



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC

FABIANA APARECIDA ARAÚJO

**A UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR, A
ADOÇÃO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

**JUIZ DE FORA-MG
2013**

FABIANA APARECIDA ARAÚJO

**A UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR, A
ADOÇÃO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Monografia de conclusão de curso apresentada
à Faculdade de Direito da Universidade
Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como
requisito à obtenção de título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Livia Giacomini

**JUIZ DE FORA-MG
2013**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Edison Aparecido Araújo

Aluno

União Homossexual como entidade familiar: a adoção
e o princípio da dignidade da pessoa humana

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Luiz F. P. Lima

Juliano

Luciana Jaciel Braga Carmo

Aprovada em 02/12/2013.

Dedico este trabalho em primeiro lugar, a Deus, pela força e coragem durante toda esta longa caminhada. Agradeço também a todos os professores que me acompanharam durante a graduação, em especial ao Profa. Livia Giacomini e o Prof. Alexandre Bonoto, responsáveis pela realização deste trabalho. Dedico esta, bem como todas as minha demais conquistas, aos meus amados pais (Nilda e Francisco), e ao meu marido Márcio, obrigado pela paciência, pelo incentivo, pela força e principalmente pelo carinho.

"Uma criança é como o cristal e como a cera. Qualquer choque, por mais brando, a abala e comove, e a faz vibrar de molécula em molécula, de átomo em átomo; e qualquer impressão, boa ou má, nela se grava de modo profundo e indelével."

(Olavo Bilac)

AGRADECIMENTOS

À Deus, por ser Presença em minha vida e luz nos meus caminhos.

À minha orientadora Livia Giacomine, pela colaboração, paciência e conhecimentos repassados durante o desenvolvimento deste trabalho, além da grande amizade formada. À você, todo meu carinho e sincera gratidão!

À UNIPAC – Universidade Presidente Antonio Carlos, pela oportunidade de realização do curso de Direito.

A minha família, pelo incentivo, aos meus sogros (Jomar e Maria da Glória), que sempre me apoiaram. Ao meu marido, pelo carinho e compreensão.

A minha amiga Ana Maria Monteiro, que sempre me apoiou e acreditou que sou capaz.

A todos que de alguma forma colaboraram. Obrigada!!!

RESUMO

O presente estudo visa despertar no leitor uma reflexão crítica da realidade das famílias homoafetivas na sociedade atual, cujos dados são de grande valia para que se elucidem as questões ainda controversas sobre o direito que estas famílias possuem de se complementarem através da adoção nos lares homoafetivos. A união informal entre um homem e uma mulher existe há muito tempo e, atualmente, tem-se notado um considerável crescimento neste tipo de relacionamento como opção de vida em comum. Inicialmente estas relações foram muito criticadas pela sociedade em geral, que as considerava uniões que contrariavam os princípios legais da formação familiar (o casamento) além de terem sido taxadas, pela igreja, como algo proibido e pecaminoso. A Família, embora seja uma das instituições mais antigas da humanidade tem sofrido muitas reformulações na sua conceituação em virtude da evolução dos costumes, valores e ideais da sociedade, e em função disso fazendo com que o Direito de Família seja uma das áreas do Direito que mais vem sofrendo modificações ao longo da evolução das relações políticas, econômicas e sociais ocorridas em todo o mundo ocidental, inclusive no Brasil, haja vista, que a nossa Constituição Federal de 1988 reconheceu novos modelos de família, os quais foram denominados de entidades familiares.

Palavras-Chave: Dignidade. Adoção. Homoafetividade. Família.

His study aims to awaken in the reader a critical reflection of the reality of families homoafetivas in today's society , whose data are of great value to elucidate the issues that are still controversial on the right that these families have to supplement through adoption in homosexual households . The informal union between a man and a woman has existed for a long time and currently has noticed a considerable growth in this type of relationship as an option of living together . Initially these relationships were much criticized by society in general , that the unions considered that contradicted the legal principles of family formation (marriage) in addition to being taxed by the church as something forbidden and sinful . The family , though it is one of the oldest institutions of mankind has undergone many reformulations in their conceptualization because of the evolution of customs , values and ideals of society , and due to this causing the Family Law is one of the areas of law that has undergone more changes during the evolution of political, economic and social changes throughout the Western world , including Brazil , given that our 1988 Constitution recognized new family models , which were called family entities .

Keywords : Dignity . Adoption. Homoafetividade. Family .

INTRODUÇÃO.....	9
CAPITULO I - INSTITUIÇÃO FAMILIAR: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA CONCEITUAL E EVOLUTIVA.....	11
1.1 Conceito de Família e Entidade Familiar.....	11
1.2 Natureza Jurídica da Família.....	12
1.3 Evolução da Família no Brasil.....	15
CAPÍTULO II - NOVAS ESPÉCIES DE FAMÍLIA.....	19
2.1 Família Monoparental.....	19
2.2 União Estável.....	20
2.2.1 - Elementos caracterizadores da União Estável.....	23
2.3 Família Homoafetiva.....	23
CAPÍTULO III DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA CONCEITUAÇÃO E EVOLUÇÃO E A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS.....	26
3.1 Dignidade de Pessoa Humana.....	26
3.2 Adoção por Casais Homoafetivos.....	30
3.3 Lei de Adoção Brasileira.....	31
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	34
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	36

INTRODUÇÃO

A união estável entre homem e mulher tem como requisitos a afetividade, ostensividade e estabilidade, bem como a união entre pessoas do mesmo sexo, que possui as mesmas características, e deve ser a esta equiparada, tuteladas pelo Direito de Família.

O entendimento sobre família vem sendo modificado no espaço e no tempo, ressaltando que a Constituição Federal de 1988 representa um importante marco no Direito de Família, alargando seu conceito ao instituir juridicidade a união estável e à família monoparental.

Fato é a adoção por si só uma questão complexa, quanto mais por casais homoafetivos, mas é uma realidade que está presente em nossa sociedade e temos que analisá-la, discuti-la e quem sabe chegar-se a um consenso, destituídos de preconceitos. A Constituição Federal de 1998 em seu artigo 227, § 5º, não verificou qualquer impedimento para a adoção nos lares homoafetivos, e nem mesmo o Estatuto da Criança e do Adolescente não havendo assim nenhum diploma legal que impeça essa adoção.

O presente estudo busca ressaltar, sem a intenção de esgotar o tema, as formas de constituição familiar vigentes em nosso ordenamento jurídico e sua relação com a homoafetividade, assim como a possibilidade de adoção por esta nova instituição familiar.

Tem como objetivo analisar os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, o estudo do conceito amplo de entidade familiar, abrangendo as uniões homoafetivas, como modalidade de família e a possibilidade de adoção por parte dos homoafetivos.

O primeiro capítulo trata sobre a instituição familiar, destacando que a Constituição Federal admite que a família se inicia com o casamento entre o homem e a mulher, seja ele civil, seja ele religioso com efeitos civis. No entanto, não pôde deixar de observar os costumes da sociedade brasileira e, por isso, reconheceu a União Estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes a entidade familiar.

