

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**DIEGO DA SILVA BARRETO**

**LICENÇA PATERNIDADE NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS**

**VOLTA REDONDA**

**2018**

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**LICENÇA PATERNIDADE NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do UniFOA, como requisito para elaboração da Monografia Jurídica.

Aluno:

Diego da Silva Barreto

Orientadora:

Prof<sup>a</sup> MSc. Cláudia Regina Robert de Jesus Chaves

**VOLTA REDONDA**

**2018**



Fundação Oswaldo Aranha



### FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

*Licença Paternidade nas Relações Homossexuais*

Elaborado por *Luiz da Silva Barreto* apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em *30* de *Outubro* de *2018*

Banca Avaliadora:

*Leandro Regis Rebelo*  
Professor Orientador - Unifoa

*Luiz Hugo Hoji*  
Professor Avaliador - Unifoa

*Wladimir*  
Professor Avaliador - Unifoa

Dedico aos meus pais, pela oportunidade oferecida por eles de cursar este curso, pelo incentivo, apoio, paciência e por sempre estarem ao meu lado, me trazendo alegrias, me encorajando e apoiando nos momentos difíceis. A minha vitória dedico a vocês que a fizeram acontecer. Amo vocês!

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me concedido saúde, força e disposição para fazer a faculdade e o trabalho de final de curso. Obrigada por tudo que fizestes por mim.

Aos meus pais, que são minha base, minha inspiração. Obrigado pela força, pelo incentivo e pelo carinho que me deram não só durante esse percurso, mas em toda minha caminhada. Sou imensamente grato.

A minha irmã por acreditar que eu chegaria até aqui, obrigado pela torcida e pelo apoio. Você também foi fundamental para essa conquista.

A minha família que sempre está presente nos momentos mais felizes e difíceis da minha vida.

Em especial a minha orientadora Professora Claudia, por não ter desistido de mim, pelas broncas, zelo, dedicação, paciência, amor, amizade e presteza. Você é parte nesta conquista.

A todos os meus professores, que durante esse tempo dedicaram a mim atenção, paciência e dedicação necessárias me ajudando. Obrigado por me mostrarem que é possível alcançar nossos objetivos.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”. (Albert Einstein)

## RESUMO

A homossexualidade existe desde os primórdios dos tempos, era vista como uma evolução sexual. Atualmente esse termo designa o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo. Existe preconceito contra homossexuais, por parte de algumas religiões, até impedem sua participação. É necessário conscientizar as pessoas por meio da educação e princípios e entender que o conceito de família evoluiu, de patriarcal a outras modalidades, como as famílias homoafetivas. Assim, tem o direito como adotar alguém, desde que preencham os requisitos necessários, conforme a lei. O ECA, após esgotar todas as possibilidades de manter uma criança com sua família natural, não sendo possível, aplica-se a medida de adoção. O ordenamento jurídico admite adoção de criança ou adolescente por casais homoafetivos, haja vista que não se leva em consideração a orientação sexual dos adotantes e sim a qualificação para adotar. Assim sendo esses casais têm os mesmos amparos jurídicos quanto à licença maternidade, considerando que esse período deve ser visto para adaptar a criança, bem como o adotante. Todavia é de se considerar que numa relação familiar de casais homoafetivos femininos uma delas terá o direito a licença maternidade que é de 120 dias.

**Palavras-chave: Família homo afetiva; Adoção; Licença paternidade.**

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>08</b>
<b>2 REFERENCIAL TEÓRICO .....</b>	<b>10</b>
<b>2.1 Evolução Histórico da Homossexualidade .....</b>	<b>10</b>
<b>2.2 Preconceito contra homossexuais .....</b>	<b>13</b>
<b>2.3 Família e sua evolução .....</b>	<b>15</b>
<b>2.4 Novas modalidades de família .....</b>	<b>17</b>
<b>2.5 Tipos de Família .....</b>	<b>20</b>
<b>3 ADOÇÃO NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS .....</b>	<b>22</b>
<b>3.1 Entendimentos do ECA acerca da adoção de crianças e adolescentes pelos casais homoafetivo .....</b>	<b>24</b>
<b>4 DA EXTENÇÃO DA LICENÇA MATERNIDADE AOS CASAIS HOMOAFETIVOS ADOTANTES .....</b>	<b>27</b>
<b>5 DAS LIÇÕES DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL QUEPROPICIOU A MUDANÇA NO CONCEITO DE FAMÍLIA .....</b>	<b>30</b>
<b>5.1 Limites da Mutação Constitucional .....</b>	<b>31</b>
<b>5.2 Mecanismo de Mutação Constitucional .....</b>	<b>32</b>
<b>5.3 A aplicação de Sentença Aditiva no Supremo Tribunal Federal como instrumento de Mutação Constitucional .....</b>	<b>35</b>
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>39</b>
<b>7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>40</b>
<b>(ANEXO A) – AGRAVO DE INSTRUMENTO, AÇÃO GUARDA, CASAL HOMOAFETIVO.....</b>	<b>53</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A visão que a homossexualidade traz para a sociedade passou por diversas etapas, e ainda precisa haver mais avanços para que homens e mulheres, em qualquer condição familiar, possam ter a segurança de planejar um filho, por adoção ou outros meios e saber que um deles terá o direito de ficar mais tempo com a criança, transmitindo-lhe amor e afeto. Estabelecendo relações afetivas, oferecendo um convívio familiar adequado, a criança não fica desamparada e se sente filho da história afetiva de seus pais adotantes.

Em conformidade com a legislação trabalhista, a licença maternidade consiste em um direito que a mulher possui de acordo com o artigo 392 da CLT, para se afastar de seu trabalho por 120 (cento e vinte) dias de forma remunerada, contados a partir do dia do parto ou da adoção de uma criança.

Nesse sentido, cumpre apresentar o teor da legislação atual, sobre licença maternidade, elencadas no art. 392 da CLT: “A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário”.

Apesar da legislação apenas expressar o direito à licença maternidade para a mulher empregada, destaca-se ainda que alguns magistrados têm concedido tal benefício a homens, em casos de falecimento da esposa que tenha deixado o filho recém-nascido. Assim como a homens que adotaram crianças recém-nascidas em conjunto com seus parceiros em união homoafetiva, não havendo ainda norma posta em relação a estes casos.

Não há norma expressa no ordenamento jurídico brasileiro, em relação à concessão da licença-paternidade aos casais homoafetivos, constituídos por homens ou mulheres. Porém a jurisprudência é favorável à extensão desse direito dos casais heterossexuais aos casais homoafetivos em respeito ao princípio da igualdade e em analogia a outras regras do ordenamento jurídico vigente, conforme (Anexo A).

Nesse entendimento, é recomendável que a empresa conceda a licença-maternidade a seus colaboradores que comprovarem união homoafetiva e o

nascimento ou adoção do filho, em conformidade com os posicionamentos jurisprudenciais mais recentes e em consonância com os princípios impostos pela Constituição Federal de 1988, com a finalidade de evitar o excesso de judicialização do tema com os desgastes que um processo judicial representa.

O presente trabalho objetiva tratar sobre o benefício previdenciário denominado licença-maternidade, analisando de forma objetiva sob o prisma da união homoafetiva, levando-se em consideração o conceito de família contemporânea.

Assim sendo, é necessário apresentar a evolução do direito previdenciário no Brasil no contexto da dignidade da pessoa humana, da liberdade, do respeito e da segurança jurídica. A família brasileira contemporânea é uma ferramenta relevante para se materializar o entendimento em relação às decisões judiciais recentes, tais como a ADI 4.277 e a APDF 132, trazidas ao ordenamento jurídico em resposta às solicitações pela concretização da isonomia entre homens e mulheres como preceito fundamental.

O presente estudo se justifica tendo em vista tratar de relações homoafetivas. Não é tarefa simples, devido ao fato de entrar no mundo subjetivo das famílias, em valores e conceitos pré-determinados, ortodoxos, culturas preconceituosas, conservadoras e tradicionais.

Conseqüentemente, surge a preocupação em torno da maneira como as famílias homoafetivas vivem o seu dia-a-dia com a crescente dificuldade apresentada pela sociedade, buscando ou não, a felicidade na sua escolha da composição familiar.

Para tanto, serão analisadas as posições jurisprudenciais sobre licença paternidade nas relações homoafetivas, tendo em vista que ainda se tem muitos preconceitos, muito embora no Brasil já tenha avançado sobre o assunto “União Homoafetiva” por meio de Jurisprudências de reconhecimento de união civil para casais de mesmo sexo. Pode-se afirmar que um dos itens mais polêmicos é o direito a licença-maternidade, por não haver legislação específica.

Com efeito, em matéria trabalhista/previdenciária é preciso fazer uma reflexão

interdisciplinar diante de tão atuais tendências do direito das famílias, a emperrada figura da licença-paternidade, continua com dificuldades de amparo adequado.

Mães biológicas e adotantes têm hoje o direito de gozar entre 120 dias, prorrogáveis por 60 dias, no total de 180 dias de licença-maternidade, de acordo com a lei 11.770/2008, enquanto os pais biológicos e adotantes dispõem somente de cinco (05) dias a título de licença-maternidade, podendo ser prorrogado por 15 dias totalizando 20 dias, em conformidade com a lei 13.257/2016.

É de se observar que ainda se pratica a discriminação contra os pais adotivos (solteiros, divorciados, viúvos ou em união estável homoafetiva).

Nesse sentido, a Lei nº 10.421/2002 (art. 2º), trata da formação socioafetiva de vínculo familiar por adoção, onde requer na mesma medida o convívio do homem e da mulher com o adotado. O problema seria agravado posteriormente com a revogação, pela Lei n. 12.010/2009 (art. 8º), da gradação dos períodos de licença-maternidade em razão da idade da criança adotada.

Duas conclusões restam evidentes a contar da redação original da Constituição de 1988: (a) a *desbiologização* do conceito de maternidade, evoluindo da proteção à gestante à tutela da afetividade; (b) a socialização da licença-maternidade, recepcionando um maior número de hipóteses fáticas. No entanto, a *democratização* das relações de família redimensionou a atuação do ente masculino e rompeu a dicotomia dos gêneros humanos, prova cabal de que o legislador brasileiro não vislumbrou a abrangência que lograriam tais figuras jurídicas com o passar dos anos, ao convalidar uma política de desigualdade que coloca a licença-paternidade, em um patamar máximo, três dúzias de vezes menores que o prazo da licença-maternidade.

