



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Lucas Cardoso de Oliveira

IGUALDADE CONSTITUCIONAL E ADOÇÃO NO ÂMBITO HOMOAFETIVO

Brasília – DF

2017

Universidade de Brasília

Lucas Cardoso de Oliveira

IGUALDADE CONSTITUCIONAL E ADOÇÃO NO ÂMBITO HOMOAFETIVO

Monografia apresentada para
obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Universidade de Brasília.
Orientador: Professor Paulo Henrique
Blair de Oliveira.

Brasília – DF
2017

IGUALDADE CONSTITUCIONAL E ADOÇÃO NO ÂMBITO HOMOAFETIVO

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Brasília.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira (Orientador)
Universidade de Brasília

Prof. Dr. Guilherme Scotti Rodrigues
Universidade de Brasília

Profa. Dra. Suzana Borges Viegas de Lima
Universidade de Brasília

Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins
Universidade de Brasília

Brasília – DF

2017

Em tempos de turbulência, a paciência é a maior virtude.

A todos aqueles e aquelas que me conferiram um pouco de sua paciência. Sem vocês, nada disto seria possível.

A adoção, ato de amor que é, exige desprendimento – para aceitar como parte de sua vida, alguém com quem não tinha vínculo biológico -; paciência – para lidar com as inúmeras situações de tensão que brotam de uma relação familiar – e; sobretudo, carinho – para fazer com que os adotandos, muitas vezes vítimas de uma estrutura social perversa, recuperem o sonho de viver.

Essas, ou outras qualidades quaisquer que venham a ser enumeradas, independem de gênero, credo, cor ou orientação sexual, mas não prescindem de elevadas doses de humanidade, sobejamente demonstrada por aqueles que lutam contra empecos discriminatórios de várias estirpes para lograr êxito em pedidos de adoção.

(Ministra Nancy Andriahi. Julgamento do

Recurso Especial de n. 1.281.093/SP)

RESUMO

A presente monografia versa sobre o direito de adoção por casais homoafetivos, mediante uma interpretação à luz da igualdade constitucional, princípio inerente ao fenômeno do Direito enquanto integridade. Buscou-se, através, deste a análise da importância do conceito da ação à sociedade brasileira e, a partir de conceito, uma análise da orientação jurisprudencial anterior em nosso país, de negativa do direito de adoção a casais homoafetivos. Através de análise de caso prático, intentou-se a aplicação das teorias da democracia de Ronald Dworkin, de forma a desconstruir os argumentos que serviam de base à negativa do referido direito a casais homoafetivos, de forma a interpretar as normas à luz da constituição. Por fim, analisou-se novas decisões prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça – em momento anterior e posterior ao reconhecimento da união estável pelo Supremo Tribunal Federal -, que concederam o direito de adoção à casais homoafetivos, com estudo dos argumentos utilizados à luz das teorias anteriormente dispostas.

PALAVRAS-CHAVES: Adoção. Homoafetividade. Democracia. Dworkin. Ronald. Jurisprudência. Igualdade. Constitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 – A ADOÇÃO COMO INSTITUTO – DIREITO FUNDAMENTAL	13
CAPÍTULO 2 – A DECISÃO DENEGATÓRIA DE ADOÇÃO HOMOAFETIVA À LUZ DA IGUALDADE CONSTITUCIONAL SEGUNDO RONALD DWORKIN.....	19
CAPÍTULO 3 – ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL ATUAL ACERCA DA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS	30
3.1 RECURSO ESPECIAL N. 889.852/RS	34
3.1.1 VOTO DO MINISTRO RELATOR LUIS FELIPE SALOMÃO.....	35
3.1.2 VOTO DO MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP).....	39
3.1.3 VOTO E ESCLARECIMENTO DO MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA..	40
3.2 RECURSO ESPECIAL N. 1.281.093/SP.....	42
3.2.1 ARGUMENTOS ADUZIDOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO...	43
3.2.2 VOTO DA MINISTRA NANCY ANDRIGHI	45
3.2.3 VOTO-VISTA DO MINISTRO SIDNEI BENETI.....	52
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS.....	57

INTRODUÇÃO

É consabido que um dos temas de maior polêmica na conjuntura social atual é a homossexualidade e sua crescente manifestação em todos os âmbitos sociais.

Notoriamente, este tema sempre gerou – e ainda gera – opiniões em sentidos opostos, mesmo diante de comprovação científica de que sua prática existe desde as primeiras civilizações.

Durante as sociedades primitivas, a homossexualidade era naturalizada, assim como a heterossexualidade. Nos períodos posteriores, contudo, podemos perceber diferentes manifestações da prática homossexual, de acordo com a cultura da época, com presença recorrente de elementos homofóbicos.

O panorama observado nos últimos anos do século XX, bem como nestas duas primeiras décadas do século XXI, contudo, possuem contornos mais promissores à aceitação da homossexualidade culturalmente. Por óbvio ainda ocorrem diversas manifestações homofóbicas em nossa sociedade. É de se notar, entretanto, uma abertura cultural exponencial à homoafetividade.

Atualmente, milhares de grupos de apoio a LGBTs promovem campanhas de conscientização de igualdade em âmbito internacional, e diversos países possuem legislações específicas de proteção a indivíduos homoafetivos. Desta forma, notamos que a homossexualidade percorreu um trajeto de conquistas e retrocessos na história da humanidade, não se podendo falar em uma evolução linear.

Todavia, arrisca-se dizer que os últimos anos têm se mostrado promissores, em vista da abertura cultural exponencial à homoafetividade como fenômeno social natural e indissociável do ser humano, restando cada vez mais à clandestinidade e à privacidade, ao contrário, as manifestações homofóbicas outrora naturais.

