



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Direito à Adoção nas Relações Homoafetivas e sua Conformidade Constitucional

Tati Sousa Lee

Rio de Janeiro
2011

TATI SOUSA LEE

O Direito à Adoção nas Relações Homoafetivas e sua Conformidade Constitucional

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2011

O DIREITO À ADOÇÃO NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E SUA CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL

Tati Sousa Lee

Graduada pelo Instituto Universitário Candido Mendes – Ipanema. Advogada. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Atualmente, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. Esse fato não é novo, porém, a sua aceitação social e o seu reconhecimento jurídico são recentes e o Judiciário tem sido constantemente acionado para a tutela de direitos gerados por esse relevante fato social. A controvérsia recai sobre a possibilidade jurídica de casais homoafetivos adotarem, na medida em que, no direito positivo brasileiro, inexistente regra específica sobre a matéria. A essência do trabalho é analisar as soluções apresentadas pela doutrina e jurisprudência e indicar qual a que melhor se coaduna com os princípios constitucionais a concretizar os direitos fundamentais da mais hodierna espécie de família, que tem como núcleo central o afeto.

Palavras-chaves: Direito Civil-Constitucional, União Homoafetiva, Adoção, Família Socioafetiva.

Sumário: Introdução. 1. A União Homoafetiva e a Evolução do Preconceito. 2. Aspectos Relevantes sobre a Adoção. 3. A Supremacia da Afetividade. 4. Os Direitos Fundamentais e Os Princípios Constitucionais como Mecanismos de Integração da Ordem Jurídica. 5. Possibilidade Jurídica da Adoção nas Relações Homoafetivas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A união entre pessoas do mesmo sexo não é um fato novo, possui referências históricas desde a origem da humanidade, inclusive a discriminação contra homossexuais é uma realidade social que perdura até os dias atuais.

A relação afetiva orientada pela sexualidade é uma das facetas do direito da personalidade e conseqüentemente da dignidade humana, é uma realidade que se faz presente na medida em que gera direito e obrigações que devem ser tutelados pelo Estado.

A Constituição da República, desde que teve a sua força normativa reconhecida e garantida por autêntica jurisdição, passou a condicionar efetivamente a validade do direito infraconstitucional, exigindo a conformação deste com as regras e princípios extraídas do seu texto.

O trabalho proposto aborda a importância do contemporâneo fator de legitimação da família – a socioafetividade – em especial, a possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo em razão da omissão normativa específica no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse passo, assume grande relevo a prestação jurisdicional em conformidade com os princípios constitucionais, a concretizar os direitos fundamentais, não só do adotado, mas também, dos adotantes.

Objetiva-se, ainda, atentar que a adoção é uma filiação de natureza jurídica e seu ponto nevrálgico é a criança e a tutela de seus direitos fundamentais guiados no seu melhor interesse. Assim é que, atualmente - porém, com parcimônia -, o vínculo do afeto se sobrepõe ao vínculo biológico.

Portanto, ao longo do artigo será possível constatar que, à luz de um Estado Democrático de Direito, todo fato social é merecedor de tutela, e quem não melhor que o Estado-Juiz para, retirar o estigma da questão da adoção por casais homoafetivos e viabilizar sua inclusão social, através da incisiva supremacia axiológica da Constituição.

1. A UNIÃO HOMOAFETIVA E A EVOLUÇÃO DO PRECONCEITO

As relações afetivas, na ideologia de uma sociedade, pressupõem uniões entre pessoas de sexo distinto – heterossexuais – qualquer relação diferente desse padrão é estigmatizada, considerada anormal aos olhos da sociedade.¹

Isso ocorre porque desde os primórdios o fator de legitimação da família era o casamento, que pressupunha a relação entre um homem e uma mulher.

Apesar de os povos antigos aceitarem o amor entre homens, era valorizado apenas o ‘pólo ativo’ da relação. Isso se explica porque o machismo, já naquela época, identificava o ato sexual ativo como postura masculina, sendo o ato sexual passivo tido como postura feminina.²

Em Roma, a prática homossexual não se ocultava. O preconceito da sociedade romana existia somente contra quem assumia a condição de passividade. Era feita associação com impotência política.³

Aparentava-se que a relação entre pessoas do mesmo sexo estava inserida no contexto social e a relação entre heterossexuais tinha apenas por escopo a procriação e cumulação de patrimônio.

¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo Nº 0017523-50.2010.8.19.0202. Condomínio é condenado por tentar frustrar festa de casal homoafetivo: O conselho administrativo do Condomínio fez várias tentativas para proibir que eles fizessem uma festa no salão, restringindo o espaço da comemoração, a decoração escolhida - uma bandeira do arco-íris -, e a entrada de uma convidada *drag queen*. Disponível em: Assessoria de Imprensa do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Acesso em: 09 maio 2011.

² VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. *Manual da Homoafetividade*. Da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008, p. 42.

³ DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Da obra União Homossexual: o preconceito & a justiça. São Paulo: RT, 2009, p. 35-37.

Com efeito, não se olvida que a maior fonte de preconceito advém das religiões. Confirma essa assertiva, o fato de ter sido o casamento o primeiro fator de legitimação para o conceito de família.

O caráter sagrado da união heterossexual aconteceu na Idade Média. Apenas as uniões abençoadas pela Igreja eram válidas. O ato sexual foi associado ao ‘pecado da carne’, somente podendo ser praticado dentro da relação marital.⁴

A própria Bíblia condena a relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo, transmitindo que a essência de vida ideal é um homem, uma mulher e sua família.⁵ Como por meio de evangelização pregava-se a fórmula *Vox populi, Vox Dei* (a voz do povo é a voz de Deus), esse garantia o domínio da Igreja, assegurando a aceitação de seus mandamentos.

Desse modo, o conceito de normal decorre dessa sacralização da família, formação social historicamente associada ao casamento e aos filhos, supondo sempre uma relação heterossexual.

Contudo, o declínio da influência da Igreja e o distanciamento entre ela e o Estado, que passou a oficializar os casamentos⁶, somados à pulverização de outras culturas, o aumento da urbanização, o surgimento de novas profissões, o movimento feminista objetivando seu reconhecimento profissional com igualdade dos gêneros⁷, diminuiu o sentimento de culpa daquele que fugia aos padrões.