Urge fazer valer a igualdade de direitos preconizada no inciso I, do art. 5º, texto constitucional. Os sentimentos e as emoções humanas não são mensuráveis pela propensão natural da espécie a que pertencem, senão pelos laços construídos com fundamento no amor e na confiança. E isso demanda tempo!

## **2 REFERENCIAL TEÓRICO**

O presente capítulo se destina a discorrer brevemente sobre a evolução histórica da homossexualidade, a fim de demonstrar o quanto a sociedade mudou seu entendimento.

Inicialmente a homossexualidade era conceituada como homossexualismo, marginalizada e tratada como doença. Uma das principais lutas que enfrentam os homossexuais é o reconhecimento de sua essência como pessoa, que definitivamente não se trata de uma doença. Ainda existe grande resistência de pessoas que não conseguem compreender a complexidade das opções sexuais, que diferem do gênero e diz respeito, exclusivamente, às preferências de uma pessoa que sofre por serem alvo de restrição, quando deveriam ser sujeito de direitos.

Os homossexuais ainda sofrem preconceitos, porém por meio de políticas públicas e leis afirmativas os direitos tem se aplicado e a busca da equidade tem avançado.

### **2.1 Evolução histórica da Homossexualidade**

A homossexualidade era considerada comum para os povos na antiguidade, tendo em vista que acreditavam ser uma evolução sexual.

Em decorrência, na Grécia e no Império Romano existia a pederastia, termo que designava o relacionamento erótico entre um homem e um menino. Nos dias de hoje esse termo é utilizado para designar o relacionamento erótico entre um homem e um rapaz, assim como qualquer relação homossexual masculina. Assim como a homossexualidade, a pederastia também era tolerada, tendo em vista que eram consideradas praticadas sexuais aceitáveis e, por isso, havia maior liberdade nessas relações sexuais. (SOUZA, 2001).

Não se pode deixar de observar que na Grécia antiga o termo pederasta traz consigo uma carga negativa. Na Grécia se usava o termo pederasta com uma visão de homossexualidade como se fosse “doença psicológica”. (SOUZA, 2001).

No século XVIII, a homossexualidade e o termo pederastia se mantiveram e, desde então passou a ser visto como um pecado contra o Estado, a ordem e a natureza. Isso porque, a homossexualidade era vista como uma anomalia, um distúrbio da natureza, não sendo aprovada como uma identidade (GREEN, 2006).

Apesar dos relacionamentos homossexuais serem tão antigos quanto à instituição da família, os homossexuais sempre foram tratados com muito preconceito. Com o passar do tempo, a visão científica preponderou sobre a religiosa. Dessa forma, a homossexualidade passou a ser considerada doença, identificando o indivíduo como homossexual. Essa nova visão presente nas primeiras décadas do século XIX, em razão da industrialização e urbanização e também do temor de epidemias (GIORGIS, 2002).

A partir do século XIX o grupo homossexual passou a existir para a medicina, antes existia o sodomita, porém o ato de sodomia não era lícito por questões religiosas, sendo considerado um pecado grave. Tendo em vista que a sodomia era determinada pelo ato e não pela pessoa que o praticava, não pertencia a uma categoria identitária. O Ato de Sodomia era um ato sexual contra natura, contra a vontade de Deus e do homem, redefinido posteriormente pelos tribunais para incluir apenas sexo anal e bestialidade (GREEN, 2006).

Segundo Trevisan, no século XIX, o indivíduo que se desviasse, era considerado perverso sexual, e acordo com a teoria de gênero da sociedade brasileira da época. Assim, profissionais como médicos, Juízes especializados em Direito Criminal utilizavam conceitos de psiquiatria, chegando a alertar que a pederastia se expandia no Brasil. A homossexualidade para os psiquiatras era considerada como inversão congênita, passando assim a homossexualidade para a categoria identitária, esse termo está relacionado a identificação, as pessoas tomam como base determinadas características para enquadrar os outros em grupos sociais (TREVIASAN, 2007).

Nessa perspectiva, a luta pelo reconhecimento dos homossexuais foi muito grande, tendo em vista grandes movimentos sociais. Tais movimentos contra as discriminações e reivindicações de direitos, aconteceram na Europa entre os anos de 1850 e 1933. Importante dizer que como comprovação de toda luta por respeito

que os homossexuais passaram, está na morte de mais de 200 mil homossexuais na época do regime nazista (REIS, 2007).

Na década de 1960, “novos movimentos sociais”, tinham como proposta a problematização das relações de poder em torno das produções sociais das identidades e das diferenças, tendo como meta a busca do respeito aos direitos fundamentais e à liberdade dos indivíduos (ATAÍDE, 2013).

Trevisan afirma que o movimento gay nos anos 60, tinha como meta acabar com a marginalização da homossexualidade. Tendo em vista os movimentos sociais em busca dos direitos do negro e da mulher, ativistas *gays* se articulavam junto a esses movimentos, qual se expandiu para o mundo (TREVIASAN, 2007).

Assim, iniciaram os movimentos em busca da liberalidade homossexual, especialmente em Nova York de 1969, após o incidente de *Stonewall*, quando surgiu o termo gay, que seria uma forma o termo homossexualismo perderia o teor psiquiátrico, desde então a luta política foi instaurada.

Vale destacar que *Stonewal Inn* foi um bar de Nova York, que agregava inúmeras pessoas e que, posteriormente, se tornou um bar gay. Todavia, em 28 de junho de 1969, a força policial invadiu sob a alegação de que havia irregularidades porque os *gays* não podiam consumir álcool. Afinal na época os *gays* eram vistos como doentes.

Houve um verdadeiro campo de batalha, pois nesse dia os *gays* reagiram à violência sofrida. Por isso é que se tem tal data como marca do movimento de libertação gay. Foi a atrocidade acima mencionada que serviu para justificar que se comemore internacionalmente o dia do Orgulho Gay em 28 de junho.

Nas décadas de 60 e 70, para mudar a visão social que os brasileiros tinham em relação aos homossexuais, eles se organizaram e em 1976, o dia do homossexual, foi marcada uma comemoração que seria realizada no MAM - Museu de Arte Moderna do Rio de Janeiro, porém, houve grande repressão policial e o evento foi cancelado (GREEN, 2006).

No Brasil, as primeiras iniciativas do movimento homossexual surgiram com a fundação do “Jornal Lampião da Esquina” no Rio de Janeiro no ano de 1978. Era

“editado por jornalista, intelectuais e artistas homossexuais”, e do grupo “SOMOS – Grupo de Afirmação Homossexual”.

O objetivo era formar alianças com outras classes discriminadas, como: os negros, as feministas, os índios e o movimento ecológico. Devido a grande repercussão, o Jornal Lampião de Esquina e o grupo “SOMOS”, em todo o País, outros grupos se espalharam seguindo a mesma linha (MACRAE, 1997).

Nos anos 60 e 70, a história dos homossexuais no Brasil teve muitos fatos relacionados ao autoritarismo, de modo especial no Regime Militar, haja vista que perseguiam e humilhavam os homossexuais publicamente, onde eram enquadrados que estavam praticando atentado ao pudor, usando drogas ou por vadiagem (TREVISAN, 2007).

Em 1985, o Código Internacional de Doenças, ao ser revisado e publicado em 01/02/1989, a homossexualidade deixou de ser vista como uma patologia, saindo o homossexualismo dos distúrbios mentais para o capítulo dos sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais (GIORGIS, 2002).

Nesse entendimento, a homossexualidade foi marginalizada pela sociedade brasileira por muitas décadas, haja vista que era considerada doença e perversão. Era comum ver os homossexuais brasileiros nas páginas policiais, nos jornais, ou ainda em reportagens sobre o carnaval (GREEN, 2006).

Nos anos 80, a sociedade brasileira foi redemocratizada, desde então a homossexualidade passou a transmitir a noção de identidade gay, ficando mais eminente a necessidade de amparo jurídico para que sua liberdade fosse considerada. E na Bahia, apesar da redução da militância homossexual, com poucos ativistas, tinha uma representatividade firmada pelo Grupo Gay (TREVISAN, 2007).

A Constituição de 1988 estabeleceu o direito à igualdade. Por isso, a luta por um tratamento isonômico ganhou peso. Todavia, o tema central do presente trabalho, ou seja, o direito dos casais homoafetivos masculinos galgarem o direito de em caso de adoção ter licença paternidade em que um deles tenha o tempo de se dedicar a prole com um prazo de licença igual ao das mulheres mães aguarda um regramento legal.

É de se observar que apesar das mudanças ocorridas no Brasil, a homossexualidade ainda é considerada uma prática sexual marginal para muitas pessoas, o que às vezes atrapalha aqueles que se relacionam com pessoas do mesmo sexo de desfrutarem dos mesmos direitos de casais heterossexuais e da mesma liberdade, principalmente se tratando de adolescente por não terem autonomia (TREVISAN, 2007).

Molina afirma que os grupos e as associações voltadas à homossexualidade se fortalecem diante da sociedade, aproximando o Movimento Gay do Estado Nacional, por meio de políticas públicas com foco na contenção do vírus HIV, que atinge intensamente a comunidade homossexual masculina (MOLINA, 2011).

O movimento homossexual no Brasil que reivindicava direitos universais e civis plenos, por meio de ações políticas que não se restringiam ao gueto, se voltava para a sociedade de forma ampla. Os primeiros grupos homossexuais surgiram no Brasil no final dos anos 1970, no contexto da “abertura” política que anunciava o final da ditadura militar. Assim, os homossexuais tiveram muitas conquistas de direitos (FACCHINI, 2011).

Atualmente, estão regularizados diversos direitos considerados essenciais para garantir aos indivíduos homossexuais uma vida digna, tais como (FACCHINI, 2011).

- a) a possibilidade de realização da cirurgia de mudança de sexo através do Sistema único de Saúde – SUS;
- b) a adoção por casais homossexuais;
- c) direito ao uso do nome social;
- d) inclusão do (a) companheiro (a) na declaração do Imposto de Renda;
- e) direito de homossexual receber pensão pela morte de seu cônjuge;
- f) reconhecimento da União Estável de casais homossexuais;
- g) possibilidade de constar o cônjuge homossexual na identidade militar;
- h) licença-maternidade a pai adotivo gay;
- i) o casamento civil gay.

A doutrina já discorre algumas considerações a esse respeito, todavia, é na Jurisprudência pátria que os homossexuais estão pondo toda sua esperança de tratamento isonômico.

