diz respeito aos vínculos afetivos firmados entre casais do mesmo sexo, o constituinte olvidou-se em tratar do tema, ainda que, à época a homoafetividade já se apresentasse como uma realidade social.

A Constituição fervorosamente protegeu e ampliou a valoração da Dignidade da Pessoa Humana, a Liberdade, Igualdade, o Afeto nas relações familiares e tantos outros princípios e preceitos altruístas e democráticos, e acabou mesmo, que por omissão, a discriminar aqueles que orientavam-se no sentido de construir laços homoafetivos. De maneira enfática, Maria Berenice Dias¹⁵ direciona seu discurso sobre o tema:

Por absoluto preconceito, a Constituição emprestou, de modo expresse, juridicidade somente às uniões estáveis entre homem e mulher, ainda que em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável heterossexual. A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir status de família, merecedora da proteção jurídica do Estado, pois a Constituição (1º, III) consagra, em norma pátria, o respeito à dignidade da pessoa humana.

¹⁵ Manual de Direito das Famílias, 8º Ed., Ver. Atual. e Ampl., 2011, p. 47

Indiscutivelmente a homoafetividade é uma realidade social, e há tempos já não se pode tratar esta parcela da população como grupo minoritário, haja vista, o considerável e volumoso percentual de cidadãos que hoje livremente exercem sua sexualidade.

Nesta esteira não seria absurdo afirmar que no que tange as relações afetivas entre pessoas do mesmo gênero, a Constituição Federal não foi capaz de aproximar, harmonizar, sincronizar a realidade fática dos acontecimentos populares e a Legislação, circunstância que causou prejuízos extensos aos casais homoafetivos, pois, se a nossa Lei maior não concedeu tutela alguma a estes casais, como o ordenamento infraconstitucional poderia albergar algum direito aos homoafetivos que buscassem tão somente a construção de uma família.

Logo, se a força motriz fundamental da Constituição Federal vigente alicerça-se na observância fiel e íntegra da Dignidade da Pessoa Humana, não pode o Poder Público afastar do mister de materializar no seio social a igualdade e liberdade de que são destinatários todos os indivíduos, sem que possa existir distinções de qualquer natureza.

A interação sexual é indissociável do ser humano, renegar este aspecto intrínseco do indivíduo é automaticamente ignorar a própria condição pessoal humana de cada cidadão, restando aos homoafetivos dissimular sua sexualidade obrigando-os a comportarem-se de maneira não natural para si, ou, vivenciarem a liberdade de assumir sua sexualidade, ficando, no entanto, descobertos pelo amparo do Direito de Familiar, uma vez que, as normas deste ramo do direito não custodiaram as relações homoafetivas.

Contudo, apesar da omissão Constitucional quanto a regulamentação de direitos e deveres familiares dos casais de mesmo gênero, nosso Poder Judiciário vem gradativamente consolidando efeitos jurídicos as relações homoafetivas, apesar de ainda reinar sobre o tema uma visão dessintonizada com a realidade.

CAPÍTULO V – UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO HOMOAfetIVO – LEGISLAÇÃO, PRINCÍPIOS E JURISPRUDÊNCIA

A nova Ordem Constitucional brasileira erguida sobre as sólidas bases da Carta Magna de 1988 alargou os horizontes do Direito de Família. Com a promulgação da CF vigente, novos grupos, os quais preteritamente não recebiam a tutela legal, passaram a ser vislumbrados como entidades familiares, causando, inclusive, uma aproximação entre a realidade social e o mundo jurídico, sendo o grande brilho de todo este processo o fortalecimento do princípio da Dignidade da Pessoa Humana para o Ordenamento Jurídico brasileiro.

Contudo, não pode permanecer tranquilo o mundo jurídico diante das omissões existentes nas Leis que tratam do Direito de Família pátrio, oportunamente destacado aqui, as lacunas atinentes as relações homoafetivas, uma vez que, dispositivos normativos por vezes foram desenvolvidos dentro de visões que não acompanharam a valoração dos princípios da igualdade e da liberdade, premissas fundamentais da Carta Política de 1988.

Apesar da ampliação e fortalecimento do direito de família, através de um processo de democratização familiar não impediu que disposições legais fossem estruturadas de maneira a carregar o resquício de preconceito residente na concepção do Legislador, conforme pode-se depreender abaixo:

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

§1º (...)

§2º (...)

§ 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.

De forma semelhante prevê o Código Civil Brasileiro em seu artigo 1.723: **“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”**. (grifo nosso)

O preconceito quanto às relações homoafetivas incutidas no legislador e transferido para a Lei também pode ser percebido no artigo que se segue: “Art. 1.565 CC **-Pelo**

casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”. (grifo nosso)

A simples leitura dos dispositivos legais acima transcritos, desembaraçadamente, comprovam que tanto a união estável quanto o casamento foram previstos exclusivamente para os casais heterossexuais, restando aos casais homoafetivos limitarem-se numa situação desabrigada da tutela legal, circunstância que atualmente vem causando tremendo imbróglis jurisdicionais, tendo em vista que, as relações homoafetivas tornaram-se corriqueiras e socialmente aceitáveis, e estes núcleos de convivência afetiva passaram a buscar direitos, almejando segurança jurídica para suas relações.

De maneira geral, entende-se no cenário doutrinário jurídico e sociológico que a homossexualidade é tão antiga quanto à heterossexualidade, tanto assim é que o mestre Paulo Roberto Iotti Vecchiatti¹⁶ fez o seguinte comentário acerca da história da homossexualidade:

Acompanha a história da humanidade e, se nunca foi aceita, sempre foi tolerada. É uma realidade que sempre existiu, e em toda parte, desde as origens da história humana. É diversamente interpretada e explicada, mas, apesar de não a admitir, nenhuma sociedade jamais a ignorou.

Importante se faz relatar com o fito de fortalecer as ideias acima relacionadas, o fato de que nas sociedades primitivas as práticas homossexuais eram normais, com ampla aceitabilidade social, havendo, inclusive, a institucionalização da cultura homossexual, devendo oportunamente ser exaltada que a identidade homossexualista da época mencionada diferia completamente da atual identidade, uma vez que, nos tempos primitivos as modalidades comportamentais relacionadas à sexualidade habitavam o mesmo degrau, não havendo maiores preocupações em qualificar ou valorizar de maneira diversa a homoafetividade da heteroafetividade, por exemplo, haja vista, tais aspectos serem à época compreendidos com o mesmo grau de naturalidade. Como exemplo de sociedades antigas que enquadravam-se no contexto da institucionalização da homossexualidade pode-se citar a da Grécia Clássica e do Império Romano.