⁴ DIAS, op. cit., p. 38-39.

⁵ Destacam-se os Versículos 24 e 25, do 2º capítulo, do livro de Gênesis da Bíblia: “Portanto deixará o homem a seu pai e a sua mãe, e unir-se-á à sua mulher, e serão uma só carne. E ambos estavam nus, o homem e sua mulher; e não se envergonhavam.” E, ainda, o Versículo 7, do 9º capítulo, do livro de Gênesis da Bíblia: “Mas vós frutificai, e multiplicai-vos; povoai abundantemente a terra, e multiplicai-vos nela.”

⁶ A Constituição da República de 1891, em seu artigo 72, parágrafo 4º, dispôs que a República apenas reconhecia o casamento civil. Nesse sentido, efetivou-se a separação da Igreja do Estado, consagrando a opinião já firmada entre os civilistas da época de que o Estado não tem o direito de intervir na escolha dos princípios religiosos adotados pelos contraentes, como nenhuma seita religiosa pode sustentar a exclusividade de seus preceitos para a validade do casamento.

⁷ No dia 8 de março de 1857, em Nova Iorque, mulheres protestaram por melhores condições de trabalhos e aumento dos salários, como retaliação foram mortas dentro da fábrica em que trabalhavam. Diante disso, neste domingo, dia oito de março, é comemorado o Dia Internacional da Mulher. Esse crescente movimento acabou por culminar no direito de voto da mulher com a ulterior ocupação do cargo de maior poder – Presidente da República – por ela.

Assim, a crescente produção de ideologias no ocidente, mitigou o papel do universo religioso de princípio regulador da vida social e política e deslocaram o processo de diferenciação institucional promovido pelas religiões na ordem social contemporânea, afastando paulatinamente a moral pública da moral religiosa.

Por oportuno, leciona Miguel Reale: “A Igreja é uma instituição e, dentro do seu corpo institucional, há um complexo de normas suscetíveis de sanção organizada. É o Direito canônico, que não se confunde com o Direito do Estado”.⁸

Atualmente, a legislação brasileira é omissa a respeito da existência de união estável entre pessoas do mesmo sexo, circunstância que permite uma ampla interpretação jurisprudencial a respeito.

Registre-se que o Terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos, criado pelo Decreto Presidencial (Decreto n. 7.037, de 21 dez. 2009), sugere ao Congresso Nacional que altere a legislação para que se reconheça a união civil entre pessoas do mesmo sexo e que se estenda também a eles o direito à adoção. Cabe, também, ressaltar que no Congresso, não faltam Projetos de Lei, estacionados, que tratam dos direitos dos homossexuais, tais como: o Projeto de Lei n. 70/95, n. 1151/95, n. 2773/00, n. 3099/00, n. 2285/07 e n. 4914/09.

Nesse contexto, diante da inércia legislativa, o Judiciário, outrora, proclamava decisões obsoletas, muitas vezes injustas⁹, não só pela ausência de adequada interpretação – interpretação conforme¹⁰ e mutação constitucional¹¹ – aos artigos 1723 do Código Civil de

⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 77.

⁹ Segundo Luigi Ferrajoli, podemos chamar de justiça “interna ou legal” à correspondência entre vigência e validade no seio de cada ordenamento: das leis com respeito à Constituição e das sentenças com respeito às leis; e “justiça externa” à correspondência entre validade e justiça, isto é, à adesão do ordenamento em seu conjunto a valores políticos externos. V. Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995, p. 365.

¹⁰ Sem pretensão de esgotar o tema, na técnica da interpretação conforme o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a Constituição da República. Isso ocorrerá, sempre que um determinado preceito infraconstitucional comportar diversas possibilidades de interpretação, sendo qualquer delas incompatível com a Lei Maior. Note-se que o texto legal permanece íntegro, apenas sua aplicação fica restrita ao sentido declarado pelo intérprete. V. Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 284 e s. Veja-se, também, Luís Roberto Barroso, *Interpretação*

2002 e 226, parágrafo 3º da Constituição da República, respectivamente, mas também por declararem – majoritariamente¹² – a incompetência da vara de família para a tutela dessas relações.

Mister salientar que, por vezes, a união homoafetiva era reconhecida de maneira indireta¹³ e apesar disso continuavam a negá-la diretamente.

Contudo, em 2008, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por maioria, permitiu o seguimento de uma ação de declaração de união estável entre homossexuais.¹⁴

Por sua vez, em 26 de abril de 2011, foram incluídos na pauta de julgamentos do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) e julgadas conjuntamente, em 04 de maio de 2011, dois processos envolvendo a união de pessoas do mesmo sexo, referentes à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, ambas de relatoria do ministro Ayres Britto em que se reconheceram de forma unânime a união estável entre casais do mesmo sexo.

e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 188 e s.

¹¹ V. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da constituição*: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 128-130. A autora leciona como modalidades de mutação constitucional por interpretação judicial: 1) a construção jurisprudencial, por meio da qual “se cogita de aplicar a norma constitucional a situações não previstas expressamente no texto constitucional, mas que dele decorrem ou emanam por imperativos lógicos ou do próprio sistema constitucional”; 2) a interpretação criativa e analógica, “quando a atividade jurisprudencial preenche lacunas ou corrige omissões do texto constitucional, previstas ou não pelo constituinte”.

¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Conflito de Competência - 1ª Ementa 0001681-54.2010.8.19.0000, Des. Celso Peres - Julgamento: 10.03.2010 - Décima Câmara Cível. [...] Reconhecimento de união homoafetiva, [...]. Competência do Juízo Cível.

Em sentido, contrário: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Conflito de Competência - 1ª Ementa 0009734-24.2010.8.19.0000, Des. Alexandre Câmara - Julgamento: 28.04.2010 - Segunda Câmara Cível. [...] Demanda de reconhecimento de união homoafetiva. Competência do juízo de família. [...]. Acesso em: 27 jul. 2011.

