

**OS DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS****THE LEGAL UNFOLDING HOMOAFECTIVE RELATIONSHIP***Amanda Cristina Gomes¹**Gabriel Gomes²**Michel Marcellino de Faria³**Jéssica Silazaki Lopes⁴*

RESUMO: A presente pesquisa tem por objetivo explicar os desdobramentos advindos do reconhecimento da família homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Serão utilizadas diversas doutrinas altamente conceituadas, também artigos científicos, dispositivos legais e, principalmente, jurisprudências dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal. Serão defendidos os direitos dos casais homoafetivos, tendo como fundamento os princípios constitucionais, iniciando com a exposição de preceitos pontuais que culminaram na evolução do Direito de Família, após introduzirá a união estável, seguida do casamento e da adoção sempre partindo do conceito, da previsão legal, da refutação das teses contrárias até chegar aos julgados que reconhecem os direitos dos casais homoafetivos. Por fim, tecerá comentários acerca da homofobia e suas consequências.

Palavras-Chave: Família; Homoafetivo; Afeto.

ABSTRACT: This research aims to explain the developments arising from the recognition of homosexual families in Brazil's legal system. Will be used several highly reputable doctrines, also scientific articles, legal provisions, and especially, jurisprudence of the High Courts and

¹ Graduanda do 10º semestre do Centro Universitário Toledo (Araçatuba, SP)

² Graduando do 10º semestre do Centro Universitário Toledo (Araçatuba, SP)

³ Graduando do 10º semestre do Centro Universitário Toledo (Araçatuba, SP)

⁴ Graduanda do 10º semestre do Centro Universitário Toledo (Araçatuba, SP)

the Supreme Court of Brazil. The rights of homosexual couples will be defended on the basis of constitutional principles, starting with the exposure of specific provisions that culminated in the evolution of Family Law, after will introduce the Common-law marriage, followed by marriage and adoption, always starting from the concept, the legal provision, the refutation of opposing views to reach judgments that recognize the rights of homosexual couples. Lastly, will make comments about homophobia and its consequences.

Keywords: Family; Homosexual; Affection.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por fundamento explicar os desdobramentos advindos do reconhecimento da família homoafetiva no ordenamento brasileiro.

A princípio, com vista a contextualizar o tema, tecerá comentários acerca de mudanças pontuais advindas no Direito de Família nos últimos anos, fazendo referência a dispositivos de leis específicas que em pouco tempo foram quebrando paradigmas deste ramo jurídico.

Após, discorrerá sobre o instituto da união estável, fazendo breves comentários de seu surgimento e dos requisitos a serem cumpridos para que seja realizado seu reconhecimento. Introduzirá neste momento os primeiros passos dados pela família homoafetiva rumo ao reconhecimento por nosso ordenamento. Assim, estudará a primeira relação reconhecida pela Jurisprudência nacional, que é a união do casal homoafetivo.

Na sequência, irá dispor sobre o casamento homoafetivo identificando pontos específicos sobre os direitos acarretados a partir do reconhecimento dessa instituição.

Por conseguinte, exemplificando esses direitos adquiridos a partir das decisões do STF e do STJ introduzirá um tópico relativo a adoção realizada por casais homoafetivos.

Por fim, irá abordar a homofobia, seu conceito, sua existência no Brasil e suas consequências jurídicas.

A pesquisa será realizada com base na Jurisprudência brasileira tendo em vista que as relações das famílias homoafetivas não estão regulamentadas em dispositivos de lei. Serão consultadas diversas doutrinas, banco de dados do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, artigos científicos, dentre outros instrumentos para que seja obtida a clareza necessária na exposição do objeto da pesquisa, qual seja, os desdobramentos jurídicos das relações dos casais homoafetivos.

1. A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Desde os primórdios dos tempos o ser humano busca se relacionar uns com os outros. Apesar de o intuito desta aglomeração mudar a cada geração, fato é que, a família seja de qual forma for, sempre existiu. Nesse sentido, como bem acentua Rousseau (2015, p.18) “a mais antiga de todas as sociedades (e a única natural) é a família.” E, conforme acrescenta Louzada (2016) “A humanidade sempre se portou e se mostrou de forma aglomerada, tendo em vista a necessidade do homem de viver em comunidade. É psicologicamente difícil ao ser humano a vida segregada, sem compartilhamentos, sem trocas.”