No entanto, com o caminhar dos anos a relação afetiva entre indivíduos do mesmo gênero passou a ser entendida de uma maneira bem menos harmônica, conjuntura que iniciou-se em séculos precedentes a Cristo e perdurou até o final do século XIX, período em que,

¹⁶ Manual da Homoafetividade – Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos, 2º Ed. 2012, p.04

incontestavelmente, havia uma intensa interatividade entre a religião e os acontecimentos históricos.

A consolidação do Cristianismo que notoriamente influenciou fortemente o desenvolvimento da sociedade nos mais variados patamares da sua existência, sendo evidente o repúdio construído em desfavor do comportamento homossexual. Esta postura foi veementemente trabalhada ao longo dos séculos, situação que garantiu força aos posicionamentos fundados no preconceito e discriminação, não só das instituições religiosas, mas também de grande parcela da população contra a homoafetividade.

Durante a Idade Média pouco alterou-se a concepção da sociedade perante os relacionamentos homoafetivos, à época a Igreja Católica Apostólica Romana, a qual figurava como indiscutível influenciadora das verdades religiosas vividas pela população, estruturou o entendimento que somente o envolvimento sexual destinado a procriação e efetivado dentro do casamento deveria ser moralmente aceito, havendo intensa marginalização e repúdio dos atos destoante da narrada ideia.

Numa sequência temporal, adveio o afloramento do pensamento humanista, que trouxe a reboque a recuperação das ideias iluministas, através das quais buscou-se cientificamente explicar os fenômenos da vida, dentre estes a homossexualidade. Neste sentido, o comportamento homoafetivo deixou de ser compreendido unicamente com uma mácula moral e espiritual do ser humano, guardando a partir de então um entendimento de patologia humana, conforme expõe, brilhantemente, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti¹⁷:

Isso fez que as pessoas deixassem de ver a homossexualidade como um “pecado”, passando a encará-la como uma “doença” que precisava ser tratada. Em vez de considerarem-na normal, pela evidente ausência de provas em sentido contrário, fizeram o oposto: consideraram-na uma “anomalia” pela ausência de comprovação da sua normalidade, em uma atitude inacreditavelmente ilógica – afinal, só se pode considerar “doença” um comportamento simplesmente incomum (minoritário), do qual não se tem notícia de nenhum efeito prejudicial àquele(a) que o possui (a saber, a pessoa homossexual apenas em razão de sua homossexualidade)

Outrossim, foi posto fim à concepção patológica da homossexualidade no final do século XX, havendo continua recepção deste entendimento pelos mais importantes institutos e organismos vinculados a saúde no contexto mundial.

¹⁷ Manual da Homoafetividade – Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos, 2º Ed. 2012, p.

Em se tratando do Brasil, concomitantemente ao fato da homossexualidade libertar-se do caráter associado à doença, desvio psicológico-comportamental e perverso, também ocorreu a absorção da tolerância quanto aos indivíduos homossexuais, ocorrendo paulatinamente a aproximação da heterossexualidade com a homossexualidade no que diz respeito à naturalidade dos comportamentos.

Emerge da breve dicção histórica levantada acima algumas das explicações acerca de toda a ausência de proteção legislativa voltada aos indivíduos homossexuais, restando que, apesar de toda a evolução ampliativa dos direitos assegurados da Dignidade da Pessoa Humana, germinada sobre a nova Ordem Constitucional trazida pela atual Carta Política nacional, aqueles que efetivam relacionavam-se com pessoas do mesmo gênero, ainda sofrem os resquícios de preconceitos arraigados no atual Ordenamento Jurídico.

O próprio Código Civil de 2002 que nasceu envolto em expectativas atinentes ao leque de direitos por ele abarcados, não atingiu satisfatoriamente os anseios da sociedade. Aguardava-se que com a promulgação do CC/02 acontecesse o tão esperado pareamento entre a norma e a realidade doutrinária e jurisprudencial, o que não ocorreu. Quanto ao tema dissertou a Doutora Fabíola Santos Albuquerque¹⁸:

A sociedade, já adaptada aos avanços doutrinários e jurisprudenciais obtidos com os influxos da constitucionalização do direito civil, mediante a técnica de aplicação dos princípios constitucionais, viu-se perante uma lei que, apesar do compromisso de contemporaneidade, na verdade reproduziu valores que há muito não faziam parte do cenário social.

Na verdade uma fenda abissal se estabeleceu entre a Constituição Federal de 1988, mas, especificamente, entre os postulados da constitucionalização do direito civil e da codificação civil de 2002.

Temas como família monoparentais, famílias homoafetivas e suas repercussões, a exemplo da adoção, entre outros, não receberam qualquer menção, nenhuma referência no âmbito da codificação.

Enquanto isso, em sede de doutrina e jurisprudência, com base na constitucionalização do direito civil, e na compreensão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, já eram temas com debate consolidados.

Não obstante, a própria Constituição Federal apesar de todo o seu direcionamento em garantir o baluarte da Dignidade da Pessoa Humana lastreado sobre as bases da igualdade e liberdade inerentes a todos os indivíduos sob a jurisdição nacional em nenhum momento no

¹⁸ Manual do Direito Homoafetivo, Cap. 2 - O julgamento do STF da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132 em perspectiva civil e constitucional, 2013, p. 54

bojo do seu texto se faz menção explícita sobre o tema da orientação sexual, sendo oportuno citarmos a Doutora Melina Girardi Fachin¹⁹:

A ausência expressa do tema no texto Constitucional, por certo, responde à herança da dominação cultural pautada em valores androcêntricos e reducionismos religiosos intolerantes que prevalecia, e infelizmente ainda prevalece, no cenário pátrio. Isso se espelha nos elevados indicadores das práticas discriminatórias registradas ainda hoje em nosso país, consoante entoam as vozes da doutrina.

Todavia, embora não haja regulamentação normativa específica com o fito de tutelar os direitos homoafetivos, é imprescindível atentarmos que a Carta Política datada de 1988 possui total capacidade para propulsionar a adequação entre a Lei maior e a proteção dos direitos inerentes ao indivíduo, haja vista que, a luz da nova Ordem Constitucional a garantia da liberdade de identidade sexual parte da interpretação erguida com alicerce nos demais valores principiológicos ancorados na própria Constituição, tendo como bússola orientadora a garantia da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, o entendimento evoluído acerca da proteção da dignidade da pessoa humana, não se guardou obstaculada em assegurar os direitos homoafetivos apesar da inexistência de dispositivos legais específicos com este fim, uma vez que, o sistema constitucional de direitos fundamentais delineados em nossa Lei maior funcionam como catalizadores de resoluções dos conflitos nascidos dos anseios da sociedade ao longo do seu caminhar.