¹³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 24564, Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes, Publicado em Sessão de 01.10.2004. Registro de Candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a Prefeita reeleita do Município. Inelegibilidade. ART. 14, § 7º, da Constituição Federal. [...]. Acesso em: 27 jul. 2011.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 820475/RJ, Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 06.10.2008. Processo Civil. Ação Declaratória de União Homoafetiva. (...) Possibilidade Jurídica do Pedido. Artigos 1º da Lei 9.278/96 e 1.723 e 1.724 do Código Civil. Alegação de lacuna legislativa. Possibilidade de emprego da analogia como método integrativo. [...]. Acesso em: 27 jul. 2011.

Não obstante essa decisão exarada pelo STF no âmbito de Ação Direta – dotada de efeito *erga omnes* e caráter vinculante (artigo 102, parágrafo 2º da Constituição da República)¹⁵ – ainda existe julgado(r) que insiste em não reconhecer essa relação.¹⁶

Vencidos esses hegemônicos preconceitos, resta agora lutar pela possibilidade de adoção conjunta dos companheiros homoafetivos, tendo em vista que constitui a mais contemporânea espécie de entidade familiar.

2. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A ADOÇÃO

A adoção¹⁷ destaca-se entre as medidas de colocação familiar¹⁸. A família é o primeiro e determinante agente socializador do ser humano, na medida em que a sua desagregação lidera os problemas sociais¹⁹ que acabam por caracterizar um país.

Com efeito, o grau de desenvolvimento de uma nação tem relação direta com a capacidade de seus cidadãos de privilegiar a infância e de garantir a ela o acesso a uma

¹⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

¹⁶ GOIS. Chico de. Um juiz na contramão. *O Globo*, Rio de Janeiro, 20 jun. 2011, p. 9.

¹⁷ A adoção cria um vínculo parental que não corresponde à realidade biológica. Todos os autores lhe reconhecem o caráter de uma ficção jurídica. Segundo, leciona, Caio Mário: “A Adoção é, pois, o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”. V. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*. v.5. 16 ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 392.

¹⁸ Art. 28 do ECA. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

¹⁹ AUMENTA número de crianças nas ruas. Notícias JusBrasil. Tribunal de Justiça de Roraima, 28 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/685650/folhabv-aumenta-numero-de-criancas-nas-ruas>>. Acesso em: 28 jul. 2011.

O trabalho tolerado de crianças até catorze anos. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/esp/es1abr97.xml>>. Acesso em: 28 jul. 2011.

família que lhe propicie não apenas, subsistência, mas também, o pleno exercício dos demais direitos fundamentais.

Nesse contexto, quanto mais desenvolvida a nação, menor o número de crianças e adolescentes carentes, a concluir que, a maior quantidade de adotados provém dos países subdesenvolvidos e, portanto, neles se inclui o Brasil.

O Direito Romano – que fundamenta o desenvolvimento do instituto em nosso direito – conheceu três tipos de adoção: 1º) Como ato de última vontade (*adoptio per testamentum*); 2º) A diretamente realizada entre os interessados (*ad rogatio*); 3º) A mediante a entrega de um incapaz em adoção, pela qual o adotante o recebia por vontade própria com a anuência do representante do adotado (*datio in adoptionem*). A princípio, somente o varão tinha a faculdade de adotar, posteriormente, esta exclusividade foi franqueada à mulher que houvesse perdido os filhos (*ad solatium liberorum amissorum*).²⁰

Dentro da sistemática legislativa brasileira, coube ao Código Civil de 1916²¹, nos artigos 368 a 378, a sua introdução. Pela redação original, os maiores de cinquenta anos que não tivessem filhos podiam adotar, respeitada a diferença de dezoito anos entre adotante e adotando. Era, ainda, exigido o consentimento dos pais ou tutor ou do próprio adotando, no caso de ser maior ou emancipado.

Entre outras substanciais alterações ao Código Civil de 1916, a Lei n. 3.133/57, reduziu a idade para a adoção de cinquenta para trinta anos, autorizando-a a casais que tivessem cinco anos de casados, bem como ao tutor ou curador do pupilo ou curatelado após a prestação de contas da administração. A adoção se fazia por escritura pública e o parentesco resultante se limitava ao adotante e ao adotando, o que levava à exclusão dos direitos sucessórios se os adotantes tivessem filhos legítimos, legitimados ou mesmo reconhecidos. Os

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v.5. 16 ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 387-388.

²¹ Lei n. 3071 de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em 29 jul. 2011.

direitos e deveres resultantes do parentesco natural eram mantidos, exceto o “pátrio poder”²², que se transferia ao pai adotivo, razão pela qual essa adoção era denominada de restritiva.

Com a Lei n. 4.655/65, foi introduzida no Brasil a “legitimação adotiva”, sem extinguir a “adoção simples” do Código Civil. Foi mantida a idade mínima de trinta anos para os casais interessados na legitimação, autorizada a instauração do procedimento antes desta idade, desde que o matrimônio tivesse mais de cinco anos e provada a esterilidade e estabilidade conjugal. A legitimação só se dava por decisão judicial, sempre acompanhada pelo Ministério Público. A sentença definitiva e irrevogável era averbada no registro de nascimento da criança, sem revelar o nome dos pais biológicos. Cessava também o parentesco com toda a família natural.

Em 1979, com o advento da Lei n. 6.697/79 (Código de Menores) que, revogou a Lei n. 4.655/65, passou a vigorar duas espécies de adoção: a adoção plena, nos moldes da legitimação adotiva e a adoção simples pelo Código Civil e pelos artigos 27 e 28 da lei em comento.

A adoção plena manteve o espírito da legitimação adotiva, mas estendeu o vínculo da adoção à família do adotante, inscrevendo, inclusive, o nome dos ascendentes dos adotantes, independente da concordância deles.²³

Com a entrada em vigor da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), esta passou a regular a adoção - estatutária²⁴ - dos menores de dezoito anos.

²² A expressão “pátrio poder”, remonta ao direito romano (*pater potestas*) direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos, corresponde ao atual poder familiar. O Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962), passou a assegurar o pátrio poder a mulher apenas em regime de colaboração. Assim, apenas com a Constituição da República de 1988 que, em seu art. 5º, I e art. 226, § 5º, concedeu tratamento isonômico ao homem e à mulher, outorgando a ambos os genitores o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns. No entanto, apenas em 2003, com o advento do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002) que foi introduzido expressamente no ordenamento jurídico a expressão “poder familiar” com a tentativa de expurgar o ranço machista da anterior nomenclatura.