## 2.2 Preconceito contra homossexuais

Apesar de toda a conquista que os homossexuais já adquiriam, há muito ainda para alcançarem a liberdade que almejam. É de se observar que a luta da classe homossexual está consubstanciada num pleito de tratamento isonômico. Não se podem fechar os olhos para o fato de que os homossexuais sofrem ainda muito preconceito. Passam por uma luta constante em busca de respeito no ambiente sociocultural e no de trabalho. Esse preconceito já tem sido pensado e repensado pela doutrina e jurisprudência, mas precisa ainda ser repensado por toda sociedade.

O preconceito contra homossexuais, tem atingido grandes proporções em relação a influência das religiões não cristãs como muçulmana, hindu e judaica. Observa-se um maior número de atitudes preconceituosas quanto aos homossexuais do sexo masculino, por parte dos indivíduos com forte tendência religiosa por serem autoritários (HUNSBERGER,1996)

A verdade é que ainda existe certa resistência social de respeitabilidade aos homossexuais, porque religiosos tendem ao autoritarismo, independentemente do tipo de religião, expressam e reproduzem atitudes mais preconceituosas em relação à homossexualidade. Instituições religiosas ocidentais mais conservadoras veem os homossexuais como pecadores, portanto de forma indesejável à participarem das suas atividades religiosas.

Obviamente, essa aversão das religiões no que tange aos homossexuais não pode ser generalizada, e não são todas as religiões e nem todos os líderes religiosos que proferem discurso preconceituoso aos seus fieis em relação a pratica homossexual. Existem sim religiões que aceitam perfeitamente esse grupo social e acabam adotando um discurso de amor e paz dos cristãos para os gays.

Para Radkowsky e Segel (1997) a censura social contribui para que adolescentes homossexuais percam suas habilidades ficando susceptíveis a sentimentos de solidão, de isolamento, de depressão podendo levar ao suicídio. Esses sentimentos não seriam devido a homossexualidade e sim as pressões sociais homofóbicas. Destaca-se ainda que outros fatores contribuam para o aumento do referido preconceito como: pais inflexíveis, família disfuncional e

agressiva, excessivas críticas durante a infância, superproteção dos pais e educação religiosa muito rígida.

A resolução nº 001/99 emitida pelo conselho federal de psicologia estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação às orientações sexuais, por considerar que a homossexualidade não é doença, nem distúrbio e nem perversão. Portanto, não devem promover o tratamento e a cura deste tipo de orientação sexual, porém esse entendimento não é unânime (CFP, 1999).

Por óbvio, o presente trabalho não objetiva reproduzir preconceitos, existem segmentos religiosos que preconizam o respeito as orientações sexuais alheias, sem qualquer forma de discriminação.

Alguns estudos já abordam a maneira como as pessoas representam a homossexualidade e constatou-se que se trata de uma orientação sexual sem causas específicas (CAMINO; PEREIRA, 2000).

A resolução nº 001/99 emitida pelo conselho federal de psicologia estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação às orientações sexuais, por considerar que a homossexualidade não é doença, nem distúrbio e nem perversão. Portanto, não devem promover o tratamento e a cura deste tipo de orientação sexual, porém esse entendimento não é unânime (CFP, 1999).

Sendo assim, o preconceito é um problema social considerado grave, parte da opinião ou sentimento, geralmente tem como base as crenças.

Para Norberto Bobbio: “preconceito é uma opinião acolhida passivamente pela tradição, pelo costume ou por uma autoridade, tendo destaque a noção de não pertencer ao âmbito da razão, de escapar ao raciocínio esse impor com força de uma certeza”. Para Bobbio, a atitude sentimento preconceituosa nasce geralmente de uma generalização superficial, um estereotipo do tipo: “todos os baianos são preguiçosos”, “todos os paulistas são arrogantes”, “todas as mulheres são frágeis” ou “todos os ciganos são ladrões” (Unesp, 2011).

Outra visão sobre o preconceito é da linguista brasileira, o que não se conhece, o diferente pode ser visto como ameaça ou algo que assusta. E esse medo desenfreado contribui para que as pessoas tomem atitudes incontroláveis sem explicações, podendo partir para agressão (LUFT, 2010).

Para a linguista Lya Luft: “O diferente parece ameaçador: queremos preservar nossa individualidade, tememos que o outro nos prejudique. O que eu não entendo o que não é igual a mim, seja na cor, no formato dos olhos, na cultura, nas origens, na profissão e nos afetos, desperta minha hostilidade irracional” (LUFT, 2010, p.189).

De acordo com a Constituição Federal de 1988, o artigo 5º, incisos VI e VII, trata da liberdade religiosa e garantias fundamentais.

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

VI - e inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (BRASIL, 1988);

Na visão de Norberto Bobbio o preconceito nasce na cabeça dos homens, assim para ser combatido deve-se desenvolver a consciência por meio de boa educação, respeitando as diferenças do próximo. Por meio das ferramentas morais, éticas e jurídicas devem ser utilizadas para combater qualquer forma de preconceito (BOBBIO, 2002).

Uma sociedade despida de preconceito é mais humanitária e sem dúvida, desperta seus cidadãos a desejar para o outro o mesmo que deseja para si. Afinal, havendo menos preconceito a sociedade se torna mais igualitária e justa.

### **2.3A Família e sua evolução**

A primeira célula da organização social é a família, a qual é formada por indivíduos, ligados por laços afetivos e com ancestrais em comum.

O termo “família” nasceu do latim, *famulus*, que significa “escravo doméstico”, surgiu há aproximadamente 4.600 anos. Foi criado na Roma antiga, servindo de

base para designar grupos que eram submetidos à escravidão agrícola, formando uma organização no patriarcado.

Desse modo, o pai assumia a direção da família, dos bens e da sua evolução, sendo uma das características a procriação. Só os homens tinham o direito de romper o casamento no caso de a mulher ser estéreis ou cometesse adultério. Segundo Engels (1884, pág. 31, apud, 2012, pág. 206).

O modelo de família patriarcal era predominante no século XIX, para ele havia uma clara distinção sexual de tarefas, de modo que o homem era o líder e lhe cabia o papel do trabalho externo remunerado de administração familiar econômica, enquanto a mulher tratava de questões domésticas, tais como: lavar, passar roupa, cuidar das crianças, cozinhar (FREYRE, 1998).

Antigamente a família tinha como característica a falta de afeto entre seus membros, os quais se uniam com o objetivo de adquirir, conservar bens e honrar o nome da família. Portanto, a entidade familiar era formada pelo ideal do patrimonialismo, não existia, na maioria das vezes, o afeto. Segundo Engels (1884, p. 31, apud, 2012, P 206).

No entendimento de Maria Helena Diniz, família é:

Família no sentido amplíssimo seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção lato sensu do vocábulo refere-se aquela formada além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro). Por fim, o sentido restrito restringe a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação. (DINIZ, p.9, 2008).

Com o passar do tempo, a estrutura familiar foi abalada e teve grandes transformações, principalmente pelo direito canônico, passando a família se formar por meio de cerimônias religiosas. Desse modo, o cristianismo levou o casamento a sacramento, a partir de então o homem e a mulher se uniam sob as bênçãos do céu, se transformando em um único ser físico e espiritualmente e essa união só poderia ser desfeita pela morte. Segundo Engels (1884, p. 31, apud, 2012, p. 207).

Surgiram muitas leis, de modo especial a Constituição Federal de 1988, adequando as novas perspectivas da família e da sociedade, conseqüentemente a evolução humana. O direito evoluiu acompanhando os anseios sociais, caso contrário, se transformariam em letra morta, desse modo, muitas situações foram resolvidas com respaldo legal. Segundo Engels (1884, p. 31, apud, 2012, p. 208).

Nessa perspectiva, o modelo familiar patriarcal, foi alterado, dando início a novas composições familiares, tendo como base o afeto. Assim, o homem mudou sua mentalidade, surgindo, a partir de então, novas modalidades de

família com base na legislação e na doutrina. Segundo Engels (1884, p. 31, apud, 2012, p. 207).

Conforme a sociedade se moderniza, também muda suas concepções, por isso pode-se dizer que não é possível construir uma ideia sólida e fixa do que vem a ser família.

## **2.2 Novas Modalidades de Família**

Além das modalidades de família presentes nos documentos legislativos pátrios, existem outras formas de relacionamento duradouro e afetivo, tendo como base o afeto. Observa-se que esse tipo de união tem sido reconhecido legalmente em diversos países do mundo, levando-se em consideração a dignidade da pessoa humana e valorização dos direitos humanos. Nesses casos podem-se citar as famílias formadas por indivíduos do mesmo sexo.

O conceito de família contemporânea mundo afora se baseia em feições jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na preservação da dignidade dos membros familiares, na solidariedade mútua entre os seus membros (FARIAS, ROSENVALD, 2017).

No Brasil o conceito de família foi variando com o passar dos anos, conforme se vê pelas várias constituições que já se passaram, até o advento da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu um novo conceito de família. Essa nova ideia de família não se restringe a união do homem com a mulher formada pelo matrimônio, mas também por outros meios de união familiar, tais como: a união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva.

Diante da dificuldade de encontrar um conceito exato de família, considerando-se o caráter de agregação do ser humano, o compromisso com a cidadania possibilita um novo reconhecimento de formação familiar. Assim, o entendimento de família vai além do Código Civil, tendo como fundamento os princípios presentes na Constituição Federal e Jurisprudências (HIRONAKA, 2000)

Os novos conceitos de família, o qual valoriza o afeto para sua composição, demonstram que o homem é livre para ser ou estar, como ele quer ser ou estar. Maria Berenice Dias coloca que o homem ao buscar a felicidade fez com que surgissem novos tipos de famílias vinculadas pelo afeto, tendo como meta conciliar

as vantagens da solidariedade familiar. O afeto e as condutas homoafetivas existem desde sempre, o que acontece nos tempos atuais é a abrangência de discussão e quebra de imposições de padrões comportamentais com o objetivo de as pessoas alcançarem a felicidade por meio do mecanismo do livre arbítrio (DIAS,2005).

Devido ao respeito à dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição Federal, os relacionamentos afetivos, são protegidos, independentemente da identificação do sexo. Assim, podendo ser formados por homens e mulheres, por mulheres ou somente por homens. A escolha sexual está relacionada à privacidade, a que faz jus todo ser humano (BRANDÃO, 2002).