O Brasil possui um histórico bastante semelhante ao exposto anteriormente no que se refere à aceitação da homossexualidade, tendo por base sua história mais recente em comparação aos países europeus. Partindo de uma ótica especificamente jurídica, contudo, vê-se que a evolução no reconhecimento de direitos homoafetivos

pela jurisprudência brasileira tem como marco basilar o julgamento da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, julgadas conjuntamente¹.

¹ ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu

Tais decisões foram fundamentais para viabilizar a garantia de direitos de casais homoafetivos, determinando que estes possuam status de entidade familiar. Desta forma, caso presentes os requisitos outrora aplicáveis tão somente à união estável heterossexual, torna-se possível o reconhecimento da união estável também a casais homoafetivos.

Estas decisões, emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, possuem efeitos *erga homnes* e eficácia vinculante, sujeitando e sendo determinantes para os poderes Executivo e Judiciário. Desta forma, criam uma orientação para casos futuros, em que novamente suscitada a questão da possibilidade da configuração de união estável para casais do mesmo sexo.

Contudo, tais efeitos nem sempre são levados a cabo pelos órgãos judiciários, sendo recorrentes os casos em que ainda negada a aplicação dos direitos homoafetivos reconhecidos pelo órgão responsável pela interpretação das normas constitucionais. Isto se deve especialmente à ainda presente “lacuna legislativa” no tocante a estes direitos, que decorrem da interpretação de dispositivos legais sob a

diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub *judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000180733&base=baseAcordaos>. Acessado em 21 de junho de 2017)

ótica de normas constitucionais, restando ainda pendente sua codificação expressa em legislação específica.

Ocorre que essa lacuna, bem como a ausência de uniformização na aplicação dos direitos aqui reconhecidos, não impediu que a evolução do reconhecimento de direitos de casais homoafetivos continuasse a pleno vapor. O próximo passo foi o reconhecimento da possibilidade de conversão da união estável homoafetiva em casamento, com sua expressão máxima no julgamento do REsp 1.183.378/RS² pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

² DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse designio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não

A decisão proferida neste julgamento permitiu, pela primeira vez, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, sendo um marco na evolução jurídica brasileira de reconhecimento de direitos de indivíduos homoafetivos.

Nota-se, assim, que também o Brasil se encontra inserido no contexto apontado anteriormente, contexto este de ampla evolução dos direitos de indivíduos homoafetivos, cultural e socialmente.

Observada a questão à luz da evolução histórica apontada anteriormente, notamos no Brasil uma crescente conquista dos direitos afetos às relações homoafetivas. O reconhecimento da união estável de casais homossexuais pode ser considerado o marco principal para esta evolução, uma vez que este reconhecimento deu novo fôlego às conquistas que já vinham sendo alcançadas.

Isto porque, uma vez reconhecido o vínculo da união estável pelo Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Estaduais passaram a adotar tal diretiva em suas decisões. Tal fato implicou não só no reconhecimento do vínculo de união estável a inúmeros casais homoafetivos, mas também no reconhecimento de novos direitos antes afetos somente a casais heterossexuais.

se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1183378&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acessado em 21 de junho de 2017).

Posteriormente, como já exposto, a conversão da união estável em casamento foi reconhecida por diversos Tribunais Estaduais, restando esta possibilidade consolidada mediante decisão do Superior Tribunal de Justiça. Para além, questões sucessórias, como o direito à herança do companheiro homossexual, também foram consolidadas a partir de tal marco.

Aqui, também, observamos o primeiro momento em que os tribunais brasileiros passam a reconhecer a possibilidade de adoção conjunta por casais homoafetivos.

Desta forma, o presente trabalho pretende, inicialmente, uma breve análise da importância da criança no núcleo familiar, importância esta basilar para o devido entendimento do instituto da adoção como direito de casais homoafetivos. Em sequência, explorar-se-á decisão judicial que denegou este direito, de forma a analisar os argumentos expedidos à luz da igualdade constitucional e dos direitos fundamentais. Por fim, será feita uma análise de decisões favoráveis à adoção por casais homoafetivos pelo Superior Tribunal de Justiça, mediante o estudo das teses mostradas em tais julgamentos.

CAPÍTULO 1 – A ADOÇÃO COMO INSTITUTO – DIREITO FUNDAMENTAL

Para se compreender a importância do instituto da adoção, é necessário, primeiramente, entender a importância do núcleo familiar para o ordenamento jurídico brasileiro. Caio Mário da Silva Pereira³ entendia ser a família a célula social por excelência.

A Constituição Federal de 1988, em vista desta importância, tem entre seus objetivos a proteção da família, à luz de princípios como a dignidade da pessoa humana, previsto em seu art. 1º, inciso III⁴; a isonomia, estabelecido no art. 5º, inciso I⁵; a solidariedade social, positivada no art. 3º, inciso I⁶; bem como diversos outros observados ao longo do texto constitucional.

A família, por sua vez, embora não implique necessariamente na presença de criança, possui nesta um elemento de extrema importância. De fato, podemos dizer que é indispensável à vida de uma criança a presença de um núcleo familiar estável e que lhe proporcione o atendimento de seus melhores interesses. Da mesma forma, também observamos na figura infantil um elemento essencial para muitos dos núcleos familiares existentes. Tal afirmação equivale a dizer que muitas famílias vêm na presença de uma criança algo não só desejável, mas também essencial.

A realidade social, contudo, nos presenteia com diversos exemplos de famílias que não podem - ou não querem - gerar prole, no sentido biológico. Observada a diversidade de núcleos familiares em nossa sociedade, podemos citar alguns exemplos: um casal estéril; um homem solteiro que deseja criar uma criança; um casal

3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. V - Direito de Família. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 19.

4 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acessado em 21 de junho de 2017).

5 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (*idem*).

6 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (*idem*).

de pessoas do mesmo sexo que deseja ter uma criança registrada como filha de ambos.

Tendo em vista a importância da criança para o núcleo familiar, bem como a já demonstrada impossibilidade, por vezes, da presença desta criança através da prole biológica, é que passamos a entender a importância do instituto da adoção.