Tal compreensão ficou evidentemente utilizada no julgamento da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132, julgados que constam no mundo jurídico como históricos divisores de águas no Direito Pátrio no que tange as relações homoafetivas.

O julgamento ocorreu no ano de 2011 e não fosse a utilização de um entendimento voltado a garantir e incluir direitos atrelados a consolidação da eficácia da norma constitucional não atingir-se-ia o acórdão final, uma vez que, os Douto Julgadores se resguardaram a interpretar apenas a letra da Lei e em especial o Diploma Civil de 2002, por não existir previsão específica no sentido de tutelar direitos aos integrantes de relações homoafetivas, onde os referenciados julgados não teriam sido construídos de maneira tão positiva para os interesses desta parcela da sociedade.

¹⁹ Manual do Direito Homoafetivo, cap. 3 – O Direito Homoafetivo à Luz dos Princípios Constitucionais: A Policromia da Fotografia da Família Contemporânea na Moldura Constitucional, 2013, p. 59

Os julgamentos ora referenciados giravam em torno da possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoa do mesmo gênero, ou seja, casais homoafetivos que pretendiam ter reconhecida sua natureza familiar da união afetiva vivenciada, tendo como eixo de discussão jurídico-legal à aplicação do artigo 1.723 do CC com embasamento na interpretação direta da Constituição.

É límpida e notória a realidade textual de que a Carta Política brasileira ainda não atribui ao termo “família” significado algum, pertencendo ao indivíduo o direito de estruturar a sua família, podendo-se falar num direito fundamental familiar, sendo inaceitável o posicionamento interpretativo que cause limitações a ideia de grupo familiar, devendo ser respeitada a forma da família brasileira dentro da pluralidade que lhe é peculiar. Nesse sentido destaca Fabíola dos Santos Albuquerque²⁰:

A Constituição Federal de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de designação jurídica. Resta configurada a proibição da discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano de dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual da cada qual deles. Ingressa na seara dos direitos fundamentais do indivíduo a liberdade para dispor da própria sexualidade, bem como o exercício da autonomia da vontade.

É clara a perspectiva constitucional de valorizar e estimular no ser humano na necessária busca pela felicidade pessoal, não havendo possibilidade desta busca alcançar êxito sem o reconhecimento da preferência sexual de cada indivíduo, aspecto da humanidade de cada ser e que advém do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesta seara, o referido princípio destaca-se como instrumento possibilitador de inclusão e ampliação de direitos fundamentais, iluminando-os de forma a torná-los indissociáveis uns dos outros, circunstância possibilitadora do pleno exercício do Direito de Família.

Equiparadamente dispõe Melina Girardi Fachin²¹:

²⁰ Manual do Direito Homoafetivo, Cap. 2 - O julgamento do STF da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132 em perspectiva civil e constitucional, 2013, p. 54

²¹ Manual do Direito Homoafetivo, cap. 3 – O Direito Homoafetivo à Luz dos Princípios Constitucionais: A Policromia da Fotografia da Família Contemporânea na Moldura Constitucional, 2013, p. 65

Consoante já explicitado, a partir da moldura protetiva inaugurada pela Carta Constitucional de 1988 foi possível, ainda que com atraso, ver emergir, por meio de construção crítica e evolutiva dos significados constitucionais, na jurisprudência pátria recente, decisões acerca da tuteladas demandas de reconhecimento familiar dos relacionamentos homoafetivos. Nesse contexto, desapontaram as decisões do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº132 e ADIN nº 4.277, na qual a forma de constituição familiar união estável foi estendida aos homoafetivos.

Todavia, além da união estável homoafetiva, que como pode ser visto acima já encontra espaço no cenário doutrinário e jurisprudencial brasileiro, outra forma dos casais homoafetivos exercerem os direitos vinculados as vivências familiares é através do casamento civil, uma vez que, as demais modalidades de relacionamentos afetivos, a saber: namoro, concubinato, etc., não possuem a capacidade de ancorar a proteção albergada no Direito de Família. Perante esta compreensão, o não reconhecimento da possibilidade jurídica do casamento civil ao segmento homoafetivo da sociedade seria condená-lo a permanecer numa conjuntura social furtada de segurança jurídica.

Ora, importante se faz refletir que o Estado brasileiro não fomenta restrições no âmbito da orientação sexual, sendo livre o posicionamento do indivíduo quanto a prática homo ou heteroafetiva, sendo, portanto, no mínimo contraditório o Estado obstacular de qualquer forma a legitimidade jurídico-familiar dos núcleos de convivência firmados entre pessoas do mesmo sexo, haja vista, o referenciado posicionamento, indubitavelmente desagradaria na efetivação de práticas discriminatórias, circunstância claramente defesa pela CF.

A parcela da doutrina e jurisprudência que nega a possibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo tem como fundamento legal para sua parcialidade o dispositivo emoldurado no artigo 1.514 do CC, como segue: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”.

Com base na literalidade do artigo supramencionado, aqueles contrários ao casamento civil entre indivíduos do mesmo gênero, justificam que as diferenciações dos sexos integrantes do casal é imprescindível para atingir-se uma das condições para o casamento, ou seja, o casamento somente seria possível entre homem e mulher.

Quanto ao tema discorre Pablo Roberto Iatti Vecchiatti²²:

A expressão “o homem e a mulher” não tem o condão de impedir o casamento civil homoafetivo, na medida em que os impedimentos matrimoniais são proibições explicitamente apostas pela Lei no artigo 1.521 ou em outros dispositivos esparsos que declaram a nulidade ou anulabilidade do casamento civil. A referência a homem e a mulher significa tão somente a regulamentação do fato heteroafetivo, sem que isso signifique a proibição do fato homoafetivo para a mesma finalidade, por interpretação extensiva ou analógica.

Tomando-se como norte o princípio constitucional da isonomia, trivial é a perspectiva que a compreensão direcionada a negar a possibilidade do casamento civil homoafetivo ergue-se sobre a vultuosa valoração discriminatória, uma vez que, abriga como resultado final a diminuição dos direitos familiares destinados aos casais do mesmo sexo em comparação aos casais heteroafetivos, os quais, nesta contextualização descrita, seriam os únicos a terem acesso a amplitude dos direitos de família.

Tanto na união estável quanto no casamento o objetivo da proteção reside na família, a qual nasce para a comunhão extensiva da vida, o compartilhamento recíproco de interesses, na busca implacável pela felicidade do grupo, encontra-se recoberta de publicidade e linearidade. E nesse trajeto qualquer que seja a família, hetero ou homoafetiva, se enquadrará nos moldes estabelecidos no artigo 1.511 do Diploma Civil, que segue: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Ou seja, se em casal do mesmo gênero ou casal de sexos diferentes, houver o entrelace amoroso-afetivo capaz de tornar coeso a estrutura do casal, invariavelmente este deve ser entendido como indivíduos aptos a casar, observados os demais critérios legais, existindo total potencial para configuração de entidade familiar.