²³ PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Direito de família e o novo código civil*. 3. ed., 2. tir., rev. atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 158.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. v.2. 9 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 102-103.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), à luz do parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição da República de 1988²⁵, passa a estabelecer como lei a igualdade de tratamento entre filhos biológicos e adotivos, razão pela qual não há mais falar em Adoção Simples e Plena e passa a existir apenas uma que concede todos os direitos ao adotado, conforme dispõe o artigo 41 do ECA²⁶.

No Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/2002) o instituto da adoção exigia procedimento judicial em todos os casos, conforme preceituava o artigo 1.623. Foram reproduzidos quase todos os dispositivos do Estatuto, com algumas modificações de redação.

No entanto, em face do princípio da especialidade, a adoção compreendia apenas a de adotando maior de dezoito anos, enquanto todas as adoções de crianças, adolescentes e dos que, independentemente da idade, já estivessem sob a guarda ou tutela dos adotantes, eram regidas pelo Estatuto.

Contudo, a Lei n. 12.010/2009, provocou substancial alteração no instituto em comento, na medida em que revogou quase todos os dispositivos do Código Civil de 2002 que tratavam da adoção, bem como deu nova redação aos dois artigos restantes²⁷ e, também, modificou diversos dispositivos do ECA.

Nesse passo, a Lei n. 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), com as alterações promovidas pela Lei n. 12.010/2009, passa a reger a adoção, e a idade do adotando se transmuda em mero delimitador da competência para julgar o feito (Vara da Infância e Juventude: menor de dezoito anos e Vara de Família: maior de dezoito anos).

²⁵ Art. 227, § 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.

²⁶ Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

²⁷ Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (Redação dada pela Lei n. 12.010, de 2009).

Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (Redação dada pela Lei n. 12.010, de 2009).

Assim, a teor do diploma legal vigente, tem-se que a legitimidade para adotar incumbe a toda pessoa capaz que tenha mais de dezoito anos, desde que exista uma diferença de dezesseis anos entre adotante e adotando, com vedação aos ascendentes e irmãos do adotando que não podem adotá-lo.²⁸

A adoção tem diversas modalidades. Na adoção unilateral – levada a efeito por uma pessoa – passa a constar do registro do adotado a relação de parentesco exclusiva desse adotante, rompendo-se completamente os vínculos familiares anteriores. Registre-se que, nada obsta que uma pessoa casada ou em união estável adote unilateralmente uma pessoa, se o seu cônjuge ou companheiro não quiser promover com ela a adoção conjunta, porque é prescindível de outorga.

Cabe, também, salientar que nem sempre a adoção unilateral irá romper totalmente os vínculos familiares anteriores do adotado, apenas parcialmente. Isso ocorrerá no caso em que a/o adotante adota o filho do seu cônjuge ou companheiro²⁹, passando a acrescer no registro a sua condição de mãe/pai, sem excluir a condição de pai/mãe de seu companheiro (a), não haverá rompimento do vínculo do pai/mãe com a criança, mas apenas a formação de um novo vínculo desta criança com a/o adotante. Rompe-se, somente, o vínculo familiar que porventura tenha existido entre o adotado e a mãe/pai biológica (o), mas não o lado paterno/materno da criança.

Na adoção conjunta, é necessário que as duas pessoas – adotantes – sejam casadas ou que convivam em união estável³⁰, haverá dupla titularidade na relação de parentesco no registro do adotado. No entanto, a adoção conjunta pode ser promovida por pessoas

²⁸ Art. 42 do ECA. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

²⁹ Art. 41 do ECA. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

§ 1º. Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

³⁰ Art. 42, § 2 do ECA. Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

divorciadas ou separadas, contanto que o convívio com o adotado tenha sido iniciado em conjunto, enquanto ainda vigia a relação conjugal ou de companheirismo, e desde que acordem quanto à guarda, visitação e alimentos³¹.

Por sua vez, quando um dos adotantes – na adoção conjunta – ou o adotante – na adoção unilateral – vem a falecer no curso do procedimento de adoção, este processo terá seguimento, culminando na denominada adoção póstuma³². A jurisprudência confere interpretação extensiva e entende ser possível deferir a adoção póstuma, demonstrada a inequívoca intenção de adotar, ainda que ao tempo da morte não tenha tido início o procedimento para a formalização da adoção.³³

Impõe-se destacar que, a despeito da sentença de adoção ter natureza constitutiva – constitui uma nova relação familiar – no caso, da adoção póstuma, esta terá o condão de retroagir seus efeitos à data do óbito, a fim de preservar os direitos sucessórios do adotado.

A adoção pode ser consentida pelos pais biológicos, ou pode demandar a destituição prévia do poder familiar. Desse modo, não se fará essencial o consentimento dos pais biológicos do adotando em três situações: mortos, desconhecidos ou destituídos do poder familiar.³⁴

Portanto, podem os pais que regularmente estão no exercício do poder familiar, sem hipótese em que este possa ser perdido, concordarem com o pedido de adoção – adoção consentida – que terá prosseguimento e fim normal. Registre-se que o consentimento pode ser retratado até a prolação da sentença de adoção.

³¹ Art. 42, § 4 do ECA. Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

³² Art. 42, § 6 do ECA. A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. (Incluído pela Lei n. 12.010, de 2009)

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 457635 / PB, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 17.03.2003. Acesso em 29 jul. 2011.