Adoção é um termo de origem no latim, "*adoptio*", que significa ato ou efeito de adotar. Em resumo, a adoção é uma forma de filiação entre o adotante e o adotando, em que se substituem os laços consanguíneos pelos laços afetivos. Pode, ainda, ser descrita como uma forma fictícia de filiação, apesar de esta não se mostrar a melhor definição, uma vez que a base para esta interpretação seria enxergar no laço consanguíneo a real filiação entre dois indivíduos, enquanto o vínculo entre pais e filhos vai, por óbvio, muito além deste vínculo de sangue.

O instituto da adoção, tal como todos os outros presentes no ordenamento jurídico brasileiro, possui contornos diferentes a depender do período histórico em que o abordemos. Na antiguidade, a adoção era uma forma de perpetuação de uma herança familiar, cujo núcleo eram as práticas religiosas. Desta forma, a prática da adoção se mostrava uma saída àqueles que não poderiam ter filhos através do vínculo de sangue, de forma que suas práticas religiosas não desaparecessem no tempo, sendo a adoção, portanto, uma forma de realização dos interesses próprios do adotante.

Esta visão da adoção como um instituto voltado aos desejos daquele que adota se mostrou presente em todos os períodos da história da humanidade, passando a ter contornos diversos apenas na história contemporânea recente. Atualmente, a adoção visa atender o melhor interesse da criança e do adolescente, sendo este o foco principal e não os desejos do adotante.

No Brasil, a adoção passou a ter tratamento sistematizado com o advento do Código Civil de 1916, que passa a discipliná-la como instituto voltado a possibilitar ter um filho àqueles que não poderiam tê-los por meios naturais. Neste período, ainda se nota a já referida presença do interesse do adotante, e não do adotado. Tal contorno vai sendo modificado ao longo dos anos posteriores.

A postura anterior, que visava possibilitar a um casal adotar uma criança e tê-la como filha, dá lugar a uma nova finalidade com ênfase no melhor interesse do

menor⁷. Desta forma, é necessária a demonstração de vantagens para o adotado, sendo o objetivo principal da adoção o seu bem estar, bem como a presença de uma família que apresente condições emocionais e financeiras para o atendimento de suas necessidades básicas.

Os requisitos para a adoção no ordenamento jurídico brasileiro estão previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos dispositivos transcritos a seguir⁸:

Art. 42. 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.

§ 2º 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) Vigência

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

§ 4º 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) Vigência

§ 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 6º 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 nº 12.010, de 2009) Vigência

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

Art. 44. Enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance, não pode o tutor ou o curador adotar o pupilo ou o curatelado.

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

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder familiar. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

Conforme se observa do acima disposto, são estabelecidos vários requisitos à possibilidade de adoção em nosso ordenamento. Para os fins deste trabalho, é importante ter em mente dois dos requisitos acima dispostos.

7 VENOSA, Silvio Salvo. Direito Civil: Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2003. p. 316.

8 BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acessado em 21 de junho de 2017.

O primeiro é aquele previsto no art. 43, que prevê que a adoção será deferida tão apenas quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos. Conforme exposto anteriormente, a adoção costumava ter foco no interesse do adotante, sendo que, atualmente, esta é instituto que visa o atendimento ao melhor interesse do adotado. Esta posição está prevista expressamente no requisito do art. 43, sendo necessário, portanto, que o caso concreto apresente reais vantagens para o adotando, entendendo-se por isto a presença de um núcleo familiar que dê suporte emocional e financeiro à satisfação de suas necessidades.

O segundo requisito essencial para os fins deste trabalho é também o núcleo da problemática a ser exposta. Trata-se do requisito para a adoção conjunta, sendo indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

Este requisito é controverso e gera diversas opiniões que não convêm ao presente momento. À luz do tema aqui abordado, é necessário ressaltar somente que tal previsão constituiu o óbice principal, durante vários anos, à adoção por casais homoafetivos.

A união estável é retratada no art. 1.723 do Código Civil, que estabelece que “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”⁹. Desta forma, como já exposto anteriormente, restou negada por muito tempo o caráter de união estável a casais homoafetivos, em vista da previsão expressa do Código Civil da presença do homem e da mulher.

Uma vez impossibilitado o reconhecimento de união estável a casais homoafetivos, estes não poderiam atender ao requisito do art. 42, § 2º, e, por consequência, não poderiam adotar.

Esta foi a visão predominante na jurisprudência brasileira até o reconhecimento da união estável de casais homoafetivos pelo Supremo Tribunal Federal. Para negar a adoção a um casal homoafetivo, este posicionamento foi adotado em julgamento do Agravo de Instrumento de n. 0006328-28.2010.8.07.0000 pela 3ª Turma Cível do

⁹ BRASIL. Código Civil: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acessado em 21 de junho de 2017.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, sob relatoria do Desembargador João Batista Teixeira. Transcreve-se a ementa deste julgado¹⁰:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE GUARDA. CONVERSÃO PARA ADOÇÃO. ARTS. 42, § 2º DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. NÃO ATENDIMENTO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO

1.Nos termos da norma inserta no § 2º, do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, para a adoção conjunta é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

2.É inviável o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, pois esta só poderia ser constituída por pessoas de sexo diferente, a teor do disposto nos 226, § 3º, da Constituição Federal e o artigo 1.723 do Código Civil.

3.Recurso conhecido e desprovido. Decisão mantida.

(Acórdão n.462893, 20100020063282AGI, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 27/10/2010, Publicado no DJE: 23/11/2010. Pág.: 178)

O processo em comento tramitou sob segredo de justiça no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Contudo, sua ementa fornece diversos elementos passíveis de análise sob a conjectura anteriormente apresentada.