Seja para fins de manutenção da espécie através da procriação em comunidades ameaçadas a extinção por pragas ou guerras, seja para fazer valer o instituto religioso do matrimônio, ou mesmo por questões morais das famílias tradicionais, fato é que ao longo do tempo diversas foram as funções e finalidades da família na sociedade até que chegasse à denominada, atualmente, como família afetiva.

Dessa forma, certo é afirmar que independente das regulações normativas, ou das orientações dos diversos cultos religiosos existentes, as pessoas vão continuar a unirem-se, formando aglomerados denominados famílias, mesmo que não seja exatamente como a norma regulamentou ou como a autoridade religiosa pregou.

É cediço que diante de tantas mudanças, o Direito, especificamente o das famílias, não pode nem deve ficar estagnado, ele precisa ser dinâmico; alterando-se na medida do possível, buscando sempre alcançar a realidade da sociedade de seu tempo, sob pena de não fazer valer a justiça que tanto é almejada.

Essa instituição (a família) apesar de ser muito antiga, até hoje é considerada a base da sociedade e, inclusive, é objeto de norma Constitucional preceituada no art. 226, a seguir transcrito: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” A respeito deste dispositivo, em sua segunda parte afirma-se que a família tem especial proteção do Estado, confirmando, dessa forma, ainda mais o fato de que o direito deve ser dinâmico, adaptando-se às mudanças, para que essa proteção ali consignada não seja mera afirmação, mas sim, uma garantia ao ser humano.

Por fim, atente-se às diversas “novas famílias” que começam a surgir na realidade atual de nossa sociedade, algumas até sendo regulamentadas pela nossa Carta Magna,

deixando de ser considerada apenas aquela constituída através do matrimônio. São algumas delas as paralelas, em que um dos cônjuges possui duas famílias, comumente uma matrimonial e outra através da união estável; a monoparental caracterizada pela convivência de um dos cônjuges e sua prole; a parental constituída por parentes que ao morarem juntos objetivam a formação de família; e, por fim, tema do presente trabalho, a família homoafetiva, composta por pessoas do mesmo sexo.

Uma das maiores transformações, senão a maior, pela qual passou o Direito de família foi a aceitação jurídica do casal homoafetivo. Sobre esse assunto é interessante aludir às civilizações gregas romanas, nas quais as relações homossexuais eram consideradas normais, sem importância, até mesmo comuns.

Assim, nas palavras de Vecchiatti (2013, p. 104):

No início dos tempos, o comportamento homoafetivo não era tido como “estranho” ou “anormal”, justamente por ser considerado tão normal quanto o heteroafetivo. Determinadas culturas passaram a valorizá-lo, ao passo que outras passaram a desprezá-lo, até que, num dado momento histórico, a parcela que dominava o poder político do mundo ocidental passou a condenar ferozmente a homossexualidade, criando assim todo um estigma e preconceito contra as pessoas homossexuais.

Nesse mesmo sentido, Venosa (2015) leciona:

Com a era cristã começaram a surgir ideias homofóbicas, tendo Justiniano editado leis nesse sentido. Surgem daí para frente Estados com legislações que repudiavam o homossexualismo, tendo como base a possibilidade e o incentivo de repovoar a Europa tendo em vista a diminuição populacional causada por epidemias. Os legisladores viam na relação homoafetiva uma ameaça à estabilidade das populações.

Posto isso, é verificável que não só a homossexualidade como também a homofobia são conceitos existentes há séculos e que hoje ainda se encontram arraigados na sociedade. Somente a partir das grandes manifestações dessa geração, é que foi possível abrir espaço para essa minoria, fazendo valer os princípios da liberdade, igualdade e, principalmente, dignidade da pessoa humana.

No Brasil, a família “tradicional” que se conhece foi instituída pela chegada dos Europeus colonizadores, que a época viviam sobre os dogmas da Igreja Católica. Eles trouxeram a ideia da família patriarcal, onde o homem era o chefe e tanto a mulher quanto os filhos lhe deviam obediência.

Muito comum ouvir os indivíduos advindos de gerações mais antigas dizerem o quão absurdo é a relação entre pessoas do mesmo sexo, a maior parte delas não sabendo nem ao menos explicar o porquê de pensarem dessa forma. E isso, muitas das vezes, por conta de uma cultura moral implantada na sociedade, a qual foi criando raízes ao longo do tempo.