O segundo capítulo versa sobre as novas espécies de família, ressaltando a família monoparental que é constituída pela comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, além da família homoafetiva e sua constituição.

O terceiro capítulo pontua sobre a Dignidade da Pessoa humana, onde este princípio tem-se como base fundamental a Constituição Federal, demonstrando o zelo do Estado para com qualquer cidadão e a adoção por casais homoafetivos que, por si só, é questão complexa,

sendo uma realidade que está presente em nossa sociedade e temos que analisá-la, discuti-la e quem sabe chegar-se a um consenso, destituídos de preconceitos.

Neste contexto, ressalta-se que a Lei Nacional da Adoção, também chamada Lei 12.010/09 tem um caráter conservador quando se omite no que tange a adoção por família homoafetivas, ainda que a doutrina e a jurisprudência de vanguarda reconheçam a união estável homossexual e admite a adoção homoparental.

CAPITULO I - INSTITUIÇÃO FAMILIAR: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA CONCEITUAL E EVOLUTIVA

Inicialmente, a união entre homem e mulher era vista como um dever cívico, para os fins de procriação e de desenvolvimento das novas pessoas geradas, que serviam aos exércitos de seus respectivos países, anos depois, durante a juventude.

O crescente envolvimento da mulher em atividades externas, a liberação sexual, a institucionalização do divórcio, a constituição de relações íntimas e informais mesmo por pessoas já casadas, a obtenção abundante de informações sobre as mais variadas tendências culturais por intermédio dos mais variados meios de comunicação, enfim a quantidade de motivos para a desestruturação da família patriarcal do século XX é tão imensa que levaram á mudança drástica das relações familiares. (Lisboa, 2009, p.10)

A família não se resume mais ao casamento e á prevalência dos poderes e direitos do chefe da família sobre os seus demais integrantes. A forma dinâmica das atividades do homem, da mulher e dos filhos confere um novo papel social a cada um desses agentes. Reconhece-se a importância da filiação para a própria relação do casal, prestando-se muitas vezes ao fortalecimento dos laços que unem os cônjuges ou conviventes.

1.1 Conceito de Família e Entidade Familiar

O vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue que a precedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreendem cônjuges e companheiros, os parentes e os afins. Para determinados fins, especialmente sucessórios, o conceito de família limita-se aos parentes consanguíneos em linha reta e aos colaterais até o quarto grau. (Carlos Roberto Gonçalves, 2010, p.17)

Para o doutrinador Murilo Sechieri Costa Neves a expressão “família” é:

Em sentido amplo, família é o grupo formado pelas pessoas que descendem de um tronco ancestral comum e também por aquelas que são ligadas a esses descendentes pelo vínculo do casamento e da afinidade. Em outras palavras, família é, nesse sentido, o grupo de pessoas ligadas pelo parentesco, seja este consanguíneo, civil ou decorrente da afinidade. Além disso, pode-se conceituar a família numa concepção mais restrita. Fala-se em família-

núcleo ou nuclear para se referir à comunidade formada pelo cônjuges, companheiros e os filhos do casal, se houver, e também à comunidade formada por um dos pais e os filhos. (2008, p.01)

O autor Silvio de Salvo Venosa assim se expressa: “a família em um conceito amplo é o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Em conceito restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder”. (2011, p.8)

Defende-se ainda que a família constituía um organismo jurídico. Contudo, apresenta-se como um dado sociológico e biológico de caráter natural reconhecido pelo Estado. O direito imposto pelo Estado não pode abstrair o fenômeno natural da família, que é preexistente. E completa o autor supracitado,

A doutrina majoritária, longe de ser homogênea, conceitua família como instituição. Embora essa conclusão seja repetida por muitos juristas, trata-se de conceito por demais vago e impreciso. Essa teoria foi enunciada na França e desenvolvida em seguida. Como instituição a família é uma coletividade humana subordinada à autoridade e condutas sociais. (2011, p.8)

Importante destacar, o Código Civil disciplina o Direito de Família com a concessão de diretrizes para a constituição da família, as capacidades para que o casamento possa ser celebrado, os impedimentos para a realização do casamento, as suas causas de suspensão e invalidades, dentre outros tópicos. Passou a regular também as relações oriundas de união estável e relações de parentesco.

1.2 Natureza Jurídica da Família

A Família não possui personalidade jurídica, tese que já foi defendida no passado. Dizia-se que a família era detentora de direitos extra patrimoniais e patrimoniais, como, por exemplo, o nome e a propriedade de bem de família. No entanto tal aceção já foi descartada, pois não é defeso à família possuir aptidão e capacidade para usufruir direitos e contrair obrigações. (Venosa, 2008, p.14)

Os direitos até então inerentes à família são características de cada membro da família, considerado individualmente.

O Estado considera a família desde o nível constitucional. O Capítulo VII, do Título VIII da Constituição Federal de 1988 trata especialmente “Da Família, Da Criança, Do Adolescente e Do Idoso” e já no seu primeiro artigo 226, afirma, *in verbis*, artigo 226 da Constituição Federal:

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

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

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

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

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

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

§6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos.

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

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

Ressalta-se que a Constituição Federal admite que a família se inicia com o casamento entre o homem e a mulher, seja ele civil, seja ele religioso com efeitos civis. No entanto, não pôde deixar de observar os costumes da sociedade brasileira e, por isso, reconheceu a União Estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes a entidade familiar, para fins de proteção estatal. (Venosa, 2011, p.9)

Quanto à natureza jurídica da família, a mesma não é considerada uma pessoa jurídica, segundo Sílvio Venosa,

Pois lhe faltam evidentemente aptidão e capacidade para usufruir direitos e contrair obrigações. Os pretensos direitos imateriais a ela ligados, o nome, o poder familiar, a defesa da memória dos mortos, nada mais são do que direitos subjetivos de cada membro da família. Com maior razão, da mesma forma se posicionam os direitos de natureza patrimonial. A família nunca é titular de direitos. Os titulares serão sempre seus membros individualmente considerados. (2011, p.8)

Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelos direitos das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram¹.

Importante no presente trabalho, falar sobre os princípios civis constitucionais, entre os quais se destacam para os fins de regulação da família: a dignidade humana, a solidariedade familiar, a busca da erradicação da pobreza, o reconhecimento das entidades familiares e a igualdade entre os filhos. Preceitua Roberto Senise Lisboa (2008, p.15)

- a) O princípio da dignidade humana: é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, que deve ser observado em todas as relações jurídicas públicas ou privadas. Assim, as relações jurídicas privadas familiares devem sempre se orientar pela proteção da vida e da integridade dos membros da família, consubstanciada no respeito e asseguramento dos seus direitos da personalidade.
- b) O princípio da solidariedade: é decorrência do princípio constitucional da solidariedade social. Esse princípio pode ser analisado sob o aspecto externo e interno. Externamente, a solidariedade social determina que incumbe ao poder público e à sociedade civil a realização de políticas de atendimento às necessidades familiares dos menos abastados e dos marginalizados.
- c) O princípio da busca da erradicação de pobreza: decorrência do princípio da solidariedade social encontra-se a erradicação da pobreza como um objetivo a ser alcançado pela República. Desse modo nenhum membro da família pode ser desamparado da assistência material, que se fará necessária sempre que ele a necessite, observada a possibilidade de atendimento por parte do membro da família.
- d) O princípio da igualdade entre o homem e a mulher na constância do casamento. Com o fim do patriarcalismo e a emancipação da mulher, confere-se a ela a igualdade de direitos em relação ao seu marido, durante a constância do casamento.
- e) O princípio do reconhecimento de outras entidades familiares, além do casamento: O casamento deixa de ser tornar a única instituição protegida pelo direito de família, assegurando-se o reconhecimento de outras cuja tutela não pode mais deixar de ser concebida.
- f) O princípio da isonomia de tratamento da isonomia de tratamento aos filhos, pouco importando a sua procedência: Porque que se impor ao inocente a discriminação ou a pecha de “bastardo”, por ser a prole resultante de um relacionamento considerado pelas circunstâncias especiais e temporais moralmente reprovável? O filho não havido das relações conjugais possui atualmente os mesmos direitos dos filhos havidos do casamento.