O primeiro ponto abordado é a indispensabilidade da existência de união estável para possibilitar a adoção conjunta. Uma vez que tal elemento não estava presente no caso julgado, restou necessário o indeferimento do pedido de adoção.

Contudo, a Turma analisa a presença de tal vínculo através de interpretação literal da lei, ou, mais especificamente, do disposto no art. 1.723 do Código Civil. Uma vez que tal artigo prevê a união estável entre “o homem e a mulher”, não seria possível o reconhecimento de tal vínculo a casais homoafetivos.

A Turma ainda indica o disposto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, que estabelece que “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”¹¹.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.462893, 20100020063282AGI, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 27/10/2010, Publicado no DJE: 23/11/2010. Pág.: 178. Disponível em <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&numeroDoDocumento=462893&comando=abrirDadosDoAcordao&quantidadeDeRegistros=20&numeroDaUltimaPagina=1&internet=1>. Acessado em 21 de junho de 2017.

¹¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 *op. cit.*

Desta forma, a base para o indeferimento do pedido de adoção é a impossibilidade de adoção conjunta sem a existência de união estável, e a inexistência desta união no caso em comento decorre do fato de que a lei previa tal vínculo unicamente à união entre o homem e a mulher.

Decorrem desta postura diversos questionamentos, sobretudo no âmbito jurídico e social. Isto porque a evolução da sociedade mostra que a família é um conceito em transformação constante, não mais se limitando à presença de um homem e uma mulher. À época do julgamento acima exposto, a sociedade já possuía diversos exemplos de núcleos familiares homoafetivos.

Sendo estes exemplos presentes na sociedade, não se pode ignorar a crescente demanda de direitos que também apresentam. Desta forma, não se poderia negar o pedido de adoção realizado tendo em vista unicamente a ausência de previsão legislativa do vínculo afetivo a pessoas do mesmo sexo.

A existência de casais homoafetivos na sociedade brasileira é um fato, uma realidade social. Por sua vez, o Direito, enquanto diretriz normativa, não é um fenômeno alheio à realidade social. Pelo contrário, é um fenômeno que deve mostrar constante adaptação, de forma acompanhar as transformações contínuas da sociedade.

Sendo assim, se a realidade social demonstrava a necessidade de dar a casais homoafetivos a possibilidade de adotarem uma criança, era necessária uma reinterpretação dos dispositivos apontados no julgado, de forma a adaptar o direito à realidade social. Tal reinterpretação, por sua vez, deve ter como base principal a igualdade constitucional.

CAPÍTULO 2 – A DECISÃO DENEGATÓRIA DE ADOÇÃO HOMOAFETIVA À LUZ DA IGUALDADE CONSTITUCIONAL SEGUNDO RONALD DWORKIN

Conforme exposto anteriormente, a jurisprudência brasileira permitiu, durante longo período, a negativa de direitos fundamentais a casais homoafetivos mediante uma aplicação direta da lei seca, especificamente em relação ao art. 1.723¹² do Código Civil e art. 226, § 3º, da Constituição Federal¹³.

A previsão expressa do instituto da união estável aplicável à união entre “um homem e uma mulher” constitui elemento basilar para a interpretação recorrente dos Tribunais. Desta forma, negado o reconhecimento da união estável a casais homoafetivos, decorria a negativa de outros direitos, dentre eles a adoção conjunta.

De se notar, contudo, que tal aplicação da norma jurídica não se atenta a um fator primordial em uma sociedade democrática: a valoração de cada indivíduo em igualdade aos demais, tendo em vista suas características essenciais. A proteção constitucional à igualdade tem proteção basilar nos arts. 3º, inciso IV¹⁴, e 5º da Constituição Federal¹⁵, sendo vedada a discriminação.

Desta forma, conclui-se o questionamento a ser feito: a decisão emanada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – aqui representativa de diversas outras decisões proferidas no mesmo sentido – se mostra em harmonia à igualdade dos indivíduos na sociedade brasileira?

Conforme já exposto, a homossexualidade é um fenômeno social que sempre esteve presente em nossa sociedade. A aceitação deste fenômeno teve contornos

12 Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 *op. cit.*)

13 Art. 226. [...] § 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. (BRASIL. Código Civil, *op. cit.*).

14 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 *op. cit.*)

15 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: [...] (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 *op. cit.*)

diversos ao longo da história, e, em continuidade, na segunda metade do século XX aos primeiros anos do século XXI, nota-se uma rejeição a este fenômeno, decorrente de diversas manifestações culturais e especialmente religiosas cultivadas ao longo do tempo.

Negar, contudo, a existência de homossexuais no período acima indicado é atitude impossível. Mesmo diante das tentativas de relegar tal fenômeno à clandestinidade, a homossexualidade se mostrou cada vez mais presente em nossa sociedade, em seus mais diversos setores. No direito, esta crescente manifestação foi notória pela busca, por homossexuais, da proteção de seus direitos no âmbito jurídico.

Desta forma, a própria situação aqui discutida se mostra um exemplo claro da presença de homossexuais na sociedade brasileira. A partir do momento em que um casal homoafetivo busca a tutela do poder judiciário para ver seus direitos protegidos, é necessário concluir que a homossexualidade é fenômeno presente na sociedade brasileira e, como tal, não pode ser ignorado.

A decisão proferida no âmbito do poder judiciário, portanto, incorre em clara violação à igualdade dos indivíduos na sociedade brasileira, uma vez que, sendo clara a existência de homossexuais, como se poderia admitir tratamento diferenciado a homossexuais e heterossexuais? Permitir esta diferenciação, especialmente no âmbito do direito, seria clara afronta à igualdade constitucional e à democracia como um todo.

Neste sentido, aponta Dworkin¹⁶ que:

[...] não podemos admitir que o governo seja obrigado a ter consideração por todos os cidadãos e possa, às vezes, demonstrar mais consideração por alguns do que por outros. Isso não seria pluralismo, porém, incoerência. É imoral que ele, o governo, tenha mais consideração pela vida de alguns do que pela de outros. Não podemos então, de plena consciência, exigir nenhum direito à liberdade que entre em conflito com as exigências da igualdade na concepção que escolhemos.