Destarte falar em verdadeira evolução, avanço, conquista, enfim, quebra de paradigmas, a aceitação jurídica da relação homoafetiva na sociedade brasileira. Dito de outro modo:

[...] com o decorrer do tempo, com a evolução do pensamento humano, com a quebra de paradigmas, não cabe mais ao legislador escudar-se atrás do véu da hipocrisia e deixar de outorgar direitos aos casais homoafetivos. É certo que a homossexualidade sempre existiu e que em épocas passadas os casais homoafetivos não possuíam direitos, tendo em vista que a sociedade ainda mostrava-se avessa em aceitar tal condição, talvez por imposição da Igreja que insiste ainda em dizer que se cuida de pecado. (LOUZADA, 2016).

Por fim, é nítida a omissão do legislativo em regular essas situações que existem e causam problemas, daí falar em ativismo judicial. Enquanto os legisladores ignoram essa problemática os Tribunais Superiores e Supremo Tribunal Federal passam a regular as mais diversas situações em que se envolvem os casais homoafetivo através de suas súmulas e resoluções, vinculando todo o Judiciário. Se constitucional ou não, essa é uma questão para outra pesquisa, fato é que esses Tribunais estão aplicando um direito dinâmico, concretizando os fundamentos da Constituição.

2. DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA

A união estável está disciplinada tanto na Constituição de 88 em seu artigo 226, § 3º com a seguinte redação: “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” como também no Código Civil, no 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”.

Ambos os conceitos têm como requisito a união entre um homem e uma mulher, no entanto, isso já foi pacificado nos Tribunais, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal afastou tal orientação por meio de seus julgados.

Dessa forma, para constituir a união estável basta que o casal preencha os demais requisitos, tais quais, tenham convivência pública, ou seja, que a comunidade em que são inseridos tenha conhecimento do relacionamento deles como se família fosse; contínua e duradora, afastando assim, aqueles relacionamentos efêmeros; com objetivo de constituição de família, excluindo desse conceito o simples namoro, sendo considerado apenas aqueles casais que além de conviverem a tempos tem o propósito formar uma família, e, apenas por algum motivo alheio aos outros não confirmaram a relação através do matrimônio.

O direito do indivíduo homossexual é o mesmo de qualquer outra pessoa. O art. 5º, caput, da Carta Magna de 88 preceitua: “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 [...]”. Esse dispositivo constitucional é cláusula pétrea da Lei Maior, ou seja, não pode sofrer alteração de nenhuma forma, é mandamento basilar do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, quando é negado a um cidadão exercer sua liberdade de escolher com quem quer construir uma família, com quem quer se relacionar, quando é dado tratamento diferenciado as minorias, quando há discriminação, ofende-se não só a pessoa específica, mas também todo regime jurídico que a nação escolheu como fundamento para sua criação. Descartam anos e anos de lutas para conquistar uma pátria livre, igual, onde todos são dotados de direitos fundamentais inatos, que não podem ser tirados, não podem ser revogados, e apesar de serem, não podem de maneira alguma serem ignorados.

Dias (2015) afirma que o legislador, por ter necessidade de agradar boa parte da população para que consiga permanecer em seu cargo ignora as minorias, negando-lhes o direito que tem. No entanto, com veemência acrescenta que embora não há lei, o direito está ali, ele existe e deve ser vigorado.

Assim, apesar de o direito de constituir relacionamentos homoafetivos não ter sido reconhecido através de uma lei específica ditando isso, o Judiciário, assim o reconheceu por ser a medida de justiça adequada. Vale ressaltar que essa conquista adveio de incansáveis esforços, lutas e manifestações, não só dos beneficiados dessa jurisprudência atual, mas também de toda uma população aberta ao progresso. Apesar disso, muitos ainda, adeptos do retrocesso social, vão na contramão dessas conquistas tentando suprimi-las, defendendo um retrocesso, uma política de estagnação.

Dias (2015), defensora dos ideais homoafetivos, inclusive idealizadora desse conceito,

comumente afirma que diante das garantias de inclusão impostas aos cidadãos, juridicamente não se pode negar aos indivíduos os direitos que a eles são inerentes, devendo dessa forma protegê-los independente da orientação sexual que cada um tem.

Em 2008 houve uma decisão do STJ, proferida no REsp820475/RJ, admitindo a união do casal homoafetivo como entidade familiar. Na sequência, segue cópia da ementa e parte do voto:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, desde que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido.