¹ LÔBO, Revista brasileira de Direito de Família, 2002, n. 12.

Neste contexto, o legislador constituinte deu especial atenção aos direitos e garantias fundamentais, pois abordou inicialmente estes temas, para depois pensar na organização do Estado. Apenas para termos um elemento concreto de comparação, a Constituição de 1824 iniciava tratando do Império do Brasil, seu território, governo, dinastia e religião, e só vai abordar os direitos dos cidadãos brasileiros no artigo 173, sob o título 8º, que tratava das disposições gerais, e garantias dos direitos civis. (Lisboa, 2009, p.16)

1.3 Evolução da Família no Brasil

Ao longo dos tempos a família tem passado por consideráveis alterações na medida em que transforma suas relações sociais e internas. Nas primeiras formações da família, o foco era a segurança ofertada por um grupo organizado, mesmo que de uma maneira primitiva aos seus membros, era muito mais importante que a consangüinidade. Esta função protetora contra agressões externas, em um período histórico de fragilidade do Estado, dá início o fortalecimento da família. Somente nas famílias gregas e nas famílias romanas o parentesco era observado, e percebia-se uma identificação com o culto dos antepassados que contribuiu de forma substancial para a agregação ao redor do pátrio poder. (Gomes, 2002, p.27)

Para as mulheres o casamento só se dava de duas formas: ou se mantinha submissa aos poderes da autoridade paterna, ou entrava na família do marido devendo a ele a partir desse momento obediência e submissão. No Império Romano as mulheres começam a ter mais direitos como os sucessórios e os alimentares, e ainda um magistrado podia solucionar os conflitos provenientes dos abusos do patriarca, então nesse período a mulher romana passa a desfrutar de uma completa autonomia, o que corresponde ao início do feminismo, advindo com isso à figura do adultério e do divórcio, que acaba por se multiplicar nas sociedades dando assim o termino da família romana. (Gomes, 2002, p.27)

Por entenderem que os homens não podiam dissolver a união realizada por Deus com um sacramento, os canonistas eram totalmente contra a dissolução dos casamentos, e promoveram as causas que objetivavam impedimentos para o casamento, incluindo as causas baseadas na incapacidade de um dos nubentes como exemplo, a idade, o casamento anterior, diferença de religião, infertilidade, as causas relacionadas à falta de consentimento, ou decorrente de uma relação anterior: parentesco ou afinidade. Com esta evolução ocorre a

elaboração das teorias da nulidade e de como se daria a separação de corpos e de patrimônios ante o ordenamento jurídico, não se podendo assim negar a influencia dos conceitos básicos elaborados pelo Direito Canônico, ainda hoje encontrados no Direito Brasileiro. (COELHO, 2006, p. 8)

Seguindo o modelo clássico, a família era constituída pela relação entre homem e mulher, unidos através do matrimônio, com fim de procriar e perpetuar a espécie. A justificativa para tal proteção estava na moralidade eclesiástica, que determinava ser a família, casamentária, um sacramento destinado à perpetuação da espécie. Tal argumento referendou a tendência patrimonialista que consolidava a concentração de poder do *pater familiae*, no Estado. . (Gomes, 2002, p.28)

A família, heterossexual, casamentária, patrimonializada cede espaço à família independente do sexo de seus componentes, estruturada pela afetividade, a fim de dignificar seus membros.

A razão jurídica para a proteção da família é tecida em outro parâmetro. A sociedade impõe-se ao Estado e à norma jurídica: a família como instituto plural, baseada na afetividade.

[...] dispensada das funções econômica, religiosa e, em parte, da educacional e assistencial, a família tende a ser cada vez mais o espaço para aflorar a afetividade, contribuindo para que homens e mulheres cresçam psicologicamente sadios, com autoestima e identidade. (COELHO, 2006, p. 8)

A família constituída pelos pais e filhos ainda não era evoluída como a atual, sendo que mesmo com a evolução de direitos, a mulher não possuía direitos inerentes aos homens, ainda existia um certo pátrio poder que vinha de muitas gerações anteriores e que mesmo com o passar dos anos ainda não tinha sido desconstituído, seja pela incapacidade das mulheres agora com direitos mas que não sabiam como exercê-los, seja pela dificuldade de se desvincular do “sistema” que há muitos anos era seguido.²

Importante ressaltar que, antes da Constituição Federal de 1988, ainda existiam regras das quais não eram conferido direitos iguais aos membros de uma família. O grande exemplo se dá na hipótese dos cônjuges, onde a mulher era definida como submissa ao seu marido, onde inexplicavelmente era tida como relativamente incapaz. (GOMES, 2002, p.21). A mulher não podia exercer seus atos da vida civil sem estar assistida por seu marido, não

² Evolução Histórica da Família no Brasil. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2008/2149>. Acesso em: 18 ago. 2013.

podendo inclusive exercer uma profissão ou vender imóveis que lhe pertenciam sem a autorização de seu marido. (COELHO, 2006, p. 8)

Aos filhos também não lhe era dado a igualdade, só se reconhecia como filhos legítimos aqueles tidos dentro do casamento, não permitindo direitos a sucessão aos filhos ditos fora do casamento. A família constituída fora do casamento era abominada pelo legislador, não lhe conferindo direitos que os filhos legítimos possuíam.

A família natural – até a que se constituía pela união estável de pessoas livres – era abominada. Tinha a repulsa do legislador, recusado qualquer direito aos parceiros e condenado o fruto de sua união através da proibição absoluta do reconhecimento os filhos espúrios e limitado o direito hereditário do filho simplesmente natural se à sucessão do pai houvesse de concorrer com filho legítimo (GOMES, 2002, p.21).

Neste contexto, em conformidade leciona Silvio Rodrigues, “Assim, por exemplo, o pátrio poder. Se no direito romano era uma prerrogativa concedida ao *pater*, de conteúdo ilimitado, no direito atual representa um dever imposto ao seu titular, de zelar pela pessoa e bens dos filhos, com severas sanções pelo descumprimento esta obrigação. (2007, p.13)

E completa o autor Silvio de Salvo Venosa : “No direito brasileiro, a partir da metade do século XX, paulatinamente, o legislador foi vencendo barreiras e resistências, atribuindo direitos aos filhos ilegítimos e tornando a mulher plenamente capaz, até o ponto culminante que representou a Constituição de 1988, que não mais distingue a origem da filiação, equiparando os direitos dos filhos, nem mais considera a preponderância do varão na sociedade conjugal (2007, p. 15).