³⁴ Art. 45 do ECA. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do ~~pátrio poder~~ poder familiar. (Expressão substituída pela Lei n. 12.010, de 2009)

Por outro lado, se a destituição do poder familiar for necessária, deverá ser observado o procedimento judicial específico previsto no artigo 155 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, com respeito ao contraditório e à ampla defesa, motivo pelo qual, essa decisão constitui pressuposto lógico do pleito de adoção, caso contrário, o requerimento de adoção será extinto por impossibilidade jurídica do pedido.³⁵

Imperioso ressaltar que, no caso de adotando maior de doze anos, o seu consentimento será obrigatório.³⁶

Pelo ensejo, vale lembrar que existe não só um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados, mas também um cadastro nacional de pretendentes habilitados à adoção, ou seja, há uma ordem de preferência entre os adotantes.³⁷

Todavia, existem três hipóteses legais em que a ordem do cadastro não será respeitada: no caso de adoção unilateral; quando o adotante for parente que já tenha vínculo de afinidade e afetividade com o adotando; e quando o adotante for tutor ou guardião do adotando, desde que este seja criança maior de três anos ou adolescente, e comprovada a afinidade e afetividade entre eles pelo lapso temporal.³⁸

Contudo, em que pese esse rol constituir exceção à regra legal de obrigatoriedade do cadastramento a merecer interpretação restritiva, forçoso trazer à baila que a Convenção

³⁵ Art. 169 do ECA. Nas hipóteses em que a destituição da tutela, a perda ou a suspensão do ~~pátrio poder~~ poder familiar constitui pressuposto lógico da medida principal de colocação em família substituta, será observado o procedimento contraditório previsto nas Seções II e III deste Capítulo. (Expressão substituída pela Lei n. 12.010, de 2009)

³⁶ Art. 45, § 2 do ECA. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

³⁷ Art. 50 do ECA. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção. (Vide Lei n. 12.010, de 2009)

³⁸ Art. 50, § 13 do ECA. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando: (Incluído pela Lei n. 12.010, de 2009)

I - se tratar de pedido de adoção unilateral; (Incluído pela Lei n. 12.010, de 2009)

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; (Incluído pela Lei n. 12.010, de 2009)

III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos art. 237 ou 238 desta Lei. (Incluído pela Lei n. 12.010, de 2009)

§ 14. Nas hipóteses previstas no § 13 deste artigo, o candidato deverá comprovar, no curso do procedimento, que preenche os requisitos necessários à adoção, conforme previsto nesta Lei. (Incluído pela Lei n. 12.010, de 2009)

Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil por intermédio do Decreto n. 99.710/90³⁹ e o Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁰ têm como princípios basilares o melhor interesse da criança e a sua proteção integral.

Desse modo, a regra legal do cadastramento será preterida sempre que restar demonstrado no caso concreto que a sua inobservância tutelar o melhor interesse do adotando.

Por isso que, somado à primazia do vínculo afetivo, a “adoção à brasileira” – expressão utilizada pela jurisprudência⁴¹ ao se referir a pessoas que registram filho alheio como próprio – embora constitua uma das modalidades do crime de falsidade ideológica (artigo 242 do Código Penal),⁴² é reconhecida pelo Direito.

Merece, ainda, destaque os efeitos jurídicos – pessoais e patrimoniais – que esse instituto acarreta.

Dentre os efeitos de ordem pessoal, se tem as relações de parentesco⁴³, a filiação⁴⁴, o poder familiar⁴⁵ e o nome⁴⁶. No que toca aos de natureza patrimonial, se tem os alimentos⁴⁷, os direitos sucessórios⁴⁸ e previdenciários⁴⁹.

³⁹ Art. 3.1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

⁴⁰ Art. 3. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 6. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

⁴¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 1.088.157-PB, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 23.6.2009. Acesso em 29 jul. 2011.

⁴² Art. 242. Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

⁴³ Art. 1.593 do CC/02. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

⁴⁴ 227, § 6 da CRFB/88. 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.

Art. 1.596 do CC/02. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Por outro lado, não se pode olvidar que o principal efeito é dar uma família a quem não tem, é realizar o direito do adotando à convivência familiar e, assim, efetivar os seus direitos fundamentais a viabilizar seu sadio desenvolvimento físico e mental.

Dessa forma, à luz de uma nova perspectiva, o instituto se constitui na busca de uma família para uma criança, abandona-se a concepção tradicional em que significava a busca de uma criança para uma família⁵⁰, mormente a considerar que o Brasil tem um número grande de crianças abandonadas e, portanto, de pretensos adotandos.

Logo, embora a adoção seja um instituto jurídico na medida em que cria um vínculo de filiação, ela também é um ato de amor, tendo em vista que, não só rompe com preconceitos, mas também representa um ato de nobreza daqueles que se propõem a assumir com responsabilidade e afeto, crianças e adolescentes marcados pelo estigma do abandono e maus-tratos.

Art. 41 do ECA. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

⁴⁵ Art. 1.630 do CC/02. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

⁴⁶ Art. 47 do ECA. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1. A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

§ 2. O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.

§ 3. A pedido do adotante, o novo registro poderá ser lavrado no Cartório do Registro Civil do Município de sua residência. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 4. Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro. (Redação dada pela Lei n. 12.010, de 2009)

§ 5. A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome. (Redação dada pela Lei n. 12.010, de 2009)

§ 6. Caso a modificação de prenome seja requerida pelo adotante, é obrigatória a oitiva do adotando, observado o disposto nos §§ 1 e 2 do art. 28 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

⁴⁷ Art. 1.694 do CC/02. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

⁴⁸ Art. 41 do ECA. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

§ 2. É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

Art. 1.829 do CC/02. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I. aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

⁴⁹ Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I. o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; § 4. A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

⁵⁰ OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. *Guarda, Tutela e Adoção*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997, p. 148 e s.

Por isso é que, a opção sexual dos adotantes não pode servir de óbice ao deferimento desse ato de amor, sobretudo porque, atualmente, o vínculo afetivo juntamente com o princípio do melhor interesse e da proteção integral, são as vigas mestras do instituto em comento, motivo pelo qual devem preponderar sobre qualquer outro argumento, principalmente de cunho preconceituoso.

3. A SUPREMACIA DA AFETIVIDADE

Dentro da sistemática legislativa são triviais as alterações no Direito das Famílias⁵¹, mormente em razão das mutações conceituais da atualidade que muitas vezes deságuam com impacto profundo sobre institutos tradicionais.

O Direito Brasileiro na contemporaneidade tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, transcendendo os limites fixados pela Carta de 1988, mas incorporando, também, seus princípios.⁵²

Nesse passo, a Lei n. 12.010/09, que alterou substancialmente o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8069/90), enfatizou expressamente o vínculo sócio-afetivo como determinante para o conceito de família.⁵³

⁵¹ Maria Berenice Dias, em suas diversas obras, utiliza a expressão “direito de família” no plural, para evidenciar que as uniões homoafetivas estão compreendidas no conceito de entidade familiar.

⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v.5. 16 ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 39.