Apesar do conceito de família, na sua forma literal, ser o relacionamento de homem e mulher, o relacionamento sem adversidade de sexo deve ser reconhecido tendo em vista o elo de efetividade. O Estado não pode se omitir diante dos preconceitos de ordem moral ou religiosa, nem a ausência de norma é justificativa para negar direitos a esses vínculos afetivos do mesmo sexo (COSTA, 2007),

Não reconhecer as uniões estáveis homoafetivas é discriminação, haja vista que surgiu de um vínculo afetivo, enlaçando vidas, que se desdobram com caráter pessoal e patrimonial. O não reconhecimento de ações judiciais com fundamentos em uniões homoafetivas, é condenar tais situações à invisibilidade, consagrando injustiças e o enriquecimento sem causa (COSTA, 2007).

Por meio de uma interpretação extensiva se materializando na ideia de Mutação Constitucional foi possível admitir relações homoafetivas como modelos familiares. Até mesmo doutrina e jurisprudência admitem essa união homoafetiva como entidade familiar, desde que respeitando os requisitos da união estável (RABELO,2006).

Todavia, não há nenhuma norma regulamentadora ou algum dispositivo legal que verse nesse sentido, que permite uma interpretação nesse viés jurisprudencial e doutrinário. Por isso fez-se necessário a aplicação do método da mutação constitucional (RABELO,2006).

Em outras palavras, Mutação Constitucional é um procedimento informal de alteração do texto constitucional, sem alterar a parte escrita, apenas uma mudança

interpretativa. Aplicando esse mecanismo interpretativo, o conceito de família disciplinado na Lei Maior foi alterado (RABELO,2006).

Nesse entendimento não se justifica deferir uma herança a parentes distantes prejudicando aquele que se dedicou muitas vezes uma vida a outrem, ao participar da formação de um patrimônio. O juiz deve julgar de acordo com a apuração dos fatos buscando uma solução, chegando a um resultado justo (COSTA, 2007).

Pode-se afirmar que, nos dias de hoje, a família não se diferencia pela ocorrência do casamento. Nem a existência de prole é fundamental para que a convivência seja reconhecida e tenha proteção constitucional. Desse modo, não há justificativa para não abrigar, sob o conceito de família, as relações homoafetivas (LOBO, 2008).

Diante do silêncio do constituinte e omissão do legislador, o juiz deve cumprir o comando legal e atender à determinação constante do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, na lacuna da lei, ou seja, na falta de normatização, há que se valer da analogia (LOBO, 2008).

Ressalta-se ainda que em relação à violência doméstica, a Lei de nº11.340/06, famosa Lei Maria da Penha, reconhece essa situação já presente na sociedade, porém, ainda não havia nenhuma lei dispendo sobre tal relacionamento. Nesse sentido, o artigo 5º da referida Lei tenta suprir o máximo possível qualquer lacuna legislativa, da seguinte forma (RABELO, 2006).

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

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

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

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

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

Esse artigo reconhece legalmente a família constituída por vontade expressa, permitindo uma interpretação que abarca o casal homoafetivo, especificamente o casal composto por mulheres. Dessa forma, os casais homoafetivos conjugam o mesmo afeto, mesmas vontades que um casal heteroafetivo (RABELO, 2006).

Ainda é escasso o amparo legal com relação a essas novas entidades familiares. Por conta disso, o Superior Tribunal de Justiça aceitou a habilitação para o casamento e com o intuito de dar fiel cumprimento a lei a Resolução do CNJ, de Nº175, impediu que fosse negado casamento entre pessoas de mesmo sexo (BANDEIRA, 2013).

A ideia de família já avançou consideravelmente, logicamente ainda há resquícios de um antigo conceito de família na sociedade atual. Afinal, o processo para mudança de determinado padrão social estabelecido ao longo dos anos pela sociedade é feito com o decorrer dos anos, demanda tempo, não é feito de uma hora para outra.

### **2.3 Tipos de Família**

Fatores econômicos, políticos, sociais, culturais, tecnológicos e demográficos contribuíram e muito para as mudanças no conceito de família. Do mesmo modo, mudaram as funções dos membros familiares, expandindo o conceito de família. Assim, refletindo diretamente no conceito de entidade familiar, mudam a sua composição e a sua organização, dentre outras situações ocasionadas por esses fatores que acabaram por refletir na entidade familiar. (DIAS, 2000; LEANDRO, 2001).

Então, ocorreram profundas alterações em relação à estrutura e a dinâmica da entidade familiar, de modo a modificar sua organização interna. Assim, observa-se a diminuição do número médio de filhos, da taxa de fecundidade, das famílias numerosas, aumento do número de pessoas sozinhas, das famílias recompostas. E ainda, tendo em vista o aumento no número de divórcios, teve também o aumento das uniões de fato e livres, e por fim, o surgimento das famílias homoafetivas (DIAS, 2000; LEANDRO, 2001).

Esses diferentes modelos familiares são entidades dinâmicas, possuem suas próprias particularidades. Podem ser compostas por membros unidos por laços de sangue, de afetividade ou interesse (GIDDENS, 1999; 2004; AMARO, 2006).

O primeiro tipo de família é a nuclear composta por dois adultos de sexo oposto e os seus respectivos filhos são biológicos ou adotados. É o famoso modelo de família tradicional, embora seja o mais presente, já não é para muitos o modelo a ser seguido, o de referencia (DIAS, 2000; LEANDRO, 2001).

União estável é uma realidade que vem ganhando cada vez mais espaço, semelhante ao casamento. Para se configurar o instituto da união não há menção a prazo específico, basta ter a intenção de constituir família. Outro requisito para a caracterização da união estável é a publicidade da relação, além disso, esta deve ser contínua e estável (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

Embora não esteja mencionado no ordenamento jurídico de forma expressa, a união estável entre pessoas do mesmo sexo é admitida, já havendo jurisprudência nesse sentido. Portanto, comprovada a existência de união estável entre pessoas do mesmo sexo, esta garante legalmente a comunhão parcial de bens, direito a pensão alimentícia, pensões do INSS e adoção (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

O contrato na união estável não é essencial, todavia, tratando-se de documento público, realizado em cartório. Isso facilita a vida dos conviventes, visto que presumem-se verdadeiros os fatos ratificados através de escritura pública. Porém há de ressaltar que esta escritura tem caráter meramente declaratório e não constitutivo, podendo ser desconsiderado (CÓDIGO CIVIL, 2002).

Atualmente, após ser pacificado pelo STF, não há mais distinções entre união estável heterossexual e homossexual, aproveitando-se todas as regras em ambas as relações. (CÓDIGO CIVIL, 2002).

As famílias monoparentais são compostas por um dos genitores e os seus filhos. São entidades familiares fruto de situações como a viuvez, divórcio própria escolha dos progenitores, adoção por parte das mulheres ou homens sócios entre outras situações que colaboram para a existência desse modelo familiar (GIDDENS, 1999; 2004; AMARO, 2006).

Não se pode contestar a possibilidade da instituição de família monoparental por meio da adoção e a já agora consolidada, embora controversa, é preciso reconhecer, moldura que delinea a vertente bi(homo)parental dessa via de acesso à família - marcada pela flexibilização no exercício dos papéis atribuídos historicamente ao homem e à mulher - denunciam fraturas sociais ignoradas por uma ordem jurídica que pretende antecipar soluções válidas para todos os problemas concretos da comunidade política (MATOS, 2000, p. 91-111; MAIA, 2008, p. 50-57).

O considerável aumento do divórcio é um dos principais fatores de constituição desse modelo familiar, tendo em vista que nessa situação os filhos irão se submeter a guarda, ou seja, irão morar com um dos genitores. Normalmente esse genitor é a mãe, porque ainda persiste resquícios de ideias de pensamentos da entidade familiar tradicional, em que a mulher era responsável por cuidar de tarefas domésticas e dos filhos (GIDDENS, 1999; 2004; AMARO, 2006).

Família Anaparental é aquela constituída sem os genitores. Dessa forma, tem-se como exemplo a situação de duas irmãs idosas residindo sob o mesmo teto. Entidades familiares constitucionalizadas para além do *numerus clausus* (GIDDENS, 1999; 2004; AMARO, 2006).

Por último, as famílias homossexuais também denominadas de arco-íris é aquela entidade familiar composta por duas pessoas do mesmo sexo com ou sem filhos (GIDDENS, 1999; 2004; AMARO, 2006).

### 3 ADOÇÃO NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Adoção é o vínculo de paternidade protegido por lei, paternidade ou maternidade. Esse vínculo é de uma pessoa que não é mãe biológica do filho, porém é considerada legalmente para todos os efeitos legais. Trata-se nesses casos de laços efetivos acima dos laços consanguíneos. Desse modo, fica evidente que a entidade familiar pode ser criada sem liames físico-biológicos (UZIEL, 2007).

A propósito, o instituto da adoção se entrelaça com o Poder Familiar, que nada mais significa que o conjunto de direitos e deveres dos pais aos filhos menores não emancipados, com a finalidade de atender aos interesses desses filhos. Conseqüentemente, os pais possuem o dever legal de promoverem a educação, saúde e bem-estar da prole, sob pena de suspensão ou até mesmo a perda do Poder Familiar (ELIAS,2005)

No ordenamento jurídico brasileiro, para adotar alguém é necessário uma ação judicial. Adoção no Brasil é formal e tem que seguir todos os procedimentos relacionados a esse instituto (UZIEL, 2007).

Sendo assim, a pessoa que pretende adotar uma criança, para que a adoção seja válida deve seguir os passos necessários. Primeiramente faz-se um cadastro na Vara de Infância e Juventude, em seguida uma equipe por assistentes sociais, psicólogos, conversar com a pessoa interessada. Será realizado um estudo relativo a situação do pretendente e ao adotando pelo assistente social. Posteriormente, será elaborado um parecer técnico referente ao estudo realizado (UZIEL, 2007).

Esse parecer acompanhará o cadastramento de adoção da pessoa que pretende adotar alguém. Os autos serão direcionados ao magistrado titular da Vara em que se fez o pedido. O juiz representante do estado conduzirá o processo de adoção, podendo deferir ou indeferir o cadastramento do pretendente baseando-se em laudos e pareceres apresentados pela equipe especializada. Em seguida, decidirá sobre o pedido de adoção, fazendo um pronunciamento definitivo sobre a lide posta (UZIEL, 2007).

Ao ser deferido o cadastramento de criança ou adolescente habilitado para a adoção, o pretendente elaborará efetivamente o seu pedido de adoção, baseando-

se nas regras de direito material e processual vigente. Em seguida, os autos serão encaminhados ao Ministério Público que atuará nesse processo na função de custos legis, ou seja, fiscal da lei. A atribuição do Ministério Público é proteger a ordem jurídica, o regime democrático, interesses individuais e indisponíveis, de acordo com o artigo 127 da Constituição Federal de 1988 (GRECO FILHO, 2008).