A perspectiva de Dworkin é clara ao valorizar cada indivíduo em sua máxima manifestação principiológica, o indivíduo como expressão do princípio da dignidade humana. Este princípio confere ao indivíduo sua carga valorativa, bem como sua

¹⁶ DWORNIK, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 171.

responsabilidade perante a comunidade em que habita. Desta forma, o Estado, como manifestação ética da comunidade, deve promover um ambiente pluralista, o que, na visão de Dworkin, equivale a ter igual consideração pela vida de todos os indivíduos, independentemente de suas escolhas e características próprias.

Em vista deste ambiente pluralista, como expressão democrática, não se poderia admitir a discriminação de indivíduos – a maior consideração pela vida de alguns que de outros – por parte do próprio Estado. Desta forma, a sexualidade como característica própria do indivíduo não pode caracterizar motivo apto a justificar o tratamento diferenciado conferido pelo Estado a alguns indivíduos, em especial quando este tratamento implica em negativa de direitos.

O principal obstáculo a essa proteção igualitária dos indivíduos, no entanto, se mostra na separação dos poderes no Estado Brasileiro. A atuação do judiciário, desta forma, não poderia ir em confronto à atuação do Legislativo, responsável pela criação das leis que regem a sociedade brasileira. A proteção dos direitos de homossexuais, portanto, encontraria óbice direto na ausência de previsão legislativa específica a tais indivíduos.

Imaginar, contudo, que a atuação do legislativo seria suficiente ao atendimento dos direitos das minorias é uma visão fantasiosa. O cenário político-social brasileiro ainda reflete, por vezes, a visão minimalista em que se pensa a expressão da democracia tão somente nos momentos de escolha de nossos representantes. A visão da democracia indireta se torna sua expressão máxima, limitando a participação dos indivíduos. Contudo, é impossível imaginar uma democracia que atenda aos interesses de toda a população, incluindo suas classes minoritárias, com essas limitações.

A expressão máxima da participação dos indivíduos em nossa sociedade se manifesta no voto. Este determina os representantes do povo, que estarão alocados nos poderes Executivo e Legislativo. Desta forma, imaginar-se-ia, que, tendo o povo escolhido aqueles que confeccionarão as leis, estas atenderiam os interesses de toda a comunidade, o que é uma falácia.

Primeiramente, deve-se lembrar que os representantes escolhidos pelo povo são uma manifestação da vontade da maioria da população, e, desta forma, refletem os anseios desta camada. Ademais, os representantes escolhidos por muitas vezes não possuem como objetivo atender aos anseios de todas as classes sociais, mas sim

seus próprios anseios, tendo lastro naquela parcela majoritária que lhes levou ao poder.

É notável, portanto, que a representação da população no poder legislativo é dominada pelas camadas de maior influência social. Tais camadas não possuem interesse no atendimento aos anseios das minorias políticas, tendo enfoque principal na continuidade ao atendimento de suas necessidades. É a partir desta premissa que se mostra necessária a atuação do Judiciário com o intuito de permitir a inclusão das camadas minoritárias, impossibilitada por esta maioria representativa parlamentar¹⁷.

Nota-se, assim, que relegar somente ao Legislativo o atendimento aos anseios de casais homoafetivos na sociedade brasileira implicaria na continuidade da negativa de direitos a estes indivíduos. Atualmente, ainda não há uma legislação expressa que garanta a homossexuais os mesmos direitos garantidos a heterossexuais.

Desta forma, a intervenção do poder Judiciário na interpretação das normas previstas no ordenamento jurídico é um instrumento apto a garantir que estas normas não atendam somente aos anseios de uma maioria – como, neste caso, aos anseios de heterossexuais. Dworkin aponta que¹⁸:

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica na comunidade.

A concepção de Dworkin de direito como integridade permite enxergar, na prática jurisdicional, uma forma de evitar a exclusão dos direitos de minorias muitas vezes presente na prática legislativa. Ainda sobre este tema¹⁹:

Verifica-se que, no intuito de conseguir a melhor definição de democracia, é necessário se desvincular da busca incessante pela realização dos interesses da maioria, tendo em vista que a democracia substancial é aquela que atende, individualmente, às necessidades específicas de todas as classes. Assim, não é necessária a aprovação popular sobre determinada norma, para que esta seja considerada democrática e, portanto, legítima.

¹⁷ SOUSA E SILVA, Tassyla Queiroga. *A influência da doutrina de Ronald Dworkin na afirmação da jurisdição constitucional*. RIDB. Ano 2 (2013). N. 11. Disponível em http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/11/2013_11_13037_13067.pdf. Acessado em 21 de junho de 17. p. 13043 – 13044.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Camargo. Versão Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 272.

¹⁹ SOUSA E SILVA, Tassyla Queiroga. *op. cit.* p. 13045 - 13046.

Ressalta-se que tal modelo não implica em violação à separação constitucional dos poderes, problemática apontada anteriormente. Isto porque o objetivo primordial – a garantia da igualdade constitucional – está em plena conformidade à atuação conjunta dos poderes, mediante o sistema de pesos e contrapesos.

O entendimento de Dworkin acerca da atuação do poder Judiciário visando a proteção de direitos fundamentais resta bem explanada por Tassyla Queiroga²⁰:

Dworkin entende que abandonar todas as questões de uma comunidade nas mãos do Legislativo denota um demasiado poder a um órgão tão passível de influências políticas. Ainda, exclui o Judiciário da responsabilidade de equilibrar os Poderes e assegurar a garantia dos interesses da coletividade, função essa que só se torna possível através da proteção dos direitos fundamentais pelos tribunais constitucionais.