⁵³ Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. (Incluído pela Lei n. 12.010, de 2009).

Assim, hodiernamente, a sócio-afeição passa a ser o fator de legitimação da constituição de uma família, a começar pela Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77), posteriormente com o reconhecimento da união estável (artigo 226, parágrafo terceiro da Constituição da República de 1988) e, em 1990 com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8069/90) que, ao sofrer alterações pela Lei n. 12.010/09, passa a prever expressamente o vínculo da afetividade.

Ademais, não se pode olvidar, o relevante papel da Constituição de 1988, na medida em que não só outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, como o fez com as uniões estáveis⁵⁴ e as famílias monoparentais,⁵⁵ mas também porque foi determinante para o fenômeno de constitucionalização dos bens e valores basilares do ordenamento jurídico, com atribuição de maior relevância à pessoa humana (o ser) do que ao seu patrimônio (o ter).

Em propósito, se pode afirmar, a relatividade do conceito de família, que deve ser continuamente alterado à luz do indivíduo, do momento histórico, dos costumes, ou seja, como reflexo dos valores da sociedade.

Conforme disserta Gustavo Tepedino:⁵⁶

[...] a relatividade do conceito de família que, alterando-se continuamente, se renova como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; (...) Além disso, ajuda a compreender que qualquer estudo sobre o tema deve pressupor a correta interpretação do momento histórico e do sistema normativo vigente. (...) À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade humana.

⁵⁴ Art. 226, § 3º da CRFB/88. 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.

⁵⁵ Art. 226, § 4º da CRFB/88. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio*. In: ____ *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 372 e ss.

Desse modo, denota-se que, inclusive na jurisprudência⁵⁷, no cerne da concepção contemporânea de família, a afetividade é o elemento central desse novo paradigma, substituindo a consanguinidade e as antigas definições assentadas em noções como normalidade e capacidade de ter filhos.

Logo, no desenvolvimento do conceito de família, não mais se sustenta a classificação dos filhos, a origem da relação, o vínculo associativo. A família é um organismo social, de um agrupamento que se constitui naturalmente, e cuja existência a ordem jurídica deve reconhecer.

4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO MECANISMOS DE INTEGRAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA

Os princípios constitucionais correspondem à síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica, já que em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que costuram suas diferentes partes.

Se a evolução do sistema jurídico se dá por estruturas que permitem a internação dos reflexos da mudança social para o interior do sistema, no plano constitucional, os princípios exercem papel fundamental no desempenho desta tarefa, pois não se reduzem à função imediata de aplicação à determinada relação jurídica, mas, de outra sorte, atuam como critério de integração e interpretação do texto constitucional.

⁵⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 1.088.157-PB, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 23.6.2009: Adoção à brasileira, paternidade socioafetiva; REsp 1.078.285-MS, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 13.10.2009: Verdade biológica que se mostrou desinfluyente para o reconhecimento da paternidade aliada ao estabelecimento de vínculo afetivo; REsp 709.608-MS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 5.11.2009: Assento de nascimento de filho não biológico, vínculo socioafetivo. Acesso em 20 ago. 2011.

É mister ressaltar que os direitos fundamentais foram classicamente formulados para proteger os indivíduos em face do poder estatal - eficácia vertical dos direitos fundamentais -, portanto, a subordinação da lei aos princípios constitucionais culmina em introduzir uma proporção substancial à dimensão de validade das normas e à natureza da democracia, com imposições e proibições ao Estado e aos chamados poderes das maiorias⁵⁸. O que está no estatuto constitucional deve ser observado acima dos interesses preponderantes, e serve de garantia ao direito de todos.⁵⁹

Por sua vez, Lênio Streck⁶⁰, a partir da releitura do conteúdo da Constituição dirigente de Canotilho, vê, na Lei Maior, o mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais sociais:

A Constituição impõe ser entendida como um existencial (plano ontológico-existencial), exigindo uma teoria que resguarde as especificações histórico-factuais de cada Estado nacional. Isso se daria pela identificação de um núcleo básico, específico de cada Constituição, que considere as conquistas civilizatórias dos vários Estados Democráticos e Sociais. Essa correspondência ao núcleo dos direitos sociais fundamentais, plasmados em cada texto, atende ao cumprimento das promessas de modernidade. Portanto, a noção mantida de Constituição dirigente é a de vinculação do legislador aos ditames da materialidade e do Direito, quanto ao dever de atendimento às políticas públicas. Preserva-se uma idéia de Constituição que contenha força normativa capaz de assegurar o núcleo da modernidade tardia não cumprida. Esse núcleo se consubstancia nos fins do Estado, estabelecidos no art. 3º, da Constituição Brasileira de 1988. A consecução destes fins não prescinde de trabalharmos com a noção de meios aptos para tal, o que pressupõe a compreensão do texto constitucional, sob o prisma da intersubjetividade. Assim agindo, promovesse a racional reunificação entre Estado e sociedade.

Assim é que, por meio da ponderação, são quantificados os argumentos acerca da restrição ou satisfação dos princípios envolvidos, aplicando-se a proporcionalidade de modo a tornar esse procedimento controlável quanto às convicções subjetivas do aplicador jurídico.⁶¹

⁵⁸ Nesse sentido, se mostra relevante o papel “Contramajoritário” do Supremo Tribunal Federal (V. Informativo 625, 626, ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ). Acesso em 20 ago. 2011.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Tradução de Perfecto Andrés Ibañez y Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 1999, p. 19.

⁶⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 112.

⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 211.

Essa função integrativa do sentido das normas pelo intérprete dá margem ao desempenho de uma atividade criativa, que se expressa em categorias como a interpretação construtiva, a interpretação evolutiva e a mutação constitucional.⁶²

Portanto, os princípios, notadamente os princípios constitucionais, passaram a funcionar como a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico, a permitir a leitura moral⁶³ do Direito.

5. POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ADOÇÃO NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

O Direito deve evoluir em consonância com a Humanidade, com o escopo de concretizar a Teoria Tridimensional do Direito⁶⁴ de Miguel Reale. No entanto, a moral hegemônica geralmente é dotada de um preconceito hiperbólico monocular. Nesse passo, a lei acaba por sucumbir aos costumes e à moral e, ao permanecer inerte, permite a continuidade de padrões arcaicos não condizentes com a realidade atual.