Essa decisão foi um grande avanço na jurisdição brasileira e abriu portas para diversos julgados reconhecendo direitos como o casamento, a adoção, a partilha de bens, entre outros.

Disso temos que atualmente o Judiciário não tem função apenas abstrata de interpretação da lei, buscando o sentido que o legislador queria ao criar determinado dispositivo, diversamente, agora, os aplicadores do direito devem, a luz dos princípios constitucionais, estender as normas jurídicas atentando-se sempre para as novas realidades. Se o legislativo não consegue a eficiência devida para atualizar o direito a fim de que este corresponda aos avanços sociais que diariamente são vivenciados, nada mais coerente que deixar essa função nas mãos dos julgadores.

Apesar de esse raciocínio parecer inconstitucional ferindo a separação dos poderes não é razoável deixar os cidadãos a mercê de injustiças causadas pela falta de orientação normativa. Inconstitucionalidade, na verdade, é discriminar as minorias apenas por existir lacunas normativas.

Outro aspecto importante é que doutrinariamente afirma-se que, o que não é proibido em nosso ordenamento jurídico, é permitido. Portanto, fazendo o raciocínio inverso, apesar de a família homoafetiva não ter amparo em lei, certo é que também não existe nenhuma norma dizendo que tal relacionamento seria ilícito. A jurisdição se omite a isso, no entanto, o apesar de os legisladores ignorarem essa realidade, ela existe e os indivíduos pertencentes a ela reclamam pelo reconhecimento de seus direitos, pelo tratamento igualitário, pela aceitação e pelo respeito.

3. DO CASAMENTO HOMOAFETIVO

O casamento, como ressaltado anteriormente, é uma das instituições mais antigas da legislação, e até hoje o tema ainda não se tornou pacífico. Muitas são as discussões em torno do casamento e seus desdobramentos, e hoje o maior conflito gira em torno do realizado entre duas pessoas do mesmo sexo.

Segundo Tartuce (2014, p. 134): “o casamento pode ser conceituado como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto.” Essa última informação nos remete ao fim atual do casamento, que é o afeto. Esse fator é tão importante nos relacionamentos dos dias atuais, que muitos afirmam que com o fim do afeto, também se dissolve o casamento.

Com as inovações da legislação com relação ao Direito de Família, tornou-se muito mais fácil casar-se e também dissolver o casamento através do divórcio, sendo possível, inclusive, que a pessoa se case hoje, amanhã se divorcie e na semana seguinte se case de novo. Não há limites temporais para a constância do casamento.

Muitos juristas, a princípio, criticaram essas mudanças dizendo que a regulamentação da união estável e a facilitação do divórcio seria fator crucial para a crise familiar, para a extinção da família como a conhecemos, no entanto, já com alguns anos de experimentação foi possível constatar que isso não aconteceu. Afinal as pessoas continuam a casarem-se acreditando sempre na duração do matrimônio, destarte é evidente que ninguém se casa com o intuito de divorciar-se. São as questões supervenientes que fazem com que as pessoas queiram dissolver o vínculo conjugal.

Todos esses avanços buscando preservar a liberdade e a dignidade do indivíduo não

foram suficientes para incluir o casal homoafetivo em nossa legislação. E, apesar das diversas decisões do STJ e do STF no sentido de permitir a união homoafetiva, somente em 2013 que houve a possibilidade de os homossexuais constituírem família através do casamento civil.

Embora o Brasil seja um dos países mais avançados em termos de aceitação da homoafetividade, ainda há muito o que se conquistar até que os princípios fundamentais da Constituição Federal sejam efetivamente garantidos.

A regulamentação do casamento homoafetivo foi proferida com a resolução 175, de 14 de maio de 2013, a qual resolveu:

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

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

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

Essa orientação não só regulou a conversão da união estável em casamento, mas também previu uma sanção indireta para o descumprimento, ou seja, o Presidente do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), à época Joaquim Barbosa, não deixou a mercê das autoridades competentes a decisão de converter ou não a união estável homoafetiva em casamento, ele não só vedou a não conversão como também orientou sob o que deverá ser feito em caso de descumprimento.

Apesar de a resolução não ter a força normativa de uma lei, pelo menos é um pequeno passo rumo à igualdade social.