Relevante é a evolução da família no Brasil, conferindo direitos a todos e princípios que devem ser seguidos para o bem estar dos pertencentes a esta entidade.

Antes mesmo da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, a legislação brasileira deu grandes passos no que diz respeito à equiparação de direitos entre os cônjuges e entre filhos legítimos e ilegítimos. (Venosa, 2007, p.16)

Na vigência da Constituição Federal de 1937, a Lei nº 883/49 introduziu no ordenamento jurídico o reconhecimento e a investigação de paternidade de filhos tidos fora do casamento.

A Lei nº 4.121/62 emancipou a mulher casada, deixando esta de ser uma relativamente incapaz, podendo agora exercer atos sem a anuência de seu marido, igualando, assim, seus direitos a do seu cônjuge.

Noutro giro, pode-se considerar que a Constituição Federal de 1988 serviu para igualar definitivamente direitos de todas as espécies, muitos que já tinham sido concedidos, mas que

na prática ainda gerava controvérsias, seja pela época em que foram modificadas, seja pelo conteúdo do direito antes vigente, ressaltando o inciso I do artigo 5º da Carta Magna, dispondo explicitamente a respeito da garantia de igualdade de direito e obrigações entre homens e mulheres.

Assim entende Silvio Rodrigues que diz que “todas as prerrogativas conferidas a um dos cônjuges o são ao outro, uma vez que ambos são titulares dos mesmos direitos jungidos ao cumprimento das mesmas obrigações”. (2002, p.8)

Por fim, é de se destacar o parágrafo 6º do artigo 227, pois este iguala os direitos entre os filhos tidos dentro do casamento, fora do casamento e aqueles advindos de adoção, não podendo qualquer lei fazer distinção entre eles ou quaisquer designações discriminatórias.

CAPÍTULO II - NOVAS ESPÉCIES DE FAMÍLIA

Pontua-se que a grande modificação foi a dissociação do casamento como única forma de constituição de família legítima, passando-se a considerar também como entidade familiar a relação extramatrimonial estável, entre um homem e uma mulher. Essas mudanças constitucionais, sem dúvida, alteraram substancialmente a história traçada pelo Código Civil para a família brasileira, e a Constituição de 1988 veio, na verdade, abraçar uma situação de fato já existente e que não era, todavia, reconhecida juridicamente. (Venosa, 2007, p.37)

2.1 Família Monoparental

A família monoparental é constituída pela comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, estabeleceu também o princípio da liberdade do planejamento familiar, impossibilitando qualquer interferência do Poder Público na formação da família, assegurou proteção dos interesses da criança e do adolescente.

Ressalta-se a importância do § 1º do artigo 1723 do, posto que, regulamenta algo que já se encontrava estabelecido e aceito pela maioria dos nossos Tribunais. Ou seja, pessoas casadas formalmente, mas separadas de fato (desde que comprovada a separação de fato) poderão, de acordo com o Novo Código Civil, constituir entidade familiar.

Importante ressaltar que, segundo o autor Fábio Ulhôa Coelho,

Duas circunstâncias têm levado os tecnólogos conservadores a insistirem na supremacia da família fundada no casamento. De um lado, a Constituição não usa a expressão “família” quando menciona a união estável e a monoparentalidade, mas o estranho, neologismo “entidade familiar”. De outro, determina à lei que facilite a conversão da união familiar em casamento. Essas circunstâncias, aliadas à tradicional forma de organização do núcleo familiar, confirmariam, na visão conservadora das questões, que o constituinte não pretendeu igualar a união estável em casamento, nem estimular as famílias monoparentais. (2006, p.119)

Importante pontuar que as famílias constitucionais (fundadas no casamento, união estável e monoparental) têm assegurados iguais direitos, sendo inconstitucional qualquer preceito de lei ordinária que as discrimine. As não constitucionais (fundadas na união livre, de pessoas do mesmo sexo e demais), porém, são igualmente famílias e merecem ser

reconhecidas e protegidas como tais pela ordem jurídica. A lei ordinária não está obrigada a tratá-las de forma isonômica relativamente às constitucionais. (Ulhoa, 2006, p.120)

2.2 União Estável

Com o propósito de proteger a família constituída pelo casamento, o Código Civil de 1916 omitiu-se em regular as relações extramatrimoniais. Em alguns casos acabou por puni-las, vedando doações, a instituição de seguro e a possibilidade de a concubina ser beneficiada por testamento. (Gonçalves, 2010, p.24) .

O Código Civil de 1916 mantinha disposições que iam de encontro com as normas promulgadas na Constituição Federal de 1988. Como exemplo pode-se citar o princípio da absoluta igualdade entre homens e mulheres nas relações conjugais admitido pela Carta Magna enquanto aquela Codificação possuía discriminações entre os sexos.

Importante ressaltar que os efeitos patrimoniais da união estável foram sendo reconhecidos, paulatinamente, pela jurisprudência. Em um primeiro momento, nas situações em que a mulher não exercia atividade remunerada e não tinha outra fonte de renda, os Tribunais concediam alimentos de forma "camuflada", sob o nome de indenização por serviços domésticos prestados, baseando-se na equidade. O fulcro da decisão era a inadmissibilidade do enriquecimento sem causa. (Gonçalves, 2010, p.24)

O Código Civil de 2002 incluiu a união estável no último capítulo do livro do Direito de Família. Acabou reproduzindo a legislação existente, Lei 9.278/96, reconhecendo como união estável a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e de uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família (art. 1.723 CC/02).

Neste contexto merece destaque que Código Civil de 2002 também deixou em aberto a questão do prazo, permitindo, assim, a abertura do conceito de durabilidade e estabilidade. É certo que o aplicador do direito deverá analisar as circunstâncias do caso concreto para apontar a existência ou não da união estável. (Gonçalves, 2010, p.24)

Os arts. 1.723 a 1.727 do nosso Código atual prevêm as regras básicas quanto à união estável, particularmente os seus efeitos pessoais e patrimoniais. Além desses, devem ser aplicadas as regras quanto aos alimentos previstas nos arts. 1.694 e seguintes da mesma codificação. Por fim, há regra específica sucessória no seu art. 1.790. Passemos a analisar alguns dos dispositivos que regulam a união estável no Código Civil.

No campo pessoal, reitera o novo diploma os deveres de "lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos", como obrigações recíprocas dos conviventes (art. 1.724 CC/02).

No tocante aos efeitos patrimoniais, o Código Civil de 2002 determina a aplicação, no que couber, do regime de comunhão parcial de bens, pelo qual haverá comunhão dos aquestos, isto é, dos bens adquiridos na constância da convivência, como se casados fossem, "salvo contrato escrito entre os companheiros" (art. 1.725 CC/02).