A legitimidade da atuação do poder Judiciário na esfera interpretativa das normas jurídicas proporciona a possibilidade de que os juízes prolatem suas decisões a partir de uma perspectiva histórico-social, o que equivale a dizer que interpretará as normas em acordo às novas manifestações sociais, à conjuntura histórica em que se encontra.

Desta forma, o aplicador do direito não pode se desvincular dos novos fenômenos sociais de sua época, mas, ao contrário, deve procurar interpretar o direito segundo esta nova perspectiva. Estando a sociedade em constante transformação, não pode o direito se desvincular de tal fenômeno, devendo a ele se adaptar.

Sendo a homossexualidade uma realidade na sociedade brasileira, não pode o direito se abster de alcançar, em seu âmbito de proteção, tais indivíduos – mesmo que através da prática jurisdicional. Relegar a proteção de tais indivíduos à atuação do Legislativo, conforme exposto, equivale a permitir que a parcela majoritária da população decida se tais indivíduos merecem ou não proteção jurídica.

O conflito caracterizado a partir de tal visão é presente entre a ausência de previsão legislativa específica de proteção a homossexuais e a necessidade de uma atuação do Judiciário que garanta a estes indivíduos a proteção de seus direitos, em vista da igualdade constitucional. Dworkin caracteriza tais conflitos – a necessidade

²⁰ *ibidem*, p. 13050.

de proteção de um direito em vista da ausência de regra específica aplicável ao caso – como *hard cases*, ou casos controversos²¹.

A saída encontrada por Dworkin para a solução eficaz dos casos de especial controvérsia, casos que geram entendimentos sociais opostos, seria a aplicação do poder decisório dos juízes, a partir da interpretação de princípios constitucionais. Tal saída implicaria na redução do uso de noções individuais e moralistas, geralmente utilizadas sob enfoques religiosos e costumeiros.

Neste sentido²²:

Dworkin inovou ao criar um conceito principiológico de participação judicial com fundamento no princípio da igualdade de consideração e respeito para defender os interesses minoritários e os direitos fundamentais imprescindíveis à concretização do ideal democrático buscado pelo Estado Constitucional.

A importância da interpretação constitucional ao entendimento da aplicabilidade do direito atualmente é de suma importância. Não se pode negar a função basilar da norma constitucional à compreensão do Direito como um todo, visualizando-se a primeira como instrumento legitimador do segundo.

Assim, em vista da visão de Dworkin de uma democracia legitimada pela aplicabilidade do Direito, com fundamento legítimo na norma constitucional em sua expressão principiológica, é consequência direta que a aplicação de uma norma somente seja válida quando realizada mediante sua interpretação à luz da Constituição. Desta forma, não basta a presença do instituto normativo através de sua presença na lei seca, mas sim que este instituto possua um significado à luz da norma constitucional, momento em que “As pessoas agora tentam impor um *significado* à instituição – vê-la em sua melhor luz – e, em seguida, reestruturá-la a luz desse significado.”²³

A partir de tal proposta, Dworkin conclui que os chamados casos controversos devem ser enfrentados a partir da aplicação das regras, conquanto legitimadas pela norma constitucional, ou seja, mediante o entendimento destas normas à luz da orientação principiológica presente na Constituição.

²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 127.

²² SOUSA E SILVA, Tassyla Queiroga. *op. cit.* p. 13064 – 13065.

²³ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. *op. cit.* p. 58.

Neste sentido²⁴:

Uma associação de princípio não é, automaticamente, uma comunidade justa; sua concepção de interesse equitativo pode ser falha ou violar direitos de seus cidadãos de outras nações, do mesmo modo que em qualquer comunidade associativa verdadeira, como vimos há pouco. Mas o modelo dos princípios satisfaz as condições da verdadeira comunidade melhor do que qualquer outro modelo de comunidade possível para pessoas que divergem sobre a justiça e a equidade a serem adotadas.

Dworkin não propõe um enfrentamento de casos controvertidos completamente alheio ao texto diretivo, às regras estabelecidas nos códigos. Ao contrário, tais regras estabelecem um norte para a aplicação do Direito ao caso, sendo, contudo, mediadas e interpretadas à luz da base principiológica proveniente dos princípios assegurados pela Constituição, direitos estes soberanos na sociedade.

Ademais, necessário lembrar que questões controvertidas não possuem sua solução mais eficaz a partir de consulta à vontade da maioria, uma vez que esta vontade não é a expressão democrática máxima, como entendido por muitos. O Direito é instrumento que prevê os direitos da maioria em concomitância à proteção das minorias, que não podem ser esmagadas pela vontade majoritária.

A vontade da maioria é viciada por noções individuais de moralidade e justiça, na maioria das vezes não compatíveis à Justiça como virtude devida a todos, independentemente de sua posição minoritária ou não na sociedade. Desta forma, entender a vontade da maioria como expressão democrática é absurdo e inviável.

O enfraquecimento do poder de expressão de grupos minoritários frente a uma democracia pautada pela vontade da maioria implica invariavelmente na impossibilidade de concretização dos direitos fundamentais destas minorias. Comunidades que permitam esta forma de exclusão de minorias desrespeitam a essência da democracia, incorrendo na coexistência de democracia – num sentido restrito – e injustiça. Nas palavras de Dworkin²⁵:

The majoritarian conception purports to be purely procedural and therefore independent of other dimensions of political morality; it allows us to say, as indicated, that a decision is democratic even if it is very unjust. But the

²⁴ *ibidem*. p. 257.

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 134.

partnership competition does not make democracy independent of the rest of political morality.

Esta premissa é basilar na compreensão do trabalho de Dworkin, que enxerga uma colisão de princípios e regras nos casos enfrentados pelo Direito em nossa sociedade. Esta visão leva o Autor a ver a expressão máxima da democracia na afirmativa de que somos todos livres e iguais²⁶.