Brilhantemente, posiciona-se Paulo Roberto Iatti Vecchatti²³:

Ou seja, as uniões homoafetivas são idênticas às heteroafetivas, tendo em vista que ambos os casos temos duas pessoas que se amam e querem desenvolver uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura uma com a outra, amor este que é o elemento formador da família contemporânea. Dessa forma, é aplicável a interpretação extensiva à Lei do casamento civil para a possibilitá-la às uniões homoafetivas.

²² Manual da Homoafetividade – Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos, 2º Ed. 2012, p.244

²³ Manual da Homoafetividade – Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos, 2º Ed. 2012, p.249

Por fim, pode-se concluir que a Lei mantém-se, apesar de toda a revolução principiológica ocasionada pela vigente Constituição Federal, omissa quanto à ligação afetiva entre pessoas do mesmo gênero.

Legalmente não há proibição, contudo, também não há previsão de forma explícita e contudente, restando, como forma de aproximar a Lei da realidade social existente, assim como, por ser medida de justiça, interpretar a Lei de forma extensiva e analógica aos acontecimentos que apresentam significados valorativos idênticos, merecendo ser providenciado aos acontecimentos semelhantes, proteção normativa e jurisdicional iguais, independentemente que uma das situações não esteja expressamente prevista na lei. Portanto, por possuírem o mesmo valor protegido na norma, merecem ambas a tutela jurídica em igual proporção.

CAPÍTULO VI - MULTIPARENTALIDADE E ADOÇÃO HOMOAfetiva: POSSIBILIDADE JURÍDICA E SOCIAL

Antes de tecermos comentários acerca da multiparentalidade e adoção homoafetiva, se faz necessário discorrer brevemente sobre o que vem a ser adoção.

O Instituto da adoção surgiu com a missão de proteger e resguardar os direitos de crianças e adolescentes que tiveram suas famílias biológicas desfeitas, ofertando a pessoas estranhas à linha natural, a oportunidade de inserirem um novo membro no seu seio familiar, membro este, que não mantém vínculo biológico, mas apenas o afeto desenvolvido mutuamente para determinar o surgimento da filiação.

Na visão dos doutrinadores civilistas Pablo Stolze Gagliano e Rodrigo Pamplona Filho²⁴, “a adoção seria um ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, excepcional, irrevogável e personalíssimo, que firma a relação paterno ou materno-filial com o adotando, em perspectiva constitucional isonômica em face da filiação biológica”.

Já, segundo disposto na Cartilha “Adoção Passo-a-Passo”, criada pela AMB (Associação dos Magistrados do Brasil)²⁵:

A palavra adoção vem do latim *adoptare*, que significa escolher, partilhar, dar o seu nome a, optar, ajuntar, escolher, desejar. Do ponto de vista jurídico, a adoção é um procedimento legal que consiste em transferir todos os direitos e deveres de pais biológicos para uma família substituta, conferindo para crianças/adolescentes todos os direitos e deveres de filho, quando e somente quando forem esgotados todos os recursos para que a convivência com a família original seja mantida. (p. 09)

Desta forma, a adoção é o meio de inserção da criança/adolescente em família substituta, inserção esta que ocorre inicialmente com a extinção do poder familiar da família de origem, passando pelas etapas da adoção até a conclusão do processo. A CF de 1988, em seu art. 226, §6º, veio garantir a igualdade material entre filhos consanguíneos e adotivos, passando a proibir qualquer tipo de discriminação relativa à filiação, preconizando ainda em

²⁴Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família. As famílias em uma perspectiva Constitucional. Vol. 6. 3 Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. P.664

²⁵<https://www.amb.com.br/mudeumdestino/docs/Manual%20de%20adocao.pdf>

seu art.227, §5º que a adoção será assistida pelo Poder Público, onde serão estabelecidas as formas e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

Já a Lei nº 12.010/09, veio regulamentar a adoção, dando um tratamento uniforme, extinguindo a antiga modalidade da adoção contratual que seria feita sem fiscalização alguma dos órgãos responsáveis e se dava pela livre vontade das partes, passando a depender todas de uma decisão judicial emitida por umas das Varas da Família ou Infância e Juventude para que viesse a produzir efeitos jurídicos.

A adoção pode ser realizada conjunta ou unilateralmente. Quando falamos em adoção conjunta, nos referimos àquelas em que casais (casados ou que vivem em união estável) se dispõem a adotar uma criança, casais estes que podem ser tanto hetero como homoafetivos. Na adoção homoafetiva, a certidão de nascimento da criança/adolescente constará o nome de duas mães ou de dois pais em um dos polos, caracterizando-se assim a chamada adoção multiparental homoafetiva, que será explicitada melhor no decorrer deste capítulo.

Tendo como inabalável a certeza de que os casais homoafetivos, sejam estes estruturados na união estável ou casamento, recobrem-se sob o manto da entidade familiar, imperioso se faz reconhecer o direito de se tornarem pais, ou seja, terem filhos, registrá-los e exercer toda a gama de direitos e deveres inerentes a tal circunstância.

No que tange ao assunto é valioso trazer a baila o enunciado esculpido no art. 266, §7º da nossa Lei Maior, conforme segue:

Art. 226 CF -§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Mediante a leitura do texto constitucional acima transcrito, desembaraçada é a percepção que repousa sobre o casal da livre decisão acerca do planejamento familiar, não sendo demais afirmar que tal prerrogativa indubitavelmente estende-se aos casais homoafetivos, não estando o direito de planejamento familiar restrito aos casais heteroafetivos, posicionamento sustentado na valoração principiológica constitucional e na realidade fática da caracterização do convívio entre iguais como família.

Após as inúmeras transformações sofridas pela família brasileira ao longo dos anos, num processo de construção de um novo contexto vinculativo entre sociedade e família, é claro o direcionamento estatal em proteger o grupo familiar delineado no afeto, no amor, no companheirismo e na busca pelo bem estar de todos os integrantes, nascendo importantes

aspectos secundários em contraposição destes elencados, no qual discorre Paulo Roberto IattiVecchiatti²⁶ como segue:

Ademais, mudou-se o paradigma de família contemporânea, de uma que visava à filiação preponderantemente, para a criação de mais mão de obra e de transmissão do patrimônio do homem para sua prole “de sangue”, para uma que tem no amor a sua essência também com relação ao tratamento dispensado aos filhos do casal. Assim, verificou-se a construção cultural de um arquétipo que coloca como situação ideal de vivência de filhos, sejam eles biológicos ou adotivos.