Muito se questionou quanto à legitimidade do STF para regular esse assunto, alegando que este agindo de tal forma estaria ferindo a separação dos poderes. De outro lado, outros aplaudiram o ativismo judicial tendo em vista que a morosidade do legislativo para regulamentar as diversas situações da atualidade apenas ensejou mais problemas ao Judiciário que de qualquer forma terá de resolver essas questões no âmbito dos processos judiciais. Aliás, sendo o STF protetor da Constituição, correto é que esse Tribunal faça valer os princípios ali contidos independente de norma legislativa.

Se atualmente as famílias se constituem através do afeto não há porque não estender a regulamentação aos casais homoafetivos, afinal o sentimento existente entre duas mulheres ou

dois homens não é diferente do constituído entre pessoas de sexo distintos.

Nesses últimos anos muitos casais homoafetivos tiveram coragem de se assumirem, de sair nas ruas de mãos dadas como qualquer outro casal. Não foram poucas as passeatas que tiveram e ainda tem, objetivando a inclusão.

Dentre os vários pedidos há o principal deles que é o respeito, que nem deveria ser objeto de discussão visto que a Constituição também consagra o princípio da não discriminação.

Por oportuno, a seguir o inteiro teor do acórdão proferido na Apelação de n. 00313375120138190000/RJ de 2013:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. HABILITAÇÃO PARA CASAMENTO. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. CONVERSÃO. POSSIBILIDADE. COERÊNCIA DO TEXTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES DO TJRJ. 1. O STF, guardião da Constituição Federal, reconheceu, por decisão unânime, em maio de 2011, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, ao afirmar que o artigo 1.723 do Código Civil não poderia ser lido em sua literalidade e estendendo o conceito de família também à união entre pessoas do mesmo sexo. 2. Seguindo a mesma linha de raciocínio e como o STF determinou que o reconhecimento da união estável homoafetiva tem as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva, o STJ, recentemente, por maioria de votos, reconheceu a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo. 3. E não poderia ser diferente, já que a expressão "homem e mulher" utilizada pela Constituição Federal no artigo 226, § 3º, e pelo artigo 1.723 do Código Civil, foi afastada pela decisão do STF, que tem efeito vinculante e eficácia erga omnes. 4. Princípio da máxima efetividade ou da eficiência do texto constitucional, através da qual, na lição de Canotilho, "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê" inexistência de lacuna legislativa. 5. O reconhecimento do casamento homoafetivo deriva do princípio da máxima efetividade do texto constitucional e se apoia na violação de princípios constitucionais como o da dignidade humana, da liberdade, da não discriminação por opção sexual, da igualdade, e, principalmente, no texto constitucional que confere à família a especial proteção do Estado. 6. Inexistência de impedimento para o casamento. PROVIMENTO DO RECURSO.

Esse é apenas um dos diversos julgados que já reconheceram o casamento homoafetivo. A partir dessas decisões é conferido aos homossexuais, por analogia, todos os direitos que um casal heterossexual possui, tais como a partilha de bens com a dissolução do casamento, a possibilidade de adoção, os direitos sucessórios, dentre outros.

Essas conquistas, no entanto, não vieram sem uma agitação, como indicamos anteriormente, que se estende por toda a extensão do país, onde muitos são contrários, existindo até mesmo projeto de lei para que tal realidade seja proibida. Se por um lado avança-se ao consagrar direitos a todos os cidadãos fazendo prevalecer a Justiça, por outro estamos retroagindo por conta do preconceito.

Ao renunciar a parte de sua liberdade para a constituição de um Estado Democrático de Direito, os cidadãos esperavam que fossem resguardados seus direitos, que houvesse certa segurança jurídica, uma garantia que haveria justiça. Não se deve aceitar que determinados direitos sejam preservados em detrimento de outros; todos os indivíduos da sociedade devem ter seus direitos garantidos.

Não é possível que o Estado decida questões tão particulares da vida das pessoas, como com quem irão se relacionar. A função do Estado é aplicar sanções a aqueles que transgridam a lei e causem transtornos na convivência pacífica da comunidade, é punir aqueles que invadem a esfera de liberdade do outro, não regular relacionamentos. Isso é particularidade de cada jurisdicionado. A todos é resguardado o direito a liberdade, a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a não discriminação, não tendo motivo para privar as relações entre os pares seja de qual forma for.