Dessa forma, motivos de ordem religiosa, subjetiva, não são idôneos a impedir a adoção por casais do mesmo sexo. O Estado laico⁶⁵ não pode basear seus atos em concepções morais e religiosas, ainda que cultivadas pela religião majoritária, sob pena de desrespeitar

⁶² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 130 e ss.

⁶³ V. Ronald Dworkin, *Freedom's law*, 1996, p. 2: “A leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados, cidadãos – interpretemos e apliquemos estas cláusulas abstratas (da Constituição) na compreensão de que elas invocam princípios de decência política e de justiça”.

⁶⁴ Norma = fato + valor.

⁶⁵ Artigo 5º, inciso VI e artigo 19, inciso I da Constituição da República de 1988.

todos aqueles que não a professam. Assim, basear o exercício do seu poder temporal no discurso religioso importaria em grave afronta à Constituição e aos direitos fundamentais.⁶⁶

Registre-se que sem uma legislação clara, diversos direitos civis são negados aos homossexuais como a proteção legal em posses comuns, direitos de família, direitos de representação, sucessórios, previdenciários, tributários, entre outros.⁶⁷

Desse modo, Ensina Reale que “as normas valem em razão da realidade de que participam, adquirindo novos sentidos ou significados, mesmo quando mantidas inalteradas as suas estruturas formais”.⁶⁸

Assim, em sendo a lei omissa, deve-se fazer uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, buscando atender ao fim social e às exigências do bem comum⁶⁹.

No que tange à analogia, preleciona Miguel Reale⁷⁰:

O processo analógico é, no fundo, um raciocínio baseado em razões relevantes de similitude. Quando encontramos uma forma de conduta não disciplinada especificamente por normas ou regras que lhe sejam próprias, consideramos razoável subordiná-la aos preceitos que regem relações semelhantes, mas cuja similitude coincida em pontos essenciais. (...) desempenhando função relevante no Direito, quando a lei é omissa e não se pode deixar de dar ao caso uma solução jurídica adequada.

⁶⁶ SARMENTO, Daniel. *Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: RTDC, n. 8, vol. 32, 2007, p.51.

⁶⁷ Em 2007, o Rio de Janeiro tornou-se o primeiro Estado brasileiro a conceder pensão aos parceiros homoafetivos. No ano seguinte, o STJ foi favorável à inclusão de um companheiro de mesmo sexo no plano de saúde do parceiro. E, posteriormente, manteve a adoção de uma criança por um casal homossexual. A Procuradoria Geral da Fazenda nacional no Parecer n. 1.503/2010, aprovado pelo ministro da Fazenda, Guido Mantega, tem como princípio a isonomia de tratamento a fim de possibilitar que os casais homossexuais possam declarar o companheiro como dependente do Imposto de Renda. Por oportuno, cabe trazer à baila um julgado do TJRJ: Apelação Cível n.º 2009.001.18566, Relator: JDS DES. Antônio Iloízio Barros Bastos: MANDADO DE SEGURANÇA. PAGAMENTO DE PENSÃO POR MORTE DE COMPANHEIRO HOMOAFETIVO. ORDEM CORRETAMENTE CONCEDIDA. A falta de previsão expressa, ao tempo do óbito do ex-servidor, não pode ser interpretada em desfavor de seu companheiro. Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, na medida em que as relações afetivas, sejam homo ou heterossexuais, são baseadas no mesmo suporte fático. Desnecessária prova de dependência econômica. Desprovidimento do recurso autárquico.

⁶⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 594.

⁶⁹ Art. 126 do CPC: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei n. 5.925, de 1º.10.1973).

Art. 4º da LICC: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁷⁰ Idem. *Lições preliminares de direito*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 85.

Com efeito, a adoção unilateral por um dos companheiros homoafetivos não encontra qualquer óbice, pois a orientação sexual do adotante não tem relevância na adoção, tampouco a adoção unilateral do filho de um dos companheiros homoafetivos pelo outro⁷¹. A controvérsia está na adoção conjunta pelo casal homoafetivo, na medida em que a lei⁷² impõe como pressuposto que os adotantes sejam casados ou mantenham união estável.

Contudo, hodiernamente, tal discussão não mais se sustenta, não só pelos preceitos basilares que regem a adoção – melhor interesse do adotando – mas também, pelo reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.⁷³

Assim, uma vez considerada, nos moldes do artigo 226, parágrafo terceiro da Lei Maior, a união entre pessoas do mesmo sexo como família, forçoso viabilizar a adoção conjunta, nos moldes de qualquer entidade familiar, independente de previsão expressa nesse sentido. Isto porque, essa relação afetiva, por gerar direitos e obrigações, não pode ficar à margem da proteção estatal ou sofrer injusta e inadequada prestação jurisdicional, sob pena de violar princípios e garantias de índole constitucional⁷⁴.

Por isso seria não só um contra-senso, mas também desproporcional⁷⁵ que o Direito ao ponderar, os interesses e os bens jurídicos, no caso concreto, reconheça a adoção à brasileira – em que pese o fato constituir um tipo ilícito – com base em princípios de natureza

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 889.852-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27.4.2010. Acesso em 20 ago. 2011.

⁷² Art. 42, § 2 do ECA. Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

⁷³ V. Informativo 625, 626, ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ do Supremo Tribunal Federal. Acesso em 20 ago. 2011.

⁷⁴ Princípio da Isonomia (artigo 5º, *caput* e inciso I), em sua acepção material, princípio da prestação jurisdicional efetiva e adequada (artigo 5º, inciso XXXV), princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), integridade psíquica, da liberdade, da felicidade e sexualidade (artigo 3º, inciso I e IV e artigo 5º, inciso X), princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança (artigo 227).