É neste cenário que defende-se a possibilidade da adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, partindo-se da concepção de que o ambiente familiar, no qual, o amor e o afeto são amplamente cultivados, é o mais favorável para o fortalecimento dos laços intersubjetivos entre os integrantes dos núcleos de convivência, sem os quais dificilmente pode-se obter o desenvolvimento salutar dos parâmetros psicológicos, emocionais, sociais e educacionais de qualquer criança ou adolescente, onde no interior de um grupo familiar os infantes devam alcançar a abrangência máxima de sua socialização.

Ao mesmo tempo não se pode negar aos casais construídos pela união afetiva e amorosa de pessoas do mesmo sexo, que atinjam todos os requisitos objetivos e subjetivos para a conceituação de entidade familiar e o direito de constituírem prole, uma vez que, o impedimento à ampliação da família se baseia numa visão discriminatória e preconceituosa, tomando como motivação do impedimento qualquer preceito principiológico ou legal, condutas imperiosamente vedadas por nossa CF, criando-se uma 2ª classe de cidadãos.

De maneira brilhante e ancorada em vultuosa sobriedade discorre Ana Carla Harmativk Matos sobre o assunto²⁷:

Por isso, defende-se claramente o direito de o “casal homossexual” concretizar o projeto de um filho, mas antes e acima de tudo postula-se pelo superior direito fundamental da criança e adolescente a “convivência familiar”, onde possam estar a salvo de “toda forma de negligência”, recebendo, além decarinho e afeto, acesso à educação, ao lazer, à saúde, à profissionalização e a dignidade.

Aceitar a efetivação da adoção por casais homoafetivos de crianças e adolescentes é, antes de mais nada, reconhecer no seio social as aspectos de fraternidade, pluralidade e da negativa as formas de preconceito, realçando esplendorosamente a dignidade da pessoa

²⁶ Manual da Homoafetividade – Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos, 2º Ed. 2012, p. 497 e 498

²⁷ Manual do Direito Homoafetivo, Cap. 7, p. 286, 2013

humana na figura dos adotantes e dos adotados, havendo mensurável enfraquecimento das ideologias discriminatórias e desiguais.

Contudo, inegável é a realidade de que a adoção efetivada por casais do mesmo gênero ou por homossexual solteiro causa grande agitação no meio social. Grande parte da polêmica que gira em torno da possibilidade de adoção homoafetiva reside no receio de que a orientação sexual dos adotantes influencie de tal modo o desenvolvimento da personalidade sexual do adotado, obstruindo que a criança ou adolescente obtivesse uma evolução livre, sem condições, que transcorresse de maneira espontânea, não havendo, de acordo com aqueles que relutam por negar a mencionada adoção viabilidade para que o adotado se descobrisse sexualmente de forma natural, sendo tendencioso que a influência dos adotantes em conduzir os adotados à homoafetividade, posicionamento infundado de acordo com Paulo Roberto IottiVecchitti²⁸ como segue:

Ou seja, o que se alega é que a criação de uma criança ou de um adolescente por um casal homoafetivo traria “prejuízos” à sua formação, uma vez que, ante a “ausência” da figura paterna ou materna (dependendo do tipo de casal – se masculino ou feminino), criança teria prejudicada a sua formação, donde se conclui que os defensores dessa tese entendem que tais menores teriam uma “tendência” a se tornarem homossexuais diante da homossexualidade de seus pais. Contudo, essa tese peca pela falta de uma tese pela falta de uma série de elementos lógicos. Em primeiro lugar, fica evidente que seus defensores continuam a atestar que a heterossexualidade seria a única expressão “sadia” de sexualidade humana e conseqüentemente que a homossexualidade seria uma doença, um desvio psicológico, uma perversão ou algo do gênero.

Necessário e oportuno é esclarecer neste momento que a Organização Mundial da Saúde, realizou no ano de 1993 uma revisão na classificação internacional de doenças 10, e nesta oportunidade consolidou-se a perspectiva que a homossexualidade caracteriza-se como uma livre expressão sexual normal ao ser humano, entendimento científico ratificado pelo Conselho Federal de Psicologia através da Resolução 1/1999, restando evidente que não há argumentação técnico-científica em afirmar que a homossexualidade vivida pelos adotantes tem o poder de causar um desvio psicológico no adotado de forma a fazê-lo identificar-se com tal orientação sexual.

Não obstante, importante destacarmos um acontecimento corriqueiro nos dias atuais, qual seja, indivíduos homossexuais que não só são filhos de casais heterossexuais, como

²⁸ Manual da Homoafetividade – Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos, 2º Ed. 2012, p.502

também cresceram juntos de irmãos/irmãs que desenvolveram-se como pessoas cuja heterossexualidade prevaleceu, demonstrando-se que pouca ou nenhuma é a influência da sexualidade dos pais sobre o desenrolar da personalidade sexual da prole.

É pertinentemente valorativo, mais uma vez citarmos o mestre Paulo Roberto Iotti Vecchiatti²⁹:

Resta claro o quão frágil é aquela teoria quando tenta justificar a proibição da adoção por homossexuais e por casais homoafetivos. Primeiro porque a homossexualidade é uma das livres manifestações da sexualidade humana, conforme o posicionamento oficial da ciência médica mundial a respeito. Segundo porque inúmeros são os casos de filhos homossexuais criados por casais heteroafetivos e de filhos tanto homossexuais quanto heterossexuais criados por pessoas solteiras e mesmo por casais homoafetivos, donde se percebe claramente que a sexualidade daquele(s) que cria(m) o menor em nada influencia no desenvolvimento sexual deste.

É notório que o princípio constitucional da isonomia proíbe enfaticamente qualquer modalidade de discriminação preconceituosa que manifeste-se abrigada em critérios arbitrários, os quais, invariavelmente se distanciam dos valores constitucionais. Logo, negar a casais homoafetivos o direito de adotar uma criança ou adolescente é poudar-lhes o exercício do direito fundamental da parentalidade, atingindo nefastamente o direito destas pessoas através do instrumento obscuro da discriminação social vinculada a orientação sexual do cidadão, conduzindo-se esta realidade a segmentação da sociedade em dois grupos, um no qual os indivíduos exercem amplamente seus direitos (heterossexuais) e no outro os indivíduos de “2º classe”, que não são “dignos moralmente” de vivenciar a abrangência dos direitos contidos na Constituição Federal, fazendo-se saber que, trata-se dos cidadãos homossexuais.