O juiz tem autonomia em suas decisões, ele pode julgar de forma diversa da prevista ou orientada nesses instrumentos. Todavia, como essas ferramentas possuem grande influência na formação da convicção do juiz eles acabam por acatar pareceres e laudos (GRECO FILHO, 2008).

Em condições normais o filho menor deve ser cuidado por seus pais biológicos, ou seja, a família biológica. Todavia, existem situações que rompem esse liame natural entre os pais e o filho menor, através de morte dos pais, abandono pelos pais e etc. Por conta disso, o menor será colocado em uma família substituta, que irá fazer o papel da natural. Família substituta é um instituto de criação que deve ser visto pela ótica do adotando, prevalecendo o princípio do melhor interesse do menor (NUCCI,2016).

O artigo 43 do Estatuto da criança e do adolescente (ECA) deixa claro ao dizer que o interesse do menor deve ser respeitado nos casos de adoção. Assim, se um casal homoafetivo cumprir todos os requisitos legais para realizar a adoção, ela deverá ser deferida, admitindo-se atualmente o cadastro de adoção, uma vez que não há como negar a criança o direito de ter um lar com pessoas que a amem (NUCCI,2016).

Existem três modalidades de família substituta, a saber: a Guarda, Tutela e, por fim a Adoção, essa última é objeto do estudo.

A primeira é a guarda, aplicada quando há a ruptura dos laços afetivos entre os genitores, ou seja, o divórcio. De modo, que um dos genitores ficará com a guarda e o outro ficarão com o dever de prestação de alimentos e terá direito a visitação (FARIAS, ROSENVALD, 2017).

A segunda é a tutela, quando havendo a morte dos pais biológicos, suspensão ou destituição do poder familiar será nomeado um tutor que ocupará o

lugar jurídico deixado pelo vazio da autoridade parental (FARIAS, ROSENVALD, 2017).

Com relação a nomeação para tutor, deve ser dada preferência para a pessoa com que a criança já tenha vínculo de afetividade. Isso porque o tutor será o responsável por garantir a criação, o lazer, assistência e educação do menor (FARIAS, ROSENVALD, 2017).

Por fim, a adoção, que é caracterizada como uma forma do adotado ser possuidor de direitos. Assim, passando a ser reconhecido como se filho biológico fosse, sem nenhum tipo de discriminação, prevalecendo o princípio da não discriminação de filhos. Esse instituto é baseado no afeto e dignidade, onde o adotando que não tinha uma família ocupará um novo núcleo familiar (FARIAS, ROSENVALD, 2017).

A adoção por casais homoafetivos é um tema muito relevante no ordenamento jurídico e nas doutrinas. Hoje em dia é de fato possível, haja vista que o ponto essencial na adoção é a qualificação para se adotar e não a orientação sexual dos adotantes (NUCCI, 2016).

Destaca-se ainda que não há nenhuma disposição legal impedindo a realização de adoção de crianças ou adolescentes por casais homoafetivos. A negação como fundamento na orientação sexual seria uma afronta ao princípio da não discriminação, podendo levar a um controle de constitucionalidade, via Ação Direta de Inconstitucionalidade. A adoção por homossexual é tão legítima quanto a adoção por casal heterossexual (NUCCI, 2016).

Os requisitos para a adoção devem ser respeitados, devendo ser apresentadas vantagens reais, em conformidade com o Código Civil de 2002, fundamentando os motivos legítimos, assim como o ECA, sendo o adotante compatível com a natureza da medida e oferecer ambiente familiar adequado, preenchendo os requisitos determinados em leis na há como negar a adoção ao casal homossexual (NUCCI, 2016).

### **3.1 Entendimentos do ECA acerca da Adoção de Crianças e adolescentes pelos casais homoafetivos.**

A adoção é uma medida excepcional, visto que, em primeiro plano, o Estado deve tentar de todas as formas possíveis manterem a criança ou adolescente em sua família natural ou pelos parentes próximos. No caso biológico o trabalho de manutenção da criança nessa estrutura familiar se dá pela reconstrução do núcleo familiar, para que possam ficar unidos. No caso da família extensa a ideia é manter a criança entre os parentes mais próximos por meio do instrumento da Tutela. Se nenhuma das opções mencionadas der certo, aplica-se a medida da Adoção (NUCCI, 2016).

Pelo artigo 48 do ECA juntamente com o artigo 227, parágrafos 5º e 6º da Constituição Federal de 88, uma vez transitada em julgado, a decisão que concede a adoção torna-se um ato imutável, ou seja, não pode mais ser mexido. Assim, a adoção foi estabilizada com essa decisão irrecorrível e, a consequência desse ato é que ela produzirá seus efeitos normalmente, que não poderão ser apagados.

Com a adoção estabilizada, o filho adotivo não irá mais receber essa denominação de “adotivo”. Isso porque, aos olhos da lei, será considerado filho como qualquer outro filho, fruto de uma família biológica. Os pais adotivos, com instituto, também não serão mais denominados como adotivos e sim como pais. Com a consumação desse instituto, a família adotiva receberá a mesma proteção em todos os sentidos de uma entidade familiar natural, sendo assim equiparada a biológica (NUCCI, 2016).

Os artigos 48 do ECA e 227 da Constituição Federal de 1988 mencionam que:

#### **ECA**

**Art. 48.** O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

**Parágrafo único.** O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

**CF/88**

**Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

**§ 5º** A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

**§ 6º** Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Nessa linha de entendimento, todos os direitos previstos nas relações heteroafetivas foram admitidas nas relações entre pessoas do mesmo sexo, inclusive, a possibilidade de adotarem uma criança ou adolescente (NUCCI, 2016).

A adoção por casal homossexual já está pacificada como sendo algo possível, permitido. A possibilidade desse instituto nas relações homossexuais é que a orientação sexual dos adotantes tem pouca importância para a concessão da adoção, o relevante é que deve ser levado em consideração a qualificação para adotar (NUCCI, 2016).

Na concessão da família substituta deverá ser observada o que for melhor para o adotando. O artigo 43 do ECA diz que sempre se deve analisar o melhor interesse da criança, além disso, para esse autor não há nenhum dispositivo legal impedindo que as pessoas do mesmo sexo consigam adotar uma criança, não há essa vedação expressa.

Então fazer uma interpretação a contrário senso, ou seja, proibindo casais homossexuais de adotarem uma criança, equivaleria a proceder a uma distinção que a própria Constituição Federal veda terminantemente. De acordo com o artigo 43 do ECA, a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos (NUCCI, 2016).

Preenchidos todos os requisitos legais para a concessão da adoção, se a adoção apresentar reais benefícios para o adotando pela dicção do artigo (art. 1.625, CC/2002), revogado pela Lei 12.010/2009, se fundamentar em motivos legítimos pelo artigo 43 do ECA e ainda se o adotante for compatível com a natureza

da medida e oferecer ambiente familiar adequado (art. 29, ECA), nenhum óbice remanesce (NUCCI, 2016).

Se no caso concreto estiver presente tais pressupostos legais, o magistrado deverá conceder a adoção, não utilizando de preconceitos na sua análise casuística e, assim, se isentar de conceitos arcaicos enraizados na sociedade de padrões conservadores. O juiz fará uma análise estritamente jurídica, não cabendo a ele discriminar ou ignorar esse tipo de adoção, tendo apenas que se limitar a aplicação efetiva das leis (NUCCI, 2016).

De acordo com o artigo 29 “Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”, e o artigo 1.625 do Código Civil “Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando” (NUCCI, 2016).

Vale ressaltar que, há alguns tempos atrás, era vedada a adoção conjunta por um casal homossexual. De tal modo que, apenas um deles podia adotar, constando seu nome na certidão, como pai ou mãe, enquanto o outro ficava oficialmente fora do registro de nascimento. Atualmente, a realidade é outra se tem admitido à adoção nesse contexto homoafetivo e com a devida inscrição de ambos os pais ou mães no registro do adotado (NUCCI, 2016).

Obviamente que esse novo cenário é constantemente combatido pelas mentes mais conservadoras, pois alegam que essa nova composição familiar é prejudicial a criança. Segundo eles, o adotando imitaria o comportamento “inadequado” dos pais, e por sua vez, acabaria influenciando no comportamento sexual desse adotando. Outro argumento é o religioso, levando-se em consideração que na interpretação de alguns religiosos conservadores, a bíblia haveria condenação para os homossexuais, o que, obviamente, é uma interpretação extremamente preconceituosa visto que em momento algum a bíblia condena a pratica homossexual (NUCCI, 2016).

Na verdade, ambas as alegações estão baseadas em preconceito. As mentes mais conservadoras tomam como base justamente o que seria aceito pela sociedade tradicional e põe como verdade absoluta uma maneira padronizada que

deve ser seguida por todos. Desse modo, para essas pessoas não pode haver pessoas fugindo da normalidade, agindo de modo discriminatório, preconceituoso e sem fundamentação científica (NUCCI, 2016).

O argumento de que casais homoafetivos poderiam influenciar de forma negativa o adotando não é válido e está impregnado de ideias preconceituosas. Visto que, não é porque a criança veria dois homens se beijando que ela ficaria com vontade de beijar uma criança do mesmo sexo. Se fosse deste modo todos os homossexuais seriam fruto de uma relação homoafetiva, já que viram suas mães se beijando, por isso se tornaram homossexuais (NUCCI, 2016).

Assim, ainda se tem um grupo de pessoas que alegam que a homossexualidade exercida pelos pais de um menino ou menina poderia levá-lo a promiscuidade, o que, obviamente, não tem o menor fundamento. Isso porque, a criança não será influenciada, sexualmente falando, pela orientação homoafetiva de seus pais, pois a orientação sexual das crianças é algo único, ou seja, o filho se sente atraído por outro menino, independentemente da orientação sexual dos pais.

As crianças podem reproduzir atitude machista ou inadequada cometida por seus pais, mas o que não tem relação alguma com a orientação sexual da criança ou adolescente, isso já é algo individual da pessoa.

Portanto, essa ideia por si só não se sustenta visto que existem muitas crianças enquadradas nesse cenário que não imitam seus pais nesse comportamento promiscuo. Então a promiscuidade não está associada à orientação sexual dos pais e sim ao caráter e independente de serem ou não homossexuais (NUCCI, 2016).