No intuito de proteger a família constituída pela União Estável, o legislador pretendeu não deixá-la à margem dos direitos e deveres estabelecidos ao casamento prevendo a facilitação da sua conversão em matrimônio. (Gonçalves, 2010, p.23)

De acordo com o art. 2º da Lei nº 9.278/96 observa-se que o NCC acrescenta o “dever de lealdade” entre os companheiros. Obviamente, a união, para ser caracterizada como estável, e gerar os mesmos efeitos jurídicos que o casamento, há de ter os mesmos requisitos e elementos constitutivos; e um dos primeiros é, sem dúvida, a exclusividade das relações sexuais. O descumprimento do direito/dever de lealdade provoca injúria grave.

Ressalta-se a Lei nº 9.278/96, em seu art. 1º, não estabelece explicitamente a coabitação como elemento indispensável para a caracterização do instituto ora tratado, muito embora diversas vezes utiliza a expressão conviventes que significa “viver com”. Além disso, a convivência sob o mesmo teto more uxória, auxilia a aferição e averiguação desta união como uma família. (Gonçalves, 2010, p.23)

Respeito e consideração mútuos: O art. 1.724, CC/02 não previu expressamente para os conviventes a coabitação. Hoje, diversos casais preferem esse modelo de relacionamento, passam a exercer as suas obrigações familiares com respeito e lealdade recíproca, mas, às vezes, resolvem morar em lares separados.

É necessário, no entanto, que os companheiros tenham uma vida em comum no domicílio, ou seja, que os mesmos vivam sobre o mesmo teto e que cumpram suas obrigações conjugais de forma satisfatória para ambos.

Para se contrair a união estável fica ausente o formalismo, enquanto o casamento é precedido de um processo de habilitação, com publicação dos proclamas e de inúmeras outras formalidades, a união estável, a o contrário, independe de qualquer solenidade, bastando o fato da vida em comum, ou seja, ela se instaura no instante que seus integrantes resolverem iniciar a convivência, como se fossem casados, renovando dia a dia tal conduta e recheando-a de afinidade e afeição, com vistas á manutenção da intensidade. (Gonçalves, 2010, p.23)

Os requisitos necessários para que se configure a união estável são: convivência more uxória, animo ou objetivo de constituir família, diversidade de sexo, notoriedade, estabilidade ou duração prolongada, continuidade, inexistência e impedimentos matrimoniais e relação monogâmica. Segundo Gonçalves,

O casamento também considera que a união seja de pessoas com o sexo diferente. À continuidade que é necessária para se caracterizar-se a união estável, com o casamento, já que o vínculo conjugal é formalmente documentado, sendo a união estável é um fato jurídico, uma conduta, um comportamento, a sua solidez só é atestada através da continuidade. (2010, p.26)

No casamento através do pacto antenupcial abrange os bens adquiridos antes do casamento, na união estável a convenção não pode abranger os bens anteriores ao início da convivência, devido que o mero contrato não equivale ao pacto antenupcial. O autor Orlando Gomes destaca que,

O instituto do matrimônio distingue-se por traços comuns entre os povos de civilização cristã. Casamento, segundo a legislação desses povos, é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher, para a constituição de família legítima. A definição não exprime, entretanto, a noção exata de matrimônio. Para obtê-la é necessário considerá-lo em si mesmo e nas suas diversas relações, isto é, no complexo dos seus caracteres, e determinar a essência do matrimônio. Para que não se coloque no campo do direito natural ou da revelação religiosa, não é fácil defini-lo, advertindo Jemolo que, à margem, é sumamente árduo dar uma noção universal de casamento que vá além do único pressuposto verdadeiramente constante: a diversidade de sexo das pessoas que contraem o vínculo, a normalidade da base sexual desse vínculo. Diante da dificuldade, o conceito de casamento é geralmente dado com referência a elementos espirituais ou morais que uma noção jurídica verdadeiramente comporta. (2009, p.18)

A união estável em muitos aspectos se equipara com o casamento, porém ainda existem diferenças grandes uma da outra, por mais que a legislação queira igualar-nos para que isso ocorra ainda a uma longa caminhada, se bem que acredito que se igualarem mais do que já está é um pouco provável senão estaríamos desvalorizando totalmente o casamento, tornando-o assim desvalorizado perante a sociedade.

2.2.1 - Elementos caracterizadores da União Estável

A Lei n. 9.278/1996 lei tem por escopo básico o ordenamento da sociedade conjugal de fato, ao prescrever em seu artigo 1º que se reconhece como entidade familiar a continua convivência de um homem e uma mulher, cujo intuito é a constituição de uma família.

A compreensão do instituto como entidade familiar exige além do estudo de suas características a compreensão do conceito constitucional em relação aos pressupostos contidos nas leis regulamentadoras. (Vargas, 2011, p.79)

Analizando os dispositivos legais, a partir de 1988, extraem-se os elementos essenciais ou caracterizadores que tipificam a união estável, que são segundo Vargas:

- a) dualidade de sexo: A Constituição Federal foi incisiva ao dispor que só reconhece como união estável aquela formada entre um homem e uma mulher.
- b) inexistência de impedimento legal: é cediço que seria necessária a inexistência de impedimento matrimonial para a caracterização da união estável. Contudo, esta regra comporta exceções, uma vez que o separado judicialmente, muito embora não possa se casar, pode perfeitamente constituir uma entidade familiar com uma companheira.
- c) convivência duradoura: a união estável pressupõe uma relação duradoura, não eventual.
- d) convivência contínua: Não pode haver sobressaltos, interrupções, instabilidade.
- e) publicidade: a união estável deve ser transparente, notória. Não pode ser escondida, às escuras, clandestina. (2011, p.80)

E, no Código Civil vigente, encontra-se nos arts. 1.723 a 1.727. Tal imposição constitucional e legal realça que a união estável necessita de diversidade de sexo e mantém as relações homossexuais à margem do direito, embora atualmente não se possam ignorar posições jurisprudências favoráveis à união estável de parceiros do mesmo sexo.

2.3 Família Homoafetiva

Através de uma interpretação sistemática do Direito Constitucional, entende esta corrente ser perfeitamente possível o enquadramento da homoafetividade no conceito de família, tendo em vista os princípios da dignidade da pessoa humana, cujo tema será

destinado um capítulo no presente estudo, da igualdade, da liberdade de orientação sexual, da privacidade, entre outros. (Vargas, 2011, p.79)

A falta de legislação disciplinando as uniões homoafetivas não as extingue, somente gera uma fonte de incertezas e injustiças jurídica e social. Hoje, a sociedade conjugal tem como base o afeto e o amor, não possuem mais fins lucrativos. Para tanto, a equiparação que muitos tribunais insistem em fazer com as sociedades de fato não é justa. Colocar as uniões homoafetivas nesse diapasão, assim como foi feito com a união estável heterossexual, é desmerecer, diminuir a sua importância como relacionamento. É menosprezar os sentimentos dessas pessoas.³

Em nossa sociedade, altamente complexa, não basta apenas olhar. Deve a lei ter a capacidade e sensibilidade de ver e, principalmente, reparar o que e quem foi colocado a margem da sociedade, privado do seu direito constitucionalmente estabelecido. (Vargas, 2011, p.80)

Contudo, a falta de leis não quer dizer que não exista direito e que tais relações não mereçam tutela do Estado, vez que durante a convivência dos casais homossexuais há muitas vezes auxílio mútuo, prestação de serviços domésticos e aquisição de bens.