Outrossim, o objetivo de permitir a concretização de uma adoção, seja em favor de um casal heteroafetivo ou homoafetivo, ou até mesmo de um adotante exclusivo, é tão somente assegurar ao adotando, seja este criança ou adolescente, um habitat familiar no qual o infante possa ser envolvido numa atmosfera afetiva, solidária, amorosa e respeitável. Portanto, pode-se afirmar que a orientação sexual dos adotantes pouco importa, sendo exigido apenas que os interessados em adotar um menor sejam absolutamente capazes de estruturar um ambiente psicológico, social e afetivamente salutar.

²⁹ Manual da Homoafetividade – Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos, 2º Ed. 2012

Resta assim que a adoção de menores por casais homoafetivos em nada prejudica a formação pessoal do adotando em qualquer aspecto, porém, não se pode afirmar o mesmo quanto à manutenção da criança ou do adolescente em abrigos, longe estando estes menores de qualquer custódia emocional. Portanto, é límpida a ideia de que a adoção sempre causará a melhoria das condições dos adotandos, alcançando o melhor interesse destes.

A adoção apresenta-se como um mecanismo eficiente para propiciar ao menor adotando uma gama de direitos. Ocorrendo de maneira legalizada, o processo de adoção ao findar-se possibilitará ao adotando todos os efeitos do vínculo jurídico celebrado, como por exemplo o direito a eventuais alimentos, uso do nome, direitos previdenciários, direitos sucessórios, dentre outros, consolidando uma série de benefícios à criança/adolescente, respeitado o que dispõe a Lei nº 8.069 datada de 1990 e também conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme segue disposto no art. 43: “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

Tal perspectiva adicionada a realidade de não existir vedação legislativa quanto a adoção conjunta por casais do mesmo gênero, ainda mais quando estes casais, jurisprudencialmente e com alicerce na interpretação extensiva e por analogia da constituição já passam a ser reconhecidas como entidade familiar, seja mediante a união estável, seja pelo casamento, tornam inadmissíveis quaisquer argumentação que direcione-se com o fito de desvalorizar a adoção por casais homoafetivos, restando pertinente neste momento destacar as sábias palavras da Doutora Ana Carla Harmatiuk Matos³⁰:

Se, por um lado, não há proibição da adoção por homossexuais, por outro, em vista do reconhecimento desta como entidade familiar, como acima destacado, reclamando que, pela igualdade, não se distinga a família em razão da orientação sexual, tem-se a necessidade de tratar a adoção por pares homoafetivos de modo análogo aos companheiros de união estável.

Passada a etapa do processo adotivo com sucesso, em ato contínuo deparar-se com a realidade da multiparentalidade na relação filial que iniciou-se legalmente. Por óbvio, no momento em que um casal homoafetivo adota um menor, pela característica natural do casal, existira no caso concreto a figura de dois pais ou duas mães.

Por mais que a situação supramencionada aparente ser deslocada, a legislação atual não fez menção proibitiva quanto ao fator de formalizar-se através do registro de nascimento

³⁰ Manual do Direito Hoamoafetivo – Cap. 7. p.299, 2013

do adotado o efeito jurídico-familiar da constituição de dois genitores do mesmo sexo, conforme delineia Ana Carla Harmatiuk Matos³¹:

Concluída a adoção conjunta por parceiros homossexuais, a Lei nº 11.924/2009 que agregou o §8º ao artigo 57 da Lei dos registros públicos, permite que ambos se vinculem também formalmente à criança, visto que referida legislação não proíbe que conste expressamente que conste na certidão de nascimento o nome de ambos os parceiros que adotaram. Nesse mesmo sentido, decisões brasileiras já consagraram essa possibilidade.

Como forma de viabilizar a inserção da multiparentalidade construída pela adoção homoafetiva no documento de registro de nascimento do adotado, o Ministério da Justiça juntamente com a Secretaria de Direitos Humanos elaboraram um modelo de certidão de nascimento cuja determinação para seu efetivo uso adveio pelo Decreto nº 7213/2010. Este novo padrão de certidão passou a apresentar uma lacuna intitulada como filiação, na qual deve ser incluído o nome dos pais, sejam estes de mesmo sexo ou gêneros diferentes, evitando-se com este ato qualquer tipo de especificações que ocasionem constrangimentos aos genitores homoafetivos e ao filho, haja vista que a utilização dos anteriores substantivos, pai e mãe ou genitor e genitora, evidenciavam a diferenciação de gêneros, não sendo adequados aos pais de mesmo sexo, causando situações vexatórias para as famílias multiparentais homoafetivas.

Portanto, concretizando-se a adoção por casal homoafetivo é imperioso o provimento registral no assentamento de nascimento da criança ou adolescente adotado que ressalte o vínculo de parentesco com ambos os adotantes. Postura contrária inegavelmente importaria na permissibilidade de ocorrência de prejuízos ao adotado, tendo em vista que, sua certidão de nascimento já traria em seu bojo aspectos de discriminação que atacariam diretamente os princípios constitucionais e por consequente lesionam a dignidade da pessoa humana.

Assim, por mais que na atualidade aparente ser estranho a multiparentalidade fincada na constituição de dois pais ou duas mães dentro do contexto dos casais homoafetivos, é necessário visualizar que uma das mais valiosas conquistas da sociedade brasileira no âmbito do Ordenamento Jurídico foi o entendimento de que conceitos como família, paternidade, maternidade, filiação e parentesco não podem repousar sobre o paradigma da verdade absoluta e imutável, ao contrário, aqueles termos devem sempre ser construídos e reconstruídos pelo conhecimento científico, do qual faz parte a ciência jurídica, devendo, incontinenti, serem consideradas as realidades culturais, sociais, econômicas e psicológicas neste processo de conceituação.

³¹ Manual do Direito Hoamoafetivo – Cap. 7. p.301, 2013

A família sob a ótica da nova Ordem Constitucional é encarada como núcleo sócio-funcional capaz de proporcionar o desenvolvimento dos aspectos subjetivos da personalidade e da dignidade de seus componentes, sendo imprescindível que o grupo familiar caracterize-se como o ambiente de realização pessoal de cada indivíduo. A esta conjuntura a liberdade para estruturação de cada família é a ponte que conduz cada pessoa a satisfação de vida.

Partindo-se da premissa acima mencionada impossível se torna o posicionamento que tenha como objeto negar a possibilidade da multiparentalidade ancorada na adoção de menor por casal homoafetivo. Boa parte das críticas lançadas sobre a família alicerçada na figura de um casal de mesmo gênero e sua prole advinda da adoção fundamentam-se na suposição de que a ausência da figura materna (no caso do casal homoafetivo masculino) ou paterna (no caso de casal homoafetivo feminino), causariam grandes prejuízos a formação pessoal do adotante.