#### **4 DA EXTENÇÃO DA LICENÇA MATERNIDADE AOS CASAIS HOMOAFETIVOS ADOTANTES**

A sociedade pós-moderna tem passado por mudanças as quais trouxeram alterações expressivas no conceito de entidade familiar. Da mesma forma a legislação brasileira e a jurisprudência também foram modificadas com a finalidade de adequar a esta nova realidade social.

Trata-se de um tema muito relevante, haja vista que no mundo jurídico, tem-se realizado diversos debates, como o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n.º 4.277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132, que reconheceu, aos casais homossexuais, a condição de união estável homoafetiva. Assim, o Supremo Tribunal Federal entendeu que união entre pessoas do mesmo sexo também é um tipo de modelo familiar, tendo os mesmos direitos e deveres de uma união estável heteroafetiva (CHAVES,2010).

Vale destacar que a Resolução n.º 175, do Conselho Nacional de Justiça, permite a celebração de casamento civil entre casais do mesmo sexo. Observa-se então que a questão da igualdade passou a ser objeto principal de reivindicações dos cidadãos (DIAS,2011).

Dessa maneira, surgiu a necessidade de conceder às famílias homoafetivas os mesmos amparos jurídicos referentes ao planejamento familiar já concedido aos casais heteroafetivos.

Em conformidade com os princípios constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana e sua incidência nas relações familiares, o princípio da igualdade e o princípio da não discriminação. Tais princípios são aplicados ao caso concreto, estendendo a licença-maternidade aos casais homoafetivos.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana está no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, deixando claro que todas as pessoas devem ser tratadas de forma igualmente digna pela lei. Tal princípio agrega a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem. A dignidade da pessoa humana está presente em ordenamentos jurídicos de outros países, demonstrando que o homem

é centro, consagrado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (BULOS, 2012).

O Princípio da Igualdade, presente no artigo 5º, da Constituição de 1988, afirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Outras normas versam sobre esse princípio ou que buscam “a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais e substanciais” (SILVA, 2011).

Quanto ao Princípio da Não-Discriminação, está intrinsecamente relacionado com o princípio da isonomia, vedando discriminações injustificadas. A não discriminação é uma maneira de expressar a manifestação do princípio da igualdade, vez que discriminar é negar à pessoa algo a alguém de sua forma natural de ser, a tratando injustamente, de forma não compatível com o padrão jurídico (DELGADO, 2011).

Partindo-se desse entendimento, o conceito de família evoluiu na sociedade em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que a inserção das novas formas de relações afetivas foi resguardada juridicamente pelo Estado.

A Resolução n.º 175, de maio de 2013, editado pelo Conselho Nacional de Justiça, permite a celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Dessa maneira, observa-se que o afeto é o elemento formador do conceito de família. Para tanto, as uniões homoafetivas não devem ser excluídas da esfera de proteção jurídica direcionada às entidades familiares, devendo o legislador acompanhar essa evolução (DIAS, 2011).

Nessa perspectiva, o mesmo autor afirma ainda que licença-maternidade, prevista no artigo 7º, inciso XVIII da Constituição Federal de 1988, é uma licença remunerada concedida às trabalhadoras gestantes urbanas e rurais. O regulamento está no artigo 392 da Consolidação das Leis do Trabalho, a duração é de 120 dias, devendo ser iniciada 28 dias antes do parto, prologando-se pelos 92 dias ulteriores.

Destaca-se ainda que a licença é compulsória e de responsabilidade do órgão previdenciário o pagamento do salário-maternidade. Em casos excepcionais, os períodos da licença antes e depois do parto poderão ser aumentados de duas semanas, mediante atestado médico fornecido pelo SUS (DIAS, 2011).

Para Souza “é como se a presença do pai fosse menos importante do que a da mãe, gerando diretamente uma desigualdade de direitos e, indiretamente, uma discriminação ao trabalho da mulher, que certamente será preterida por um homem na obtenção de um emprego, tendo em vista que o dispêndio é muito maior com uma empregada mulher do que com um homem, v.g. contratação e treinamento de empregado temporário para suprir a falta da gestante durante o período de licença” (SOUZA, 2011).

Ao casal homoafetivo, após a ADI n.º 4.277, reafirmou-se a vedação da discriminação em razão do sexo e da orientação sexual, devendo serem aplicadas as mesmas regras e princípios da heteroafetiva”. Em 2013, o Tribunal Superior do Trabalho deferiu cláusula coletiva que estendeu benefícios, já concedidos a companheiros e companheiras pelas empresas, às uniões homoafetivas (BRASIL, 2011).

Partindo-se de desse entendimento, a licença paternidade foi ampliada para as relações homoafetivas e a Lei 12.873/2013 estendeu ao homem os mesmos direitos da mulher adotante. O artigo 392-C da CLT acabou trazendo um novo papel da licença maternidade. E ainda, não tem a finalidade somente para amamentação do recém-nascido, entende-se que o período de afastamento do emprego é necessário para adaptação da criança, bem como do adotante (MOURA, 2017).

Em razão do princípio da não discriminação, é defendida a possibilidade de ser estendido aos casais formados entre pessoas do mesmo sexo, que tenham adotado regularmente uma criança, assim dando direito à licença-maternidade e paternidade, cabendo ao juiz verificar caso-a-caso qual dos cônjuges assumirão a função de cuidar da criança, fazendo dessa forma jus a licença maternidade e o outro teria direito ao equivalente a licença-maternidade (CASSAR, 2017).

## **5 DAS LIÇÕES DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE PROPICIOU A MUDANÇA DO CONCEITO DE FAMÍLIA.**

É sabido que o Poder Constituinte Derivado, que é reformador, instrui sobre o modo como a Constituição Federal de 88 pode ser modificada. Isso ocorre em razão de uma mudança na situação fática, sobre a qual há incidência de determinada norma jurídica ou por força de uma nova visão jurídica, que passa a predominar na sociedade. O texto constitucional pode ser alterado sem que haja qualquer mudança em suas palavras, ou seja, não há uma alteração na parte escrita da Lei Maior essa é a famosa ideia da Mutação Constitucional (MENDES; BRANCO, 2017).

Assim, alteração do texto da Constituição pode dar-se por via formal e via informal. A primeira se materializa na Reforma Constitucional, que é um procedimento legislativo previsto na própria Lei Maior destinado a disciplinar o modo pelo qual deve ser feita a alteração, seguindo determinados ritos. Esse procedimento será mais dificultoso e complexo do que aquele destinado a modificar leis ordinárias (BARROSO, 2017).

Tal complexidade está associada aos princípios da Supremacia Constitucional, aquela ideia de que a Carta Magna está no topo do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que se ocupa a posição mais elevada, devido ao fato de abrigar garantias, direitos, benefícios que são de suma importância para todos os brasileiros. São assuntos de extrema relevância, assim, gozam de uma proteção maior por parte do Estado, sendo que não é qualquer procedimento legislativo que será apto a modificar o texto constitucional (BARROSO, 2017).

A alteração informal é a Mutação Constitucional, que é uma ferramenta que permite a mudança do sentido e do alcance de normas constitucionais, sem que com isso, haja qualquer modificação textual. Esse fenômeno jurídico está associado à plasticidade de que são dotadas as normas da Constituição (BARROSO, 2017).

Feita a diferenciação das vias de mudança da constituição e como elas se concretizam, será analisado de forma mais aprofundada o objeto de nosso estudo que é a chamada Mutação Constitucional.

Todavia, esse processo formal exigido para reformar a lei maior dos Estados Unidos foi relativizado, pela Suprema Corte Americana, ao longo dos anos, adotando uma alteração de sentido de alguns dispositivos da constituição, sem mudar a parte escrita. Em apertada síntese, essas modificações seguindo um processo informal ocorrem quando há mudanças nas circunstâncias sociopolíticas, impondo um sentido diverso do até então atribuído (VARGAS, 2014).

Nas palavras de Paulo e Alexandrino (2015) esse fenômeno é resultado do evoluir dos costumes, dos valores sociais, das pressões da sociedade, que terminam por ensejar a atualização do modo de se enxergar e interpretar regras pertencentes ao texto constitucional, sob pena de a Constituição se encontrar em pleno descompasso com as novas realidades fáticas. As normas constitucionais devem estar no mesmo passo que a sociedade, por isso, essa mudança silenciosa é necessária.

### **5.1 Limites da Mutação Constitucional**

Todavia, como tudo no direito, o exercício da mutação constitucional não é algo absoluto, ou seja, há limites para aplicação desse fenômeno. De modo que, extrapolando tais limites estará contrariando o Poder Constituinte, e em última análise, a soberania popular (BARROSO, 2017).

As mutações se classificam em constitucionais e inconstitucionais. As primeiras incidem em todo processo informal que acaba por alterar o sentido, significado e até mesmo o alcance do texto constitucional, sem violá-lo no espírito e em sua letra (VARGAS, 2014).

A segunda consiste em tipos de reformas da Lei Maior violando a sua letra ou espírito. Aqui, estão presentes os processos de matérias manifestamente inconstitucionais e as condutas que de certa forma, impedem ou paralisam a plena aplicação dessas normas presentes no corpo constitucional, são os chamados processos anômalos (VARGAS, 2014).

A Mutação para ser considerada constitucional tem que respeitar duas restrições, que são as possibilidades semânticas diante do relato da norma, em outras palavras, seria os sentidos possíveis da norma da constituição objeto de interpretação (BARROSO, 2017).

Outra limitação é com relação a conservação dos princípios fundamentais presentes na carta magna, são princípios que dão uma identidade aquela específica constituição (BARROSO,2017).

Compartilhando desse mesmo posicionamento Gilmar Mendes (2017) diz que essa nova interpretação não pode afrontar princípios estruturantes a Constituição Federal.

## **5.2 Mecanismos de mutação constitucional**

No que diz respeito aos mecanismos de manifestação das mutações constitucionais estão em destaque três modalidades, que são: A alteração informal por meio de interpretação, em especial, todavia não, exclusivo, se materializa na atuação dos órgãos pertencentes ao poder Judiciário. A segunda é a modificação tendo como base o costume. Por fim, a mutação constitucional por obra da legislação infraconstitucional, ou seja, aqui o fenômeno ocorre por meio do Poder Legislativo (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016).

A mudança informal do texto constitucional via Poder judiciário por ser de maior importância no tema será falada mais adiante. Neste momento serão falados os outros modos de realização da mutação constitucional, como pela via do Poder Legislativo e costumes.

Como já falado esse fenômeno pode ocorrer via legislativo quando, por ato normativo primário, procura-se alterar determinada interpretação que tenha sido dada a algum dispositivo constitucional. A mutação terá vez, nessa esfera se vigendo um determinado entendimento, a norma infraconstitucional vier a modificá-lo (BARROSO, 2017).