O silêncio do legislador vem sendo suprido pelo juiz, conforme determina o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que diz que na omissão legal, deve o juiz se socorrer da analogia, costumes e princípios gerais do direito. (DIAS, Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, 2009, p. 51)

Assim como a união entre homem e mulher, as uniões entre pessoas do mesmo sexo também possuem as características supracitadas e, portanto, devem ser consideradas como entidade familiar, quando presentes tais requisitos.

Assim, fica evidente que as uniões heterossexuais e homossexuais se diferenciam apenas pelo fato de se constituírem por pessoas do mesmo sexo ou sexo diverso, e tal

³ **Apelação Cível n. 2008.029815-9, da Capital Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil**

Apelação cível. Ação declaratória de união estável homoafetiva c/c inventário. Demanda extinta sem exame do mérito, com fulcro no art. 267, vi, do cpc. Pedido juridicamente possível. [...] União civil entre pessoas do mesmo sexo - alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas [...] O Dever Constitucional Do Estado De Impedir (E, Até Mesmo, De Punir) “Qualquer Discriminação Atentatória Dos Direitos E Liberdades Fundamentais” (CF, ART. 5º, XLI) - [...] **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. (grifo nosso)** – [...] - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina. (RE 477554 AgR / MG, rel. Des. Min. Celso de Mello, j. 16/08/2011).

diferença não pode motivar toda a exclusão que a união homoafetiva vem sofrendo, ao longo do tempo. (Vargas, 2011, p.80)

Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

A decisão ocorreu em 5 de maio de 2011 e equiparou as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres. Na prática, a união homoafetiva foi reconhecida como um núcleo familiar como qualquer outro. O reconhecimento de direitos de casais homoafetivos foi unânime.

A interpretação do Supremo sobre a união homoafetiva reconheceu a quarta família brasileira. A Constituição prevê três enquadramentos de família. A decorrente do casamento, a família formada com a união estável e a entidade familiar monoparental (quando acontece de apenas um dos cônjuges ficarem com os filhos). E, agora, a decorrente da união homoafetiva. (Moraes, 2005, p.119)

Ao julgar procedentes as duas ações que pediam o reconhecimento da relação entre pessoas do mesmo sexo, os ministros decidiram que a união homoafetiva deve ser considerada como uma autêntica família, com todos os seus efeitos jurídicos. Os ministros destacaram que é importante que o Congresso Nacional deixe de ser omissor em relação ao tema e regule as relações que surgirão a partir da decisão do Supremo.

Importante destacar que a ADI 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. (Vargas, 2011, p.84)

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

CAPÍTULO III DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA CONCEITUAÇÃO E EVOLUÇÃO E A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

A família configura-se no espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros; a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições, explícita ou implicitamente tutelada pela constituição; a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direito e obrigações; os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem primazia sobre os interesses patrimoniais; a natureza sócio afetiva da filiação sobre a origem exclusivamente biológica; consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos; reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal. (Moraes, 2005, p.119)

3.1 Dignidade de Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana tem-se como base fundamental a Constituição Federal, demonstrando o zelo do Estado para com qualquer cidadão. O respeito à vida, moral e social é elemento que traz o embasamento de tal princípio, a valoração da pessoa e sua integridade. Encontra-se norteado na Constituição Federal, artigo 1º, inciso III. (Moraes, 2005, p.119)

Frisa-se que logo no início do texto Constitucional foi erigido como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da C.F), *in verbis*,

Art. 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:
III - a dignidade da pessoa humana.

Sobre dignidade, assim se expressa JABUR,

O conceito de dignidade aproxima-se daquilo que compreende, em seu mais largo sentido, o conteúdo indispensável à existência humana saudável, capaz de preencher as naturais exigências de ordem física e espiritual do homem. É

a reunião e manutenção ileza da vida e de seus prolongamentos, de maneira que o direito à integridade corporal, à saúde, assim como o direito à liberdade socialmente regulada, o direito à honra, à privacidade, o direito ao trabalho e à educação, a uma velhice adequada e assistida, e o direito de lazer, espelham a dignidade do ser humano. (2000, p.210)

Como se pode inferir, com vistas a garantir as bases da existência do homem, o conceito de dignidade humana é concebido como um valor absoluto, em amplo sentido normativo-constitucional, já que engloba e unifica todos os direitos fundamentais, tanto à defesa dos direitos pessoais tradicionais, como também os direitos sociais. Nesse sentido, também pontua o autor GODOY,

A inserção da dignidade como princípio constitucional fundamental, contida em preceito introdutório do capítulo dos direitos fundamentais, significa, afinal, adoção mesmo de um direito geral da personalidade, cujo conteúdo é justamente a prerrogativa do ser humano de desenvolver a integralidade de sua personalidade, todos os seus desdobramentos e projeções, nada mais senão a garantia dessa sua própria dignidade. (2001, p.30)

Os tratamentos degradantes são afastados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos “Ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”. Sendo o Brasil signatário de referida declaração, esta tem aplicação plena em nosso território. O autor Alexandre de Moraes, a conceitua da seguinte forma,

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. Na Constituição Federal de 1988, tal princípio encontra-se no art. 1º, III. (2005, p.128)

Merece destaque as palavras do ex-Desembargador do TJSP Dr. Walter Moraes⁴, que ensina com muita propriedade sobre a dignidade da pessoa humana, *in verbis*,

Estendendo-se para fora do eu, até certo limite, a intimidade pessoal se vai alargando por círculos de sucessiva distensão. Ocupa-se de analisar e

⁴ Repertório IOB de Jurisprudência, nº. 23/88, p. 358/360.

delimitar estes círculos a teoria 'das esferas', de procedência alemã, comunicada à nossa doutrina por duas monografias de singular importância científica: O direito de estar só de Costa Júnior, Proteção civil da intimidade de Milton Fernandes. Teoria deveras elucidativa desta disciplina aproveita-lhe as linhas mestras, a inspiração e elementos terminológicos, visando a explicar o direito que se manifesta em nosso ordenamento; mas sem o propósito de lhe ser fiel, mesmo porque são variáveis suas expressões de um para outro expositor. No discernimento doutrinário, será lícito afirmar que se destacam dois campos principais: a esfera íntima e a esfera privada. A primeira é a reserva individual; a segunda o círculo pessoal ou da proximidade pessoal. Na primeira esfera se encontra, antes de tudo, o que o sujeito conservou *intus*, seja porque demasiado recôndito ou mesmo inexprimível - seus pensamentos, desejos, sentimentos, temores, brios, defeitos, remorsos, tendências: os arcanos da alma - seja porque ainda o não exteriorizou. Depois vem aquilo que o sujeito transportou para o seu exterior tópico e que, todavia, aí permanecem indevassável - as notas e papéis pessoais, os diários, as confissões, os guardados, os segredos - como também o que aí chegou pela confiança alheia: o sigilo. É este, o único árbitro da conveniência de transmitir ou não a outrem o conteúdo dessa esfera, exceção feita ao que para aí entrou pela revelação de um confidente, que esta lhe não é lícito passar a ninguém mais.