Porém, o cenário fático nacional tem provado diariamente que o exercício da paternidade e da maternidade são comportamentos que têm como destinatários os filhos e que as funções de pai e mãe podem claramente ser exercidas por mais de um pai ou mais de uma mãe simultaneamente, ainda mais quando consideramos os núcleos familiares por natureza apresentam-se como engrenagem dinâmica interligada aos vínculos intersubjetivos dos integrantes.

De pronto, está aclarado que superior ao estereótipo calcado na necessidade da figura feminina materna concomitantemente a figura masculina paterna na família, encontra-se a saudável efetivação do poder parental, quando os pais (independentemente dos gêneros) estão ativos nas soluções dos conflitos familiares, nos momentos de alegria, de tristeza, no crescimento educacional e tantos outros intrínsecos ao ambiente familiar do(s) filho(s), devendo os genitores agir simultânea e harmonicamente no exercício do poder familiar, valendo na conjuntura do grupo familiar a eficácia, dedicação e os benefícios provenientes das condutas dos pais independentemente da orientação sexual destes. O ideal de família para a criação e desenvolvimento da prole não está custodiado na sexualidade de seus pais, mas sim, naquilo que os genitores podem fornecer ao(s) filho(s) para que este(s) percorram caminhos que os levem a um futuro feliz.

Em sentido complementar dispõe corretamente Rolf Madaleno³²:

³² Manual do Direito Homoafetivo, cap. 8, 2013

Não é sem outra razão que a psicologia define a paternidade e a maternidade pelas funções que elas cumprem e não mais pelo mero fato de sua natureza biológica, tendo surgido no mundo jurídico a filiação socioafetiva como expressão da verdadeira relação familiar.

O reconhecimento no mundo jurídico da filiação originada através da adoção de criança/adolescente por casal homoafetivo inaugura um novo cenário, no qual, os direitos já vivenciados pelos casais heteroafetivos finalmente serão estendidos a parcela homossexual da sociedade. A adoção por casais iguais não é vedada pela legislação pertinente, mas ao contrário, manter-se sintonizada ao entendimento constitucional das leis, sendo nesta seara indispensável a atuação dos juristas, pesquisadores e profissionais interligados ao assunto de adoção com o fito de colaborarem com a destituição de posicionamentos que repudiem a adoção homoafetiva de forma arbitrária e preconceituosa, uma vez que, o enfraquecimento destas concepções será reflexivamente capaz de fortalecer o direito homoafetivo de adotar, findando-se qualquer obstáculo ao nascimento das famílias multiparentais homoafetivas.

No que diz respeito a toda conjectura acima delineada, percebe-se que a jurisprudência brasileira vem caminhando no sentido de recepcioná-la. Atualmente já se têm julgados que vislumbram a total possibilidade da adoção por casais homoafetivos, tendo em vista que a homossexualidade per se não pode ser entendida como obstáculo intransponível para a adoção, desde que reste evidente que os adotantes tenham alcançado todos os outros parâmetros exigidos para que esteja configurado o melhor interesse do adotando, lembrando que a demonstração das adequadas condições do casal homoafetivo para adotar materializam-se através dos pareceres psicológicos e sociais da equipe interdisciplinar, conforme posiciona-se Paulo Roberto Iotti Vecchiatti apud Siro Darlan³³:

Merece destaque a posição do Magistrado carioca Siro Darlan, que também entende que são os relatórios social e psicológico que devem ter influência na definição da existência ou não de condições de adoção por parte do casal pretendente. Afirmando garantir a Constituição a isonomia, aponta corretamente que resta vedada qualquer forma de preconceito ou discriminação arbitrária, donde não se justifica a manutenção de uma criança ou adolescente em abrigo estatal – que notoriamente não tem condições de garantir o seu pleno desenvolvimento – pela mera homossexualidade ou conjugalidade homoafetiva do(s) adotante(s).

³³ Manual da Homoafetividade – Da possibilidade Jurídica do Casamento Civil, União Estável e da Adoção por casais Homoafetivos. 2º Ed. 2014 p.517-518

Logo, necessário é admitir que auferida a condição dos adotantes, sejam estes hetero ou homoafetivos, de cuidar pelo bem estar do adotando, sendo manifesto que para a criança/adolescente é mais interessante ser recolocado num ambiente família (família substituta) através da adoção, injustificado se torna qualquer entendimento que venha negar o indeferimento do processo adotivo.

Os critérios analisados pela equipe interdisciplinar para elaboração do laudo técnico-científico são suficientes para posicionar o Poder Judiciário quanto à capacidade dos casais homoafetivos em responsabilizarem-se pelo adotante, assim havendo parecer favorável pela adoção não é cabível, por questões ilegais e injustas, obstruir a efetivação da adoção quando todos os requisitos exigíveis foram devidamente cumpridos, tomando como única base justificadora a orientação sexual dos adotantes é afrontar nefastamente o direito a dignidade da pessoa humana, o direito a convivência familiar, o direito da isonomia, da liberdade e tantos outros emanados na Constituição Federal Brasileira.

Fortalecendo ainda mais as afirmações supra arquitetadas transcreve-se o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³⁴:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE.

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (TJ/RS Apelação Cível 70013801592, 7ª Câmara Cível, Relator Desembargador Luís Felipe Brasil Santos, julgada em 05/04/2006 – sem destaque original).

Importante se faz destacar que o transcrito acórdão foi, no ano de 2009, ratificada pelo Superior Tribunal de Justiça – Resp 889.852/RS, DJE de 10.08.2010, restando evidente que não há em se falar em prejuízo ao caráter moral do adotado, ao contrário, o que se tem é que a

³⁴ http://tjrs.jus.br/paginas/docs/jurisprudencia/Adocao_casal_formado_duas_pessoas_mesmo_sexo.html

adoção por casal homoafetivo, quando alcançado todos os requisitos legais e o aval dos profissionais da equipe interdisciplinar, tão somente garante o melhor interesse da criança e do adolescente, o qual, dentro do seio de uma família multiparental receberá todo o apoio emocional, psicológico e material que necessita circunstância que dificilmente se concretizaria num abrigo ou instituição de acolhimento.

Desta feita, é justa e amparada está na Lei a compreensão de que a orientação sexual dos adotantes não pode ser utilizada como medida confiável para vedar o direito do livre exercício da parentalidade que se encontra tão veementemente protegido em nosso Ordenamento Constitucional. Proibida é a discriminação fundada no preconceito gratuita pela orientação sexual da pessoa, e obscuro é utilizar o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente para dissimuladamente fazer valer posicionamentos subjetivos discriminatórios direcionados contra os casais homoafetivos.