A partir da existência de um sistema de interpretação jurídica, através de uma norma constitucional dotada de orientação principiológica, e que legitima a adoção de decisões pautadas nesta orientação, Dworkin aponta dois princípios como o cerne de todo o ordenamento jurídico: a igualdade e a liberdade²⁷. Este núcleo principiológico seria responsável pela existência de todos os demais princípios, que, por sua vez, se tornam diretrizes à criação de normas.

Contudo, Dworkin ainda afirma que a determinação de atuação do Estado de forma a garantir tratamento igualitário a todos os indivíduos implica, necessariamente, numa valoração da aplicabilidade destes princípios - igualdade e liberdade - em momentos em que se observa um suposto conflito entre eles. Em suas próprias palavras²⁸:

Qualquer conflito genuíno entre a liberdade e a igualdade – qualquer conflito entre a liberdade e os requisitos da melhor concepção do princípio igualitário abstrato – é uma querela que a liberdade deve perder. Não podemos rejeitar completamente o princípio igualitário, porque é absurdo que o governo não demonstre mais consideração pela vida de seus cidadãos, e imoral que demonstre mais consideração pela vida de alguns do que pela de outros. Nem é possível, pelos motivos que acabamos de analisar, tratar a liberdade como um valor independente e adversário do princípio abstrato, e às vezes predominante sobre ele. Não podemos então, de plena consciência, exigir nenhum direito à liberdade que entre em conflito com as exigências da igualdade na concepção que escolhemos.

Ressalta-se que Dworkin não pretende, com sua argumentação, uma subordinação do princípio da liberdade ao princípio da igualdade. Ao contrário, a manifestação da liberdade limitada pelo princípio igualitário se torna sua real expressão, sem a qual a liberdade experimentada seria apenas uma de suas falsas

²⁶ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. *op. cit. loc. cit.*

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²⁸ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. *op. cit.* P. 172.

aparências. Portanto, a expressão da liberdade e da igualdade constituem um eixo único a ser explorado pelo Estado, em harmonia, garantindo que seus indivíduos possuam liberdade de escolha, conquanto em pé de igualdade, aqui entendida como a igualdade explorada por Nery Junior²⁹.

Aponta-se um exemplo deste conflito em vista do caso controverso aqui discutido: uma parcela majoritária da população, constituída por indivíduos heterossexuais, não deseja que o ordenamento jurídico brasileiro permita a união estável entre casais homoafetivos, em vista de suas perspectivas culturais e religiosas, bem como, conseqüentemente, de outros direitos como a adoção. Tal postura é permitida em vista do princípio da liberdade, mas implica em clara violação ao princípio da igualdade, uma vez que nega a homossexuais os mesmos direitos de que goza essa parcela majoritária da população.

Em uma situação como a acima exposta, nota-se que o princípio da liberdade não deve ser aplicado em oposição ao princípio da igualdade, mas em conformidade a este. Desta forma, em vista da igualdade entre homossexuais e heterossexuais, não se pode admitir o direito à união estável somente a heterossexuais. Tendo esta premissa em ênfase, nota-se uma real expressão da liberdade no momento em que todos os indivíduos, independentemente de sua orientação sexual, gozem dos mesmos direitos.

A partir de tais apontamentos, vê-se que a aplicação do direito mediante a interpretação principiológica permite ao julgador dar ênfase a valores fundamentais da sociedade, personificados, mas não limitados, aos princípios da igualdade, liberdade e dignidade humana. A aplicabilidade do Direito mediante tal postura permite enfrentar casos controversos em oposição direta à vontade da maioria, que constituiria clara expressão antidemocrática ao relegar a minoria à discriminação e ao preconceito.

Desta forma, resta caracterizada uma subordinação da vontade da maioria à supremacia de direitos considerados fundamentais, direitos estes que constituem valores jurídicos legitimados, mesmo quando em oposição a processos majoritários

²⁹ “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”. (NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 42.)

ou mesmo políticos. Neste ínterim, vê-se o princípio da igualdade como o núcleo em torno do qual todo o sistema jurídico deve se situar³⁰.

A aplicação desta teoria à realidade política brasileira é a legitimação da intervenção do Poder Judiciário visando a proteção de direitos fundamentais, mediante interpretação de dispositivos constitucionais e valores principiológicos previstos nestas normas, de forma a suprir lacunas deixadas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Desta forma, mesmo diante da ausência de previsão legislativa expressa de direitos a casais homoafetivos, bem como do desejo da parcela majoritária da população em negar tais direitos, o Judiciário não pode e não deve se abster de garantir a proteção destes a homossexuais, sob pena de incorrer em clara violação aos princípios fundamentais previstos na constituição, sobretudo à igualdade constitucional.

A ausência de previsão legislativa da possibilidade de configuração da união estável entre casais do mesmo sexo, portanto, não poderia ser óbice a garantia deste direito. Por consequência, não se poderia negar a adoção conjunta a casais homoafetivos, conforme observado, porquanto tal decisão se mostra claramente discriminatória, da mesma forma que a anterior.

Reprisa-se, desta forma, que, apesar de desejável, uma reforma legislativa que incorra na previsão expressa de direitos como os aqui discutidos a casais homoafetivos não é, de forma alguma, imprescindível para que estes gozem de tais direitos. Isto porque o arcabouço normativo, interpretado sob a ótica da constitucionalidade, já permite a prática de tais direitos devidamente, uma vez que sua negativa incorreria em flagrante inconstitucionalidade.

A resposta ao questionamento apontado inicialmente, portanto, não poderia ser diferente: a decisão emanada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios não se mostra em harmonia à igualdade dos indivíduos na sociedade brasileira. Ao contrário, tal decisão representou clara afronta aos princípios previstos em nossa constituição, princípios estes que formam o eixo basilar para interpretação principiológica das normas previstas em nosso ordenamento jurídico. Desta forma, a aplicação dos dispositivos legais realizada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios incorre em clara interpretação inconstitucional, uma vez que não se

^{30 30} DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. *op. cit.* p. 16.

mostra em consonância ao eixo principiológico previsto na Constituição, sobretudo em afronta ao princípio da igualdade. A conclusão adotada fere o direito enquanto integridade como um todo, em vista de tal afronta.