Então, é possível a realização de mutações constitucionais no âmbito legislativo, mas apenas quando essa lei infraconstitucional alterar o sentido e aplicação da norma constitucional, sem que haja mudanças no texto da constituição (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016).

Suponha-se, que o Paragrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal que reconhece a união estável entre homem e mulher como arranjo familiar, viesse a ser interpretado de outra forma no sentido de proibir a união estável homoafetiva.

Então, se a lei ordinária versasse acerca dessa ultima possibilidade ela poderá ser objeto de controle de constitucionalidade, no qual será posto em jogo se essa interpretação é possível e legítima. Ou seja, quem da à última palavra se determinada mutação está em conformidade ou não com a própria constituição é o Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2017).

Outro método de aplicação da mutação é por meio dos costumes. A adoção de práticas reiteradas pode transformar o costume em fonte do direito positivo. Em determinadas situações o costume trará em si uma interpretação informal; de outras, terá a missão de atualizar o texto da constituição, tendo em vista situações não previstas de forma expressa, em outros casos, ainda estará em contrariedade com o texto constitucional (BARROSO, 2017).

O costume contrário a constituição que é o contra legem, não será recebido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Como já falado anteriormente, para a aplicação da mutação constitucional há de ser analisado os seus limites. De modo que esse tipo de costume extrapola esses limites da modificação informal (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016).

Um exemplo de costume constitucional adotado no ordenamento jurídico brasileiro é o reconhecimento da possibilidade de o chefe do poder executivo negar aplicação a determinada norma jurídica manifestamente inconstitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016).

A sanção de projeto de lei por meio de acordo entre as lideranças partidárias no Congresso Nacional também é um outro exemplo de costume constitucional e que foi recebido pelo direito brasileiro (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016).

Por fim, a mutação constitucional via Poder Judiciário. Essa é a mais usual no Brasil, está presente em vários julgados e decisões do Supremo Tribunal Federal, inclusive uma dessas é o objeto do presente trabalho.

Vale destacar que o direito italiano vem contemplando, desde a década de 60, espécies de decisões constitucionais que em seu bojo, possuem algumas particularidades. São técnicas de decisão em que há uma modificação no significado na norma jurídica (VARGAS, 2014).

Na Itália essas técnicas são denominadas de sentenças manipulativas ou intermédias. Para Elival da Silva Ramos (2010), a jurisdição constitucional da Itália classifica tais sentenças em: manipulativas no sentido amplo como sentenças interpretativas e as manipulativas como sentido estrito (VARGAS, 2014).

No processo hermenêutico são várias as possibilidades de novos significados dados a determinada norma. É possível que esses novos sentidos estejam de acordo com a constituição. Todavia, há casos em que estão em desconformidade com a lei maior (VARGAS,2014)

O interprete optará por aplicar o significado mais harmônico possível, tendo como parâmetro a constituição e irá excluir a interpretação que agrida o texto constitucional, estar-se-ia diante de uma sentença manipulativa do tipo interpretativa (VARGAS, 2014).

Esse tipo de decisão pode ser de rejeição ou de acolhimento que também são denominadas de inconstitucionalidade parcial qualitativa, sem alteração textual (VARGAS, 2014).

O ordenamento jurídico brasileiro abrigou essas decisões. Foram introduzidas, formalmente, no artigo 28, Parágrafo Único, da lei Nº9869/99, estabelecendo o seguinte (VARGAS,2014).

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Em relação às sentenças manipulativas em sentido estrito, o ordenamento jurídico italiano subdivide em duas categorias, que são as sentenças aditivas e as substitutivas (VARGAS, 2014).

Nas aditivas, a Corte julga procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade de uma norma constitucional que acaba omitindo o regramento que deveria conter, ou seja, declara inconstitucionalidade na parte em que houve omissão legislativa, o dispositivo constitucional deixou de prever algo (VARGAS, 2014).

Nessas sentenças, o que ocorre é uma manifestação normativa por parte da Corte. O texto legal deixou de prever algo que seria constitucional. Dessa forma, a Corte atribui um caráter elástico a esse conteúdo, ou seja, mais amplo ao texto originário, abraçando uma situação que não foi prevista pela lei ato normativo ou ainda, norma constitucional (VARGAS, 2014).

### **5.3 A aplicação de sentença aditiva no Supremo Tribunal Federal como instrumento de Mutação Constitucional**

No julgamento conjunto da ADPF de Nº132/RJ de iniciativa do governador do estado do rio de janeiro e da ADI 4277/DF elaborada pelo procurador geral da republica. A Suprema Corte reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar (VARGAS, 2014).

Sabe-se que a Constituição Federal em seu artigo 226, Parágrafo 3º dispõe no sentido de reconhecer união estável entre homem e mulher, tendo este tipo de relacionamento uma proteção por parte do Estado e devendo a lei facilitar sua conversão em casamento (VARGAS, 2014).

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

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

Quanto às uniões estáveis heteroafetivas o texto constitucional e a própria legislação civilista preveem tal relacionamento como entidade familiar. Todavia, no que tange as uniões estáveis homoafetivas, há uma flagrante omissão constitucional e até legislativa, não havendo nenhum tipo de previsão desses novos arranjos familiares (VARGAS, 2014).

Todavia, diante do surgimento de novos tipos familiares, fez-se necessário, a criação de interpretações que acompanhem essas novas realidades sociais. Em outras palavras, o Direito não pode ficar em descompasso com a sociedade ele tem que se adequar aos novos desejos e anseios da mesma.

Assim, surge a ideia das sentenças aditivas no direito brasileiro como meio de aplicar o fenômeno jurídico da mutação constitucional. Com vista, a esses

elementos o Supremo Tribunal Federal entendeu-se que os homossexuais têm direito de receber o mesmo tratamento constitucional e legal dos casais heteroafetivos. Sendo, inadmissível qualquer dispositivo legal que: puna, exclua, fomenta a intolerância, incentive a falta de respeito a essas pessoas ou até mesmo dispositivos tendo a finalidade de desigualar o homossexual em razão de sua orientação sexual (VARGAS, 2014).

No caso em questão, o STF afirmara estar utilizando da técnica da interpretação conforme para assim eliminar da norma em discussão qualquer sentido que impeça o reconhecimento da união estável homoafetiva. Os ministros entenderam que a legislação civilista, em especial no seu artigo 1723, caput, ao esconder a união entre pessoas do mesmo sexo da proteção estatal incorreu em exclusão odiosa, que merecia ser sanada mediante uma decisão aditiva, integradora e isonômica (VARGAS, 2014).

O Artigo 1723 do CC diz o seguinte que o seguinte: 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.

Sendo assim, é plenamente aceitável a aplicação de decisões judiciais em caráter aditivo para sanar omissões por parte do Poder Legislativo e até mesmo da Lei Maior. É vislumbrado, nessa situação o fenômeno da mutação constitucional, ou seja, quando a utilização de decisões manipulativas aditivas se mostrarem de acordo com as diretrizes traçadas pelo próprio constituinte, a exemplo do princípio da Isonomia o qual o STF levou em conta ao aplicar a mutação (VARGAS, 2014).

Surgiu um ponto bastante polêmico e controverso em relação a essa sentença aditiva que ocasiona a mutação constitucional. É recorrente na jurisprudência da Suprema Corte a afirmativa de que o Poder Judiciário não pode atuar como se fosse legislador e que ao atuar dessa forma estaria violando o princípio da separação dos poderes. Os juízes não possuem a função ou competência de inovarem no ordenamento jurídico do Brasil, não possuem a tarefa criativa na concretização da norma da constituição (VARGAS, 2014).

Porém, o Supremo age permanentemente nessa atividade criativa, suprindo omissões, criando normas e até mesmo adicionando significados e princípios a diplomas legais e normais constitucionais que lhe são levados no âmbito da jurisdição constitucional principal ou incidental (VARGAS, 2014).

Outro exemplo de mutação constitucional via Judiciário se encontra no Artigo 52, inciso X da Constituição Federal de 88 que determina a comunicação, pelo Supremo, de decisão que declare ser inconstitucional uma lei, de modo que o Senado Federal suspenda, os efeitos dessa norma, no todo ou em parte (SALET; MARINONI; MITIDIERO, 2016).

No caso, o STF entendeu que o efeito da comunicação é apenas para dar publicidade à sentença, pois o caráter erga omnes da decisão decorre da própria sistemática constitucional, ou seja, essa eficácia geral da decisão independe de qualquer atitude por parte do Senado Federal (SALET; MARINONI; MITIDIERO, 2016).

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Por fim, para fechar o assunto mutação constitucional. As constituições não são eternas, portanto, são sujeitas a serem modificadas ao longo dos anos. Elas não são imutáveis muitos pelo contraria são voláteis e devem ser alteradas de modo a acompanhar a sociedade atual. Uma geração não pode sujeitar a outra as suas vontades. Em outras palavras, os mortos não governam os vivos (BARROSO, 2017).

## 6 CONCLUSÃO

Com a evolução social, não há como ter uma visão estagnada do que vem a ser família. Hoje, muito se critica as novas formas familiares, como a família entre pessoas do mesmo sexo, porém, conforme visto, o elemento que cria a família é a vontade entre as partes, portanto, não há como negar o status de família às uniões estáveis, às famílias monoparentais e a família advinda da união entre pessoas do mesmo sexo.

A dignidade da pessoa humana deve ser respeitada e protegida, não podendo utilizar uma ideia ultrapassada de família para privar a constituições de novos tipos de família. Afinal, o que se deve proteger é a felicidade, a liberdade e a igualdade entre os indivíduos, e não uma forma arcaica de pensamento.

É necessário que haja uma conscientização da sociedade para que seja difundida a ideia de família, como um instrumento de felicidade e de desenvolvimento pessoal, e não como uma instituição. Não deve se prender a um pensamento estagnado, mas sim evoluirmos juntamente com a sociedade, respeitando sempre a maior conquista já obtida ao longo do tempo, a liberdade, em todas as suas formas.

Portanto, a realização desse estudo permitiu observar o quanto as uniões homoafetivas sofreram e ainda sofrem por causa de preconceitos. Porém, lutam em busca de seus direitos, tendo em vista a não previsão legal. Em doutrinas e jurisprudências já existe o entendimento de que por analogia, é possível estender os direitos aos casais homossexuais, de modo especial o casamento civil e conseqüentemente a adoção de acordo com as exigências legais.