De acordo com dados retirados do Cadastro Nacional das Crianças Acolhidas (CNCA)³⁵, banco de informações criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)³⁶, o Brasil no ano de 2011 apresentava um contingente de 33.361 (trinta e três mil, trezentos e sessenta e uma) crianças e adolescentes vivendo em unidades de acolhimento, dentre os quais pode-se destacar organizações não-governamentais, igrejas ou instituições religiosas espalhadas pelo país.

O tempo médio de estadia dos menores nos centros de acolhimento de acordo com o CNCA ultrapassava o período de 01 (um), contudo, uma outra considerável parcela dos infantes já se encontrava há mais de 02 (dois) anos sob a custódia das unidades acolhedoras.

Aproximando a problemática à nossa realidade regional, de acordo com estudos formalizados por um site relacionado à adoção³⁷, o Estado da Paraíba possui cerca de 366 crianças e adolescentes aptos à adoção acomodados em abrigos e orfanatos, que são no número de 32.

A realidade é que grande parte dessas crianças e adolescentes crescerão sem o sabor do convívio familiar, não tendo a oportunidade de constituir vínculos afetivos que lhes tragam a segurança social e emotiva necessárias ao desenvolvimento salutar de qualquer indivíduo.

³⁵ <http://www.padrinhonota10.com.br/default.asp?Pag=14&CodigoNoticiaSocial=4>

³⁶ <http://www.cnj.jus.br/cna/View/consultaPublicaView.php>

³⁷ <http://criancapb.gov.br/noticia/380/Adocao-36-criacas-esperam-por-um-recomeco-na-Paraiba.html>

Via de regra, os menores que se encontram nas instituições de acolhimento conviveram quase do Estado, de associações não-governamentais e de instituições religiosas, não se constituindo cuidados pessoais e próximos.

Portanto, evidente está que toda adoção ocorrida no território nacional, seja esta efetivada por casal hetero ou homoafetivo, e desde que observados os requisitos legais, além de atender ao provimento de uma série de direitos constitucionais dos adotantes e adotado(s), ainda representa a satisfação de uma necessidade social, haja vista, a imensa população de crianças e adolescentes que se encontram fora de qualquer convívio familiar, devendo ser a adoção estimulada a nível de programa familiar, independentemente da orientação sexual dos adotantes, uma vez que o desejo de adotar um menor deve ser visto como baluarte social, e estimulado nos moldes da justiça e do direito, circunstância que possibilitará, também, a realização da adoção por casais homoafetivos, os quais alcançarão o direito de ter descendentes, e no outro prato da balança teremos a criança ou adolescente que terá resguardado seu direito ao convívio familiar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término do trabalho fica evidente a total possibilidade jurídica das famílias multiparentais homoafetivas construídas pela interação sentimental-afetiva entre o casal homoafetivo e a(s) criança(s) ou adolescente(s) adotado(s), destacando-se que ao abordarmos as perspectivas doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais que circundam o tema, indubitavelmente constata-se que todos os posicionamentos contrários à modalidade familiar supramencionada, escoram-se, tão somente, na discriminação e preconceito arbitrários e infundados.

É clara a percepção que o legislador de certo modo colaborou para que a polêmica acerca da adoção de menor por casais do mesmo gênero, e que ocasionam a formação da família multiparental. A mencionada colaboração, como pode ser visto ao longo do bojo do texto, ancora-se na lacuna deixada na Lei no que diz respeito às famílias homoafetivas, a união estável e casamento civil dos homossexuais e da própria adoção em favor destes, uma vez que, nosso Ordenamento Jurídico olvidou em posicionar-se quanto ao assunto, não havendo regulamentação explícita que proíba ou permita estes acontecimentos da vida cotidiana.

Diante da inexistência de regulamentação explícita, a Nova Ordem Constitucional emanada na Carta Magna de 1998 atuou como instrumento competente e hábil para acautelar os direitos inerentes aos casais homoafetivos no que tange a adoção de menores, ao mesmo tempo que tutelou o direito das crianças e dos adolescentes de serem acolhidas por pessoas que tivessem as condições e o desejo de amá-las e respeitá-las, independentemente de orientação sexual.

Na Constituição Federal a dignidade da pessoa humana está consagrada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, possuindo valoração suprema em virtude de ser considerada como um atributo intrínseco de todo ser humano. No tracejar desta ideologia estão os princípios de igualdade e liberdade que ao serem interpretados de maneira extensiva e análoga permitem que a adoção seja efetivada por casais homoafetivos, e que consequentemente resultem na estruturação de famílias multiparentais, consolidando a proteção dos direitos constitucionais a todo indivíduo.

Conclui-se, portanto, que a adoção por casal de iguais é inexoravelmente possível jurídica e socialmente falando, havendo inabalável harmonização entre a aplicação da norma, dos seus princípios e da realidade factual contemporânea, sendo efetivados os direitos de todo cidadão de fazer parte de uma família e ao mesmo tempo promover o bem estar da sociedade.

REFERÊNCIAS

- BRASIL, **Lei da Adoção**: Lei nº 12.010/09. Brasília, DF.
- BRASIL, Lei nº 10.406/2002. Institui o **Código Civil**.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei nº 8.069/1990. Rio de Janeiro, RJ.
- BUCHMANN, Adriana. **A Paternidade Socioafetiva e a Possibilidade de Multiparentalidade sob a Ótica do Ordenamento Jurídico Pátrio**. Florianópolis, 2013. UFSC
- D'ANGELO, Suzi; D'ANGELO, Elcio. **Teoria e Prática. Direito de Família**. Leme/SP: Anhanguera Editora Jurídica, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8º ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2011.
- Entrevista: Adoção: 36 Crianças na Paraíba esperam por um recomeço. Autor: Tássio Ponce de Leon. Disponível em: <http://crianca.pb.gov.br/noticia/380/Adocao-36-criancas-esperam-por-um-recomeco-na-Paraiba.html>
- FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. As famílias em uma perspectiva Constitucional. Vol. 6. 3 Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade**. São Paulo: USP, 2010
- Notícia: Brasil tem mais de 33 mil crianças e adolescentes acolhidas em abrigos. Disponível em: <http://www.padrinhonota10.com.br/default.asp?Pag=14&CodigoNoticiaSocial=4>
- PIOLLI, Roberta Raphaelli. **Considerações Sobre a Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/63065/>
- Portal da Adoção. Disponível em: <https://www.amb.com.br/mudeumdestino/docs/Manual%20de%20adocao.pdf>
- TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil 5. Direito de família**. 8 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.
- VACCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**. 2º Ed. rev. e atu. São Paulo: Método, 2012
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Famílias**. 12 ed. vol. 4, São Paulo: Atlas, 2012.

SITES

www.cnj.jus.br/cna

www.stf.jus.br

www.stj.jus.br

<http://jjj.tjrs.jus.br>