Ainda a relação direta entre o assédio moral, saúde física dos indivíduos vitimados, já que não só a dignidade é um direito garantido, mas também a saúde é constituída como um direito universal do homem, assim se manifesta Rosemary Gonçalves (2006, p.7),

A dignidade e a saúde são direitos universais, portanto o assédio moral passa a ser violação do direito maior do cidadão. Nesse sentido, a violência moral no trabalho deve ser abordada como questão para além do físico e do psicológico, a fim de incluir também sua dimensão ética.

Quanto aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, destaca-se, em primeiro lugar, que o trabalho deve obrigatoriamente ter seu valor reconhecido; e de que forma? Através da justa remuneração e de condições razoáveis para seu desenvolvimento. Por outro lado, o livre empreendedor, aquele que se arriscou lançando-se no duro jogo do mercado, também tem que ter seu valor reconhecido, não podendo ser massacrado pelas mãos quase sempre pesadas do Estado. (Moraes, 2005, p.119)

Ressaltam-se por sua amplitude no ramo do direito, e sua aplicação as normas constitucionais, contudo é nítida a importância a este princípio, dada como fundamental no ordenamento pátrio. (Godoy, 2001, p.34)

O Ministro Celso de Mello, em decisão ao HC 85988-PA defende ser a dignidade humana o princípio central de nosso ordenamento jurídico, sendo significativo vetor

interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país, além de base para a fundamentação da ordem republicana e democrática.

Por estar diretamente ligado o direito à vida, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho o empregador é o responsável pela proteção aos seus empregados, deixando-os sentirem-se úteis em seu local de trabalho, e o assédio moral contraria tudo isso quer com as às humilhações, as pressões psicológicas desumanas, as condições precárias de trabalho, tornando-se assim, evidente a violação a o princípio da dignidade humana. (Moraes, 2005, p.119)

O princípio da dignidade da pessoa humana orienta os demais princípios elencados na Constituição Federal Brasileira e implica inferir que o Estado existe em função do indivíduo inserido socialmente e não propriamente as pessoas existem em função do Estado. O ponto de convergência principal deixa de ser o Estado e se transmuda para a pessoa humana. Alexandre de Moraes (2005, p.128), a conceitua da seguinte forma,

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. Na Constituição Federal de 1988, tal princípio encontra-se no art. 1º, III.

Tal princípio merece destaque, visto seu estudo ser de suma importância, haja vista sua incidência em qualquer área do direito, ou seja, sua amplitude. Há ainda a questão cultural, pois, obviamente que, sendo tal princípio de amplitude geral, incide também em normas internacionais, portanto, é necessária a observância dos costumes para sua alegação.

3.2 Adoção por Casais Homoafetivos

Fato é a adoção por si só uma questão complexa, quanto mais por casais homoafetivos, mas é uma realidade que está presente em nossa sociedade e temos que analisá-la, discuti-la e quem sabe chegar-se a um consenso, destituídos de preconceitos. A Constituição Federal de 1998 em seu artigo 227, § 5º, não verificou qualquer impedimento para a adoção nos lares homoafetivos, e nem mesmo o Estatuto da Criança e do Adolescente não havendo assim nenhum diploma legal que impeça essa adoção. (Godoy, 2001, p.34)

Essa realidade começou a adquirir tamanha visibilidade, que o amor passou a ter relevância jurídica e acabou ingressando no ordenamento jurídico. Em um primeiro momento, só o casamento chancelava o envolvimento afetivo, verdadeiro sacramento para a Igreja, sendo considerado pelo Estado a instituição-base da sociedade. (Moraes, 2005, p.123)

Nosso país é um Estado democrático de direito e estabelece em sua Carta Magna o dever imprescindível de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna”. Em seu art.1, III, encontra-se o Princípio da dignidade da pessoa humana, princípio absoluto, pois tudo aquilo que contrariá-lo, será considerado uma afronta a Constituição Federal de 1.988, portanto, inconstitucional. A pessoa do verbo que deve ser utilizada será na seguinte forma: trata-se, considera-se, conclui-se, presume-se, etc. (Moraes, 2005, p.119)

Além de garantir a dignidade da pessoa humana, a CF/88 em seu art. 3º, inc. I a IV elenca como objetivos e porque não dizer metas para o Estado e para todos os cidadãos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (Godoy, 2001, p.35)

Direito à sexualidade: É um direito fundamental que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza, integra a própria condição humana. Sendo direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível, ninguém pode realizar-se como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, amparando a liberdade da livre orientação sexual. (Moraes, 2005, p.119)

3.3 Lei de Adoção Brasileira

A nova Lei de Adoção Brasileira (Lei 12.010/09) foi sancionada em três de agosto de 2009, publicada no Diário Oficial da União em quatro de agosto de 2009, e entrou em vigor em 90 dias após sua publicação pelo então Presidente Lula, que em síntese prevê a desburocratização do processo de adoção, criando um Cadastro Nacional de Adoção, que reúne dados das pessoas interessadas em adotar e das crianças e adolescentes aptos para a adoção, impedindo assim a adoção direta em que o interessado comparece ao Juizado da Infância e Juventude com a pessoa que quer adotar; estabelece também preparação psicológica visando esclarecer o significado de uma adoção como também promover a adoção de pessoas que não são normalmente preferidas, ou seja, aquelas mais velhas, com problemas de saúde, indígenas, negras, pardas e amarelas.⁵

O parágrafo 1º do art. 101 do ECA estabelece ser o “acolhimento institucional e o acolhimento familiar medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade”, porém, na prática não é isso o que ocorre sendo um dos principais motivos a dificuldade em encontrar pessoas dispostas a adotarem irmãos, que muitas vezes só tem um ao outro como referência familiar.

Quanto mais tardia se torna a adoção, mais vivas estarão as lembranças de suas histórias, mais entranhadas em suas memórias estarão as ilusões frustradas, os sonhos não realizados e os desejos não concretizados durante os anos de abandono, e muitas das vezes esses traumas passados influenciam, sendo um desafio tanto para adotantes quanto para adotados. O sentimento de pertencer a uma nova família precisa ser conquistado lentamente,

⁵ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: ADOÇÃO. PÁTRIO PODER.DESTITUIÇÃO.HOMOSSEXUALISMO. PROCEDENCIA DO PEDIDO. SENTENÇA CONFIRMADA. Adoção cumulada com destituição do pátrio poder. Alegação de ser homossexual o adotante. Deferimento do pedido. Recurso do Ministério Público. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais) considerado que o adotado, agora com dez anos sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotado, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Apelo improvido. (TJRJ. Nona Câmara Cível - Apelação Cível nº 1998.001.14332. Relator Des. Jorge Magalhães. Julgado em 23.3.1998).

não é como um instinto e para isso, é preciso paciência de ambos os lados, sendo a rejeição, com a posterior devolução o maior perigo desse tipo de adoção.