4. ADOÇÃO PELO CASAL HOMOAFETIVO

A questão da adoção por casais homoafetivos já foi objeto de diversos estudos não apenas do âmbito jurídico, mas também da psicologia e ciências sociais. O tema, como qualquer outro que envolva essa minoria, permanece polêmico e, apesar de já haver decisões no Supremo permitindo essa feita, ainda há muitos jurisdicionados que não aceitam e lutam para destruir essa realidade.

A princípio, permitiam a adoção apenas por um indivíduo independente da orientação sexual, o problema surgiu quando se tratava de casais homoafetivos, o que na verdade não faz sentido algum, já que obviamente o indivíduo que sozinho adotou a criança terá ou, às vezes, até já tem um companheiro (a) do mesmo sexo, apenas tratou da burocracia desacompanhado.

O artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente enuncia: “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.” Se o requisito é que o casal conviva em união estável ou sejam casados, não há porque proibir os casais homoafetivo nessas condições de adotarem.

Da mesma forma que a legislação não regulamenta a união estável e o casamento entre pessoas do mesmo sexo, não existe nenhuma norma permitindo, ou mesmo proibindo a adoção por casais homoafetivos. O legislador é omissivo, ignorando essa realidade. Nesse sentido, Bordallo (2015, p. 282) leciona:

O legislador não pode se imbuir de preconceitos quando de sua função de regulamentar as regras sociais de conduta. O Estado é laico, mas os legisladores não conseguem se libertar das pressões religiosas e se recusam a discutir uma situação que existe, que causa problemas para pessoas que nela convivem e que acaba nas salas de audiência pela simples ausência de norma regulamentadora.

O que os legisladores precisam compreender e terem consciência é que a adoção visa, primeiramente, resguardar as melhores oportunidades para a criança, que longe de questionar a sexualidade dos adotantes, anseia mais por ter uma família que a acolha;

A confirmação disso encontra-se no artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente que regula que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.”.

Dessa forma, se a pessoa é idônea, tem condições sociais e financeiras mínimas para manter as necessidades básicas de uma criança ou adolescente porque não permitir a adoção? No Brasil há uma quantidade imensurável de crianças que precisam de um lar, que são largadas pelos seus genitores biológicos e ficam muitas vezes a mercê da sorte, outras dependendo de lares do Estado, da solidariedade dos seus pares. E muitas vezes esses infantes crescem, se tornam maiores na acepção jurídica e não tiveram oportunidade de serem adotados por causa dessas omissões legislativas.

A homossexualidade, não é uma doença, nem mesmo uma escolha de vida, é uma condição imposta. O indivíduo não se torna homossexual, ele nasce com essa orientação. E apesar de ninguém poder escolher como vai nascer, ao crescer cada um pode decidir quem quer ser e é isso que vai definir caráter e este sim é um caractere importante do ser humano que deve ser levado em consideração em qualquer circunstância da vida.

O afeto não surge porque o indivíduo é heterossexual, homossexual, pansexual, assexuado, não depende da orientação sexual das pessoas, da mesma forma que não depende de credo, etnia, opções políticas, mas sim do carinho, do cuidado, da proteção e é isso que deve prevalecer.

Em 2011 a Ministra Cármen Lúcia surpreendeu a todos com o julgamento do RE: 846102 possibilitando que um casal homoafetivo convivente em união estável pudesse adotar, a seguir se reproduz a ementa e o voto dessa brilhante decisão:

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. ADOÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.277. ACÓRDÃO RECORRIDO

HARMÔNICO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO. 3. Razão jurídica não assiste ao Recorrente. 4. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, Relator o Ministro Ayres Britto, por votação unânime, este Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil, para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (DJe 14.10.2011). No voto, o Ministro Relator ressaltou que a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo família nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extramuros domésticos, porque, endogenamente ou interna corporis, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto participantes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família. Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levas e levas de seres humanos abandonados despejam suas últimas sobras de gente. Mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes. Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indistintamente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo - data vênica de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. O acórdão recorrido harmoniza-se com esse entendimento jurisprudencial. Nada há, pois, a prover quanto às alegações do Recorrente. 5. Pelo exposto, nego seguimento a este recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 5 de março de 2015. Ministra CARMEN LÚCIA Relatora.

A partir desse julgado então se tornou pacífico que o casal homoafetivo pode sim adotar. A Constituição Federal não permite interpretação restritiva dos direitos fundamentais, devendo estes serem aplicados a todos os cidadãos.