A forma mais eficiente que o poder judiciário encontrou para suprir qualquer omissão legislativa, acerca das relações homoafetivas e os direitos que essas pessoas possuem, foi através do fenômeno da Mutação Constitucional que é a alteração informal do texto constitucional, alterando apenas o sentido e não a parte escrita. Dessa forma, foi possível ampliar o conceito de família estendendo para esses novos arranjos familiares os direitos presentes em uma família padronizada pela sociedade.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª ed. Rio de Janeiro, ed. Lumen Juris: 2008.

AMARO, Fausto. **Introdução à sociologia da família**, VER EDIÇÃO. Lisboa: ed. Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. 2006.

ASSIS Olney Queiroz; KÜMPEL Vitor Frederico. **Manual de Antropologia Jurídica**. 2011. Editora Saraiva: 2011. Disponível em < <http://www.novocpc.bloggs.com.br/wp-content/uploads/2016/10/Manual-da-Antropologia-Jur%C3%ADdica.pdf>>. Acesso em 10 de abr. 2018.

BARRETO, Luciano. **Evolução histórica e legislativa da família**. 2012. Disponível em [http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil\\_205.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil_205.pdf). Acesso em: 24 /08/2018

BARROSO, Luis Roberto. **O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro**. Ver edição In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. Ver edição São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

\_\_\_\_\_, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 5ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2017.

BOBBIO, Norberto **As razões e origens do preconceito: Preconceito pode levar a atitudes extremas de violência e exclusão; para combatê-lo, é preciso conhecê-lo**. UNESP. Universidade Estadual Paulista. **Revista pré-Univesp**. Universo nº 61. Edição da UNESP 2011. Dez 2016/Jan 2017.

\_\_\_\_\_, **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Ver edição Belo Horizonte: ed. Autentica: 2010.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos**. Ver edição São Paulo, **Ed. Revista dos Tribunais**: 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 10ª edição. São Paulo: ed. Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. **D.O.** Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 2 de ab. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ**. Pleno. Rel. Min. Ayres Britto, Julgado em: 4 e 5 de maio de 2011.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar, 10ª edição. Rio de Janeiro: ed. Civilização Brasileira, 2016.

CASSAR, Volia Bonfim . **Direito do Trabalho de acordo com a reforma trabalhista e a MP808/2017**, 15ª edição, ed. Método, São Paulo, 2018.

CHAVES, Marianna. **O STF e as uniões homoafetivas**, em **A Semana - Política, Economia e Comportamento**. Ano 13, n. 14, 13 a 20 de Maio de 2010, p. 22.

COSTA, Igor Sporch. **Igualdade na diferença e tolerância**. Ver edição Viçosa: UFV, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11ª edição. São Paulo: ed. LTr, 2012., et. Seq.

DIAS, Maria Berenice. **Família homoafetiva**. Seleções Jurídicas. Adv. São Paulo. P. 16, Jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Diversidade sexual e direito homoafetivo** / coordenação Maria Berenice Dias. São Paulo. Ver edição Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Olívia “**A família numa sociedade em mudança problemas e influências**” Gestão e desenvolvimento, nº 9, Viseu: UCP. (2000).

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2008.

ELIAS, João Roberto. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente**. Ver edição São Paulo: Saraiva, 2005.

FACCHINI, Regina. **Histórico da luta de LGBT no Brasil**. 2011. Disponível em: <http://pre.univesp.br/historico-da-luta-lgbt-no-brasil#.W4BpHMeJLIU> .Acesso em: 30 mar. 2015.

FARIAS, Cristiano; Chaves de. ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil, Famílias**, Salvador : 9ª edição. Ed. Juspodivm ,2017

FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande e Senzala**. Rio de Janeiro 34ª ed., Rio de Janeiro, ed. Record. 1998

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13ª edição. Graal. Digital Source. Rio de Janeiro. 1988. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/.../1/História-da-Sexualidade-1-A-Vontade-de-Saber.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade: o uso dos prazeres**. São Paulo: ver edição, ed. Paz e Terra, 2014.

\_\_\_\_\_, Michel. M. **História da Sexualidade III: O cuidado de si** tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: ver edição, ed. Graal, 1995.

\_\_\_\_\_, Michel. **História da Sexualidade I: A vontade de saber**, tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Ver edição Rio de Janeiro: ed. Graal, 2015.

GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização** (trad. do inglês por Saul Barata), Lisboa: ver edição, ed. Presença. 1999.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. Natureza jurídica da união homoerótica. **Revista da Associação dos Juizes do RS**, Porto Alegre, v. 88, t. 1, p. 224-252, dez. 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil**. Estudos, Belo Horizonte. Ver edição. ed.Del Rey. 2000

LEANDRO, Engracia. (2001). **Sociologia da família nas sociedades contemporâneas**, Lisboa: ver edição. Ed.Universidade Aberta, (2001).

LÔBO, Paulo. Direito Civil. **Famílias**. Ver edição São Paulo: ed.Saraiva, 2008.

LUFT, Lia. **Múltipla escolha**. Rio de Janeiro: ver edição . ed.Record, 2010.

MATOS, *et al.* **Manual do Direito Homoafetivo**. 1ª edição. Editora Saraiva. São Paulo. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em 20 de abril de 2018.

MENDES Gilmar Ferreira . BRANCO, Paulo Gustavo Gonet . **Curso de Direito Constitucional** .12ª edição, Editora Saraiva. Sao Paulo. 2017.

MESQUITA Ana Maria Otoni; DESLANDES Suely Ferreira A Construção dos Prontuários como Expressão da Prática dos Profissionais de Saúde. **Revista Saúde Soc.** São Paulo, v.19, n.3, p.664-673, 2010. Disponível em < [www.scielo.br/pdf/sausoc/v19n3/17.pdf](http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v19n3/17.pdf)>. Acesso em 10 de abril de 2018.

MOREIRA FILHO, Francisco Carlos; MADRID, Daniela Martins. **A Homossexualidade e a sua História**. 2008. Disponível em < <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/etic/article/view-file/1646/1689>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

NUCCI, Souza Guilherme. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes**. Rio de Janeiro. 3ª edição, ed. Forense, 2016.

PAULO, Vicente. Marcelo ALEXANDRINO, **Direito Constitucional Descomplicado** São Paulo 14ª edição. Ed. Método, 2015.

PRATTA, Elisângela Maria Machado. SANTOS, Manoel Antonio dos. Família e Adolescência: A influência do contexto familiar no desenvolvimento psicológico de seus membros. **Revista Psicologia em Estudo**. Maringá, v. 12, n. 2, p. 247-256, maio/ago. 2007. Disponível em [www.scielo.br/pdf/pe/v12n2/v12n2a05](http://www.scielo.br/pdf/pe/v12n2/v12n2a05). Acesso em 10 de Mar. de 2018.

ROMANIELLO, Luiz. Ciências Humanas. **Apostila ENEM**. Disponível em <[https://issuu.com/luizromaniello/docs/detapostenem\\_ciencias\\_humanas\\_\\_1\\_](https://issuu.com/luizromaniello/docs/detapostenem_ciencias_humanas__1_)>. Acesso em 20 de abril de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI Luiz Guilherme. MITIDIERO Daniel. **Curso de direito constitucional**, São Paulo. 6ª edição, Ed. Saraiva. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36ª edição. São Paulo: ed. Malheiros, 2011.

SOUZA, Ivone Coelho de. **Homossexualismo, uma instituição reconhecida em duas grandes civilizações**. In: Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF. Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas. Curitiba: Juruá, 2001

SCOTT, Joan W. **Uma categoria útil para análise histórica**. Cadernos de História UFPE, n. 11, 2016.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso - A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. Rio de Janeiro: ver edição. Ed. Record, 2007.

UZIEL, Anna Paula. **Homossexualidade e adoção**. Rio de Janeiro: ver edição ed.Garamond, 2007

VARGAS, Denise Soares. **Mutação constitucional via decisões aditivas**, São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivo. São Paulo: ver edição ed.Método, 2008.

**(ANEXO A) – AGRAVO DE INSTRUMENTO, AÇÃO GUARDA, CASAL HOMOAFETIVO**

**Tribunal Regional Federal da 3ª Região TRF-3 - AGRAVO DE INSTRUMENTO :  
AI 32763 MS 0032763-15.2012.4.03.0000**

RECOMENDAR

Publicado por Tribunal Regional Federal da 3ª Região há 5 anos.

RESUMO

EMENTA PARA CITAÇÃO

**Processo**

AI 32763 MS 0032763-15.2012.4.03.0000

**Orgão Julgador**

QUINTA TURMA

**Julgamento**

10 de Junho de 2013

**Relator**

DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

**Ementa**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR. ADOÇÃO OU GUARDA DE CRIANÇA. LICENÇA REMUNERADA DE 120 DIAS. CONCESSÃO. DIREITO DO FILHO. CASAL HOMOAFETIVO. DISCRIMINAÇÃO. VEDAÇÃO.

1. A licença é direito também do filho, pois sua finalidade é "propiciar o sustento e o indispensável e insubstituível convívio, condição para o desenvolvimento saudável da criança" (TRF da 3ª Região, MS n. 2002.03.00.026327-3, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 24.11.05), razão pela qual a adotante faria jus ao prazo de 120 (cento e vinte dias) de licença remunerada.

2. Pelas mesmas razões, é razoável a alegação de que importaria em violação à garantia de tratamento isonômico impedir a criança do necessário convívio e

cuidado nos primeiros meses de vida, sob o fundamento de falta de previsão constitucional ou legal para a concessão de licença de 120 (cento e vinte) dias, no caso de adoção ou de guarda concedidas a casal homoafetivo. De todo modo, após a ADI n. 132 não mais se concebe qualquer tipo de discriminação ou mesmo restrição legal em razão de orientação sexual. E, como consectário lógico, à família resultante de união homoafetiva devem ser assegurados os mesmos direitos à proteção, benefícios e obrigações que usufruem aquelas que têm origem em uniões heteroafetivas, em especial aos filhos havidos dessas uniões (STF, ADI n. 4277, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.11).

3. Assim, a licença remunerada de 120 (cento e vinte dias), com a prorrogação de 60 (sessenta) dias prevista no art. 2º, § 1º, do Decreto n. 6.690/08, deve ser estendida ao casal homoafetivo, independentemente do gênero, no caso de adoção ou guarda de criança de até 1 (um) ano de idade.

4. Agravo de instrumento provido, restando prejudicados o pedido de reconsideração e o agravo legal da União.

### **Acordão**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, prejudicados o pedido de reconsideração e o agravo legal da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.