⁷⁵ Princípio da Proporcionalidade (art. 5ª, *caput* da CRFB/88), em sua dupla acepção: vedação ao excesso e vedação à proteção deficiente. É por meio da sua aplicação que será definido e respeitado o espaço do convívio individual de cada cidadão frente ao Estado, proporcionando a acomodação dos reclames sociais e a obtenção do parâmetro para a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, no processo das mudanças constitucionais informais, a concretizar as normas da Magna Carta. V. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 218 e s.

constitucional e do vínculo afetivo, e não tutele a adoção conjunta por pares homoafetivos, especialmente quando inexistente vedação legal, tampouco um tipo penal a respeito.⁷⁶

Nesse sentido, o Poder Judiciário, não pode abster-se de prestar a adequada e efetiva tutela jurisdicional postulada em juízo, sob o fundamento de inexistir lei específica, sob pena de limitar não só a garantia fundamental do acesso à justiça, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República de 1988⁷⁷, mas também o bem da vida que a parte busca resguardar.

Por oportuno, salienta Marilena Chauí⁷⁸:

Se nascemos numa sociedade que nos ensina certos valores morais – justiça, igualdade, veracidade, generosidade, coragem, amizade, direito à felicidade – e, no entanto, impede a concretização deles porque está organizada e estruturada de modo a impedi-los, o reconhecimento da contradição entre o ideal e a realidade é o primeiro momento da liberdade e da vida ética como recusa da violência. O segundo momento é a busca das brechas pelas quais possa passar o possível, isto é, uma outra sociedade que concretize no real aquilo que a nossa propõe no ideal.

Assim, é que o juiz tem um papel fundamental na consolidação do Estado Democrático de Direito, se os magistrados se furtam do exercício de sua principal função de zelar pelos direitos fundamentais, em especial a prestação da tutela postulada em juízo, estaremos fadados a repetir os terrores do Estado de Natureza.

Ademais, a simbólica representação da justiça pela figura da deusa Têmis, mediante a força da espada, o equilíbrio da balança e a isenção dos olhos vendados revela um conjunto chave de atributos que se esperam do Poder Judiciário. Tal tríade, ao mesmo tempo em que constitui a imagem de sua atuação cogente - ante a vedação do exercício da autotutela pelos

⁷⁶ Mister salientar que os bens jurídicos veiculados pelos princípios constitucionais anteriormente mencionados, os quais fortalecem a necessidade de reconhecimento das relações homoafetivas, foram tutelados pelo Direito Penal, que denota, sobremaneira, sua importância, visto que a política criminal é regida pelo princípio da *ultima ratio*, da intervenção mínima, em que apenas os bens jurídicos precípuos são tutelados, isso porque, é incontestável a natureza constitucional de todos eles, essenciais para a construção de um Estado Democrático de Direito.

⁷⁷ BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁷⁸ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 11. ed. São Paulo: Ática, 1999, p. 365.

indivíduos -, denota que as atividades judiciais devem desenvolver-se de maneira ética e imparcial, isto é, equidistante ao máximo dos interesses das partes.

Registre-se que, não se trata de assumir uma típica função legislativa, ou como denominam alguns, atuar como legislador positivo. Isto porque, diante da era do pós-positivismo, da atual concepção de justiça, não mais são toleradas pela sociedade a justiça tardia e a tutela ineficaz do Estado, o modelo autômato e silogístico da mera *bouche de la loi* de Montesquieu encontra-se superado.

Soma-se a isso que a separação dos poderes, não pressupõe a total ausência de interferência entre os Poderes. Na verdade, o sistema de freios e contrapesos de Montesquieu, determina essa interferência para que o exercício (artigo 102, I, “a” da CRFB) ou a falta dele (artigo 5º, LXXI e artigo 103, § 2º da CRFB) por um dos Poderes, não gere a violação de direitos, cabendo o balanceamento pelas outras esferas do Poder.

Nesse sentido, cabe trazer à baila a lição de Mauro Cappelletti⁷⁹:

[...] os tribunais judiciários mostraram-se geralmente relutantes em assumir essas novas e pesadas responsabilidades. Mas a dura realidade histórica moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas dos gigantismos estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o *terceiro gigante*, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.

Logo, o Judiciário, à luz da primazia do afeto e do melhor interesse do adotando, ao permitir a adoção por casais homoafetivos – dupla maternidade ou dupla paternidade – atua nos limites de seus poderes: presta a tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV da Constituição da República, art. 126 do Código de Processo Civil e art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil), em conformidade constitucional (art. 1º, III, art. 3º, I, IV, art. 5º e art. 227 da Lei

⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 46-47.

Maior), e apenas compensa a inércia do Poder Legislativo, tudo em obséquio aos princípios constitucionais.

CONCLUSÃO

A sociedade brasileira perde, bem como as partes envolvidas – pretensos: adotando e adotantes – quando inviabiliza a adoção, porque obsta a possibilidade do adotando em constituir uma família em receber afeto e, portanto, de ter acesso a um regular desenvolvimento da sua personalidade. É essa visão macroscópica da funcionalidade que faz evoluir um país, exatamente como colocado no início do presente trabalho, visto que traz consequências que vão estigmatizar uma nação.

Desse modo, impõe-se que a sociedade brasileira – sobretudo, os três Órgãos de Poder: Legislativo, Executivo e Judiciário – adote tal postura com o fim de transformar intempéries (número excessivo de crianças abandonadas) em oportunidades que transbordam a esfera individual, privada, das partes envolvidas (visão endo, micro) e deságuam no coletivo (visão macro) com o desenvolvimento do país e a constituição efetiva do Estado Democrático de Direito.

Possibilitar a adoção conjunta por companheiros do mesmo sexo não vai comprometer a estabilidade social, tampouco terá o condão de aumentar o número de relações homoafetivas, pelo contrário, dará efetividade aos direitos e garantias de índole constitucional.

Em suma, incompreensíveis resistências sociais e institucionais baseadas em posturas preconceituosas e discriminatórias não podem prosperar diante da hodierna

realidade, especialmente no contexto atual – supremacia do afeto – nesse início de terceiro milênio. Essas posturas geram injustiças.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Silva. São Paulo: Landy, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 11. ed. São Paulo: Ática, 1999.

DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Da obra União Homossexual: o preconceito & a justiça. São Paulo: RT, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez y Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

_____. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. v.2. 9 ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1990.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. *Guarda, Tutela e Adoção*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v.5. 16 ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Direito de família e o novo código civil*. 3. ed., 2. tir., rev. atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1982.

SARMENTO, Daniel. *Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: RTDC, n. 8, vol. 32, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Novas Formas de Entidades Familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: ____ *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

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