A ideia de que deveria ser determinada a idade do infante a ser adotado por casais homossexuais para que este tivesse a possibilidade de escolher se quer ser adotado, não tem sentido algum visto que dessa forma estariam reduzindo as possibilidades daquele adolescente que teria passado a sua infância quase completa em um abrigo.

Ao estender os direitos não se deve limitá-los, afinal de que adianta permitir a adoção se for colocado empecilho a esta. A adoção visa dar melhores condições a uma criança ou adolescente, propõe que este seja inserido em uma família que lhe proporcione além do necessário materialmente como a inserção em uma instituição de ensino adequada, vestuário, alimentação, também necessidades imateriais, como o amor, o carinho, a educação, a proporcção de um sentimento de inclusão e um lar do qual não tiveram no seio de sua família biológica.

A questão da sexualidade dos adotantes nem deveria ser tema de discussões visto que não há diferenciação em indivíduos homossexuais para os heterossexuais. São todos seres humanos dotados de inteligência e capacidade mental.

Antes de serem questionadas as preferências dos adotantes deveria primeiramente ser analisada a adoção a partir do ponto de vista do adotado, do que será melhor para ele. Dizer que infantes criados por casais homoafetivos serão mau influenciados é reafirmar o preconceito existente. Conforme ressaltado anteriormente, a homossexualidade é condição do ser humano, ninguém se torna homossexual por opção, portanto, a convivência com um casal homoafetivo não fará com que a criança também tenha essa sexualidade, isso só irá acontecer se o indivíduo tiver nascido com essa orientação. É incoerente o pensamento contrário a esse tendo em vista que, se a sexualidade dos pais fosse exemplo concreto a ser seguido pelos filhos não teriam a prole de casal heteroafetivo revelado preferências homossexuais.

Por fim, nas palavras de Dias (2010) “nada justifica a estigmatizada visão de que a criança que vive em um lar homossexual será socialmente rejeitada ou haverá prejuízo a sua inserção social. [...] Assim, a insistência em rejeitar a regulamentação da adoção por homossexuais tem por justificativa indisfarçável preconceito.”

5. DA HOMOFOBIA

Conforme verificado, muitas foram as conquistas que os homossexuais conseguiram nesses últimos anos, no entanto, mesmo que aparentemente essa minoria venha sendo aceita, possível é afirmar que a homofobia é, ainda, um grave problema vivido pela sociedade.

No entanto, se por um lado avançou-se em garantir direitos aos casais homoafetivos, por outro esses direitos muitas vezes são fatores cruciais do aumento da discriminação.

A homofobia conforme já salientado anteriormente não é novidade, no entanto, é perceptível que recentemente ela se tornou mais comum. Isso devido, provavelmente, ao crescente número de homossexuais que se assumiram, e que possuem relacionamento público como qualquer casal heterossexual.

Homofobia é a aversão criada por alguns em relação a essa minoria, é um sentimento de repulsa, ódio, que eles sentem pelo simples fato de o outro possuir uma orientação sexual diferente. Não são poucos os casos de preconceito de pessoas que nem ao menos sabem explicar a razão de ser desse sentimento, porém, insistem em propagarem ódio por onde passam.

Essa cultura de ódio com o diferente não existe somente em relação aos homossexuais, atualmente esse é o assunto midiático, no entanto, o preconceito existe e sempre existiu com todas as minorias da sociedade brasileira, como contra os afrodescendentes e os indivíduos possuidores de alguma deficiência física ou mental, dentre muitos outros que sofrem com a discriminação que está propensa.

Nessa senda, necessário evidenciar a diferenciação entre preconceito e discriminação, assim nas palavras de Rios (2007, p. 27):

Por preconceito, designam-se as percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções. Já o termo discriminação designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos dos indivíduos e dos grupos. O primeiro termo é utilizado largamente nos estudos acadêmicos, principalmente na psicologia e muitas vezes nas ciências sociais; o segundo, mais difundido no vocabulário jurídico.

Em outras palavras, homofobia é o preconceito, a aversão que as pessoas têm em relação aos indivíduos homossexuais. Por preconceito entenda a ideia anterior ao conceito,

anterior ao fato, ao saber, é uma opinião infundada, baseada apenas em senso comum. Esse sentimento gera a discriminação que é a externalização da homofobia, é a sua materialidade.

A discriminação pode se concretizar de diversas formas, assim a violência psicológica, a física, a segregação, a negligência e tantas outras. Seja como for ela deve ser punida!