A Lei Nacional da Adoção, também chamada Lei 12.010/09 tem um caráter conservador quando se omite no que tange a adoção por família homoafetivas, ainda que a doutrina e a jurisprudência de vanguarda reconheçam a união estável homossexual e admite a adoção homoparental. É inútil a tentativa de impedir que pessoas do mesmo sexo construam uma família com filhos, essa é uma posição equivocada, discriminatória e preconceituosa, além do que perpetram duas inconstitucionalidades, uma ao cercear os casais homoafetivos o direito constitucional à família fulcro no art. 226 da Constituição Federal e outra não garantindo a crianças e adolescentes o direito a convivência familiar conforme o art. 227 do mesmo ordenamento jurídico.

Embora não haja na legislação brasileira a devida tutela para que casais homossexuais adotem crianças, é preciso reconhecer que muitos destes casais criam filhos sim, mas, crianças que apenas têm garantias de forma unilateral. E este talvez seja o ponto de conflito maior, na medida em que com a intenção preconceituosa de proteger, o ordenamento jurídico acabou por desproteger as crianças e os adolescentes.⁶

A nova Lei de Adoção Brasileira (Lei 12.010/09) foi sancionada em três de agosto de 2009, publicada no Diário Oficial da União em quatro de agosto de 2009, e entrou em vigor em 90 dias após sua publicação pelo então Presidente Lula, que em síntese prevê a desburocratização do processo de adoção, criando um Cadastro Nacional de Adoção, que reúne dados das pessoas interessadas em adotar e das crianças e adolescentes aptos para a adoção, impedindo assim a adoção direta em que o interessado comparece ao Juizado da Infância e Juventude com a pessoa que quer adotar; estabelece também preparação psicológica visando esclarecer o significado de uma adoção como também promover a adoção de pessoas que não são normalmente preferidas, ou seja, aquelas mais velhas, com problemas de saúde, indígenas, negras, pardas e amarelas.

Essa nova Lei revê também o conceito de família extensa ou ampliada, no qual devem ser esgotadas todas as tentativas de a criança ou adolescente serem adotado por parentes com

⁶ Os Tribunais Superiores também já se posicionaram acerca do tema, e assim segue uma ementa do STJ: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOAFETIVO. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. (...). RECURSO IMPROVIDO. (STJ, Resp 889.852 – RS. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Julgado em 27.4.2010).

os quais convive e mantém um vínculo de afinidade e afetivo, ou seja, tios, primos e cunhados possuem prioridade na adoção, não podendo adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

A família substituta é aquela que acolhe a criança e o adolescente desprovido de família natural de laços de sangue, de modo que passa a fazer parte da mesma.

Assim, valendo-se os julgadores por princípios gerais do direito, costumes e desenvolvimento intelectual da sociedade, tem-se para exemplificar os seguintes entendimentos jurisprudências que seguem em anexo no presente trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, compreendemos que tendo em vista a valorização da dignidade da pessoa humana como elemento fundamental do Estado Democrático de Direito não poderá haver qualquer discriminação baseada em características pessoais individuais, rejeitando-se, dessa forma, qualquer restrição à liberdade sexual do indivíduo, não se podendo admitir, portanto, desrespeito ou prejuízo em função da sua orientação sexual.

Cabe ao Direito acompanhar as transformações sofridas por nossa sociedade, que por si só é mutante e enfrenta empecilhos e barreiras naturais advindas da própria natureza humana, devendo ser constantemente atualizado. Enquanto isso não ocorre, e ainda não estando consolidadas leis protegendo a união homoafetiva, deverá o magistrado basear-se em analogia, costumes e princípios gerais do direito, sempre resolvendo a questão dentro dos preceitos constitucionais e buscando sempre, no caso da adoção, o melhor interesse da criança e do adolescente, pois adotar vai muito além da orientação sexual de quem deseja fazê-lo.

A mesma sociedade que defende a adoção sob argumento de que não se deve deixar à margem da sociedade crianças e adolescentes relegados ao desamparo, é a mesma que se opõe que a adoção se realize por casais homoafetivos, se recusando a admitir a possibilidade da existência de uma família constituída por pares homoafetivos. Essa não aceitação acaba por se não impedir, pelo menos dificulta que se cumpra o objetivo social desejado pelas políticas públicas existentes e defendida por doutrinadores constitucionais menos conservadores e almejada pelos militantes da área de família.

Ressalta-se que a Constituição de 1988 e a Lei 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), não taxam como condição para adoção, que o adotante seja declaradamente heterossexual. As exigências para adoção não vinculam a sexualidade como condição, pois que esta não é predominantemente ou oportuna para alcançar o objetivo final. Idoneidade também não se associa a orientação sexual do indivíduo, mas sim sua orientação social, amplamente analisada pelo Conselho Tutelar. Não podemos confundir posição e orientação sexual com incapacidade em adotar, não devemos confundir homossexualidade com imoralidade, e mais precipuamente não podemos permitir que crianças e adolescentes fiquem à margem da sociedade aguardando serem adotadas, se temos no panorama brasileiro pessoas que reúnem os quesitos necessários para tal feito.

É fundamental que o Estado proponha uma evolução na concepção em nossa sociedade para que os casais homoafetivos possam adotar sem estar sob o estigma da desconfiança ou da intolerância

Mesmo que o princípio da igualdade seja considerado, não se pode deixar de reconhecer a importância da elaboração de um ordenamento jurídico próprio para regular essa adoção, haja vista que garantiria aos casais homoafetivos e ao próprio adotado, maior segurança ao seu direito de formar uma família, na medida em que, mesmo tendo sido a união homoafetiva equiparada às uniões estáveis, o magistrado poderá não concordar com esse entendimento como fundamento para permitir a adoção baseado apenas em seus próprios valores, ou seja, que se evite a decisão pautada em requisitos subjetivos, o que gera insegurança e aflição às pessoas envolvidas no processo de adoção, que só pretendem dar e receber afeto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL, **Código Civil, Lei nº10.406**, de 10 de janeiro de 2.002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Volume 5. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice; LARRATÉA, Roberta Vieira. **A Constitucionalização das Uniões Homoafetivas**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº 32 – Set/Out/2009.

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

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GONÇALVES, Rosemary Cavalcante. **O Assédio moral no Ceará: Naturalização dos atos injustos no trabalho**. Fortaleza. 2006.

GODOY CLB. **A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas; 2001.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 13. ed. rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 por Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. _____. **Direito Civil Brasileiro**. V. VI, **Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2010.

JABUR GH. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil, v. 5. Direito de Família e Sucessões. 5.ed. – São Paulo:Saraiva, 2009.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direitos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 1ª ed., São Paulo, 2005 – (Coleção temas jurídicos: 3);

NEVES, Murilo Sechieri Costa. Direito Civil, 5: Direito de Família. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. (Coleção Curso e Concurso. Coord. Edilson Mougenot Bonfim)

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Direito de Família, vol 6, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007 .

ULHOA COELHO, Fábio. **Roteiro de lógica jurídica**. 3ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2006;

VARGAS, Fábio de Oliveira. **O paradigma da sociedade de fato na união homoafetiva**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2511, 17 maio 2010. Disponível em: . Acesso em: 15 ago. 2011.