Não só as vítimas, mas também as testemunhas que presenciam o fato têm o dever de denunciar. Inclusive, o indivíduo que assiste a violência sem tomar qualquer providência para saná-la, tem tanta participação nessa como quem a pratica. A omissão causa tantos danos quando a agressão em si.

CONCLUSÃO

Atualmente é possível que os casais homoafetivos tenham suas relações reconhecidas judicialmente. Não há dispositivos legais específicos regulando, no entanto, a jurisprudência dos Tribunais já é pacífica nesse sentido, sendo que nos últimos julgados inúmeras foram as decisões que reconheceram uma série de direitos para esses indivíduos.

Dessa forma, desde que preenchidos os requisitos, os casais homoafetivo podem constituir união estável e, inclusive, se casarem, sendo certo que a partir da Resolução 175, de 14 de maio de 2013 é proibido aos Cartorários se recusarem a realizar a respectiva cerimônia matrimonial.

A partir dessas decisões também são reconhecidos todos os direitos advindos dessas uniões, tais quais, os direitos sucessórios, de alimentos recíprocos, partilha de bens, enfim, todos os direitos gerados através desses institutos.

Além disso, é possível que o indivíduo homossexual adote uma criança ou adolescente, tanto de forma individual, como de forma conjunta quando viverem em união estável ou estiverem casados, desde que preenchidos os requisitos para tanto.

Apesar de todas essas garantias, ainda existem inúmeras pessoas contra essa realidade e que diariamente lutam para suprimi-la, e praticam diversas formas de homofobia, causando transtornos tanto físicos, como emocionais na vida dos homossexuais e que na maioria das vezes não são nem ao menos punidos pelo que fizeram.

Por fim, conclui-se, que a sociedade precisa ter consciência que, primeiro, a homofobia não é uma doença, nem uma opção de vida, mas sim uma orientação que já nasce com o indivíduo. Segundo, todos seres humanos são livres, iguais, e dotados de direitos inatos

que não podem ser violados. Terceiro, o fato de um indivíduo aceitar que outros sejam homossexuais, ou que esse mesmo tenha amigos assim, não o faz ter essa orientação, na verdade o torna mais humano, coerente e respeitoso. Quarto e último, não aceitar é opção, respeitar é obrigação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 175 de 14 de maio de 2013. *Habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_175_2013.pdf>. Acesso em 03 out. 2016.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4ª Turma). *Recurso Especial n. 820475-RJ (2006/0034525-4)*. Relator: Luis Felipe Salomão, Rio de Janeiro, 02 de setembro de 2008. Diário da Justiça Eletrônico – 06, out. 2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/849523/recurso-especial-resp-820475-rj-2006-0034525-4>>. Acesso em: 03 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 846102 – PR*. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Paraná, 05 de março de 2015. Diário de Justiça Eletrônico – 18 mar. 2015. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178770481/recurso-extraordinario-re-846102-pr-parana>>. Acesso em: 03 out. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça. (2ª Câmara). *Apelação cível n. 00313375120138190000 – RJ*. Relator: Desembargadora Mônica de Farias Sardas. Rio de Janeiro, 31 de julho de 2013. Diário de Justiça Eletrônico – 15, abr. 2014. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117391000/apelacao-apl-313375120138190000-rj-0031337-5120138190000>>. Acesso em: 03 out. 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Adoção Homoafetiva. "O afeto merece ser visto como uma realidade digna de tutela."* set. 2010. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/6_-_ado%E7%E3o_homoafetiva.pdf>. Acesso em: 01 out. 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. 749p.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. *Evolução do conceito de Família*. Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal. Nº 13 - 2011. Disponível em: <<http://www.escoladamagistratura.org.br/images/stories/pdf/Revista/revista13.pdf#page=12>>. Acesso em: 01 out. 2016.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1.191 p.

MARIA, Clarissa Boraschi (Org.). *Vade Mecum Saraiva*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 2.110p.

POCAHY, Fernando (Org.). *Rompendo o silêncio. Homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea. Políticas, teoria e atuação*. - Porto Alegre: Nuances, 2007. 116 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret. 2013. 141p.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil 5 - Direito de Família*. 9ª ed. São Paulo: Método. 2014. 1.350p.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade - Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2012. 2261 p.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Homoafetividade e o Direito*. Artigo Científico. Disponível em: <http://www.silviovenosa.com.br/_libs/dwns/18.pdf>. Acesso em: 01 out. 2016.