Não é surpresa, portanto, que o entendimento esposado nesta decisão não demorou a ser superado. A jurisprudência brasileira sempre se mostrou e se mostra em constante transformação, e em 2011, no julgamento conjunto da ADPF 132 e ADIN 4.277, foi reconhecida a possibilidade da união estável entre casais homoafetivos. Foi dada, nesta ocasião, interpretação diversa aos dispositivos legais já citados, mediante interpretação conforme às normas constitucionais, de forma a não excluir do arcabouço protetivo indivíduos homossexuais.

As decisões do Supremo Tribunal Federal foram verdadeiras precursoras a diversas outras em todo o âmbito nacional. Os Tribunais Estaduais passaram a aplicar a decisão do STF em vista de sua eficácia erga omnes e seu efeito vinculante, sendo reconhecida a união estável entre diversos casais homoafetivos em todo o território nacional. Não se nega a continuidade de decisões negativas da busca por tal direito, mas tais manifestações se tornaram mais escassas, e com inegável possibilidade de reversão.

Outrossim, a garantia de direitos a casais homoafetivos não restou restrita ao reconhecimento da união estável. O Superior Tribunal de Justiça, em consonância à decisão do Supremo Tribunal Federal, logo reconheceu a possibilidade de conversão da união estável entre casais do mesmo sexo em casamento. Ademais, a postura dos Tribunais Superiores deu ensejo também ao reconhecimento da possibilidade de casamento direito entre casais homoafetivos, mesmo que tal direito ainda se mostre controverso.

Seguindo esta nova orientação jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça logo pacificou a possibilidade da adoção conjunta por casais homoafetivos, sobre a qual já havia se manifestado em momento anterior. Passa-se, agora, a explorar duas das decisões prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça – uma anterior e uma posterior ao reconhecimento da possibilidade da união estável homoafetiva pelo STF - que se mostram marcantes no reconhecimento deste direito antes negado em nosso ordenamento.

CAPÍTULO 3 – ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL ATUAL ACERCA DA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

Conforme exposto anteriormente, o Estado Brasileiro negou, durante logo período, diversos direitos a casais homoafetivos, dentre eles o reconhecimento da união estável e a adoção conjunta.

Tais fatos decorreram de uma postura social estrutural, por muitos anos denegatória de reconhecimento e, mais do que isso, respeito, a casais homoafetivos, que viram sua própria existência ser marginalizada.

A atuação do Judiciário foi elemento marcante para a mudança de tal paradigma, uma vez que o Legislativo restou – e ainda resta – omissos no tocante ao tratamento destes direitos. Desta forma, foram as decisões jurisprudenciais, pautadas por orientação principiológica, que se tornaram o elemento chave para a garantia destes direitos antes negados.

Dentro deste contexto, os julgamentos das ADPF 132 e ADIn 4.277 pelo Supremo Tribunal Federal, momento em que reconhecida em definitivo a possibilidade de união estável entre casais homoafetivos, foram essenciais à pacificação do reconhecimento de outros direitos, como a adoção conjunta. Não se pode ignorar, contudo, que a jurisprudência brasileira já reconhecia a possibilidade de adoção conjunta por casais homoafetivos antes deste momento.

Em 27 de abril de 2010, no julgamento do Recurso Especial de n. 889.852/RS³¹, sob relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, o Superior Tribunal de Justiça

³¹DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.

2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.

reconheceu o pedido de adoção de duas crianças por mulher que vivia em união estável com sua companheira. Esta já havia adotado as duas crianças anteriormente, incidindo sobre o caso, portanto, o instituto da adoção conjunta.

Como premissa para o entendimento desta decisão, é necessário ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela ausência de impossibilidade jurídica do pedido de união estável formulado por casal homossexual no julgamento do Recurso

3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".

4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.

5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.

6. Os diversos e respeitadas estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores".

7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral.

8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.

9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.

10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.

11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.

12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.

13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.

14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.

15. Recurso especial improvido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 889.852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESp+889852&b=ACOR&p=true&l=10&i=7>. Acessado em 21 de junho de 2017).

Especial 820.475/RJ³², em 2 de setembro de 2008. Nesta ocasião, não se discutiu o mérito da questão, sendo realizado apenas o afastamento da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

Não se nega a importância do referido julgamento para a evolução jurisprudencial que culminou no reconhecimento da união estável entre casais homoafetivos pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, em vista da ausência de enfrentamento direto do mérito, não se vislumbra neste julgamento o reconhecimento definitivo da possibilidade de união estável homoafetiva no Brasil. Ademais, tal julgamento, ao contrário dos realizados pelo Supremo Tribunal Federal em sede de APF 132 e ADIN 4.277, não conferiu à decisão prolatada o efeito vinculante que tornou este reconhecimento obrigatório em todo o território nacional.

Após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, contudo, o Superior Tribunal de Justiça voltou a reconhecer a possibilidade da adoção por casais homoafetivos, em julgamento do Recurso Especial de n. 1.281.093/SP³³, sob relatoria

³² PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

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

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

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

5. Recurso especial conhecido e provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 820.475/RJ, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 06/10/2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESp+820475&b=ACOR&p=true&l=10&i=18>. Acessado em 21 de junho de 2017).

³³ CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA.

da Ministra Nancy Andrighi. Datado de 11 de dezembro de 2012, este julgamento apresenta viés um pouco diverso do anterior.

A primeira manifestação do Superior Tribunal de Justiça em reconhecimento da possibilidade de adoção conjunta por casais homoafetivos utiliza como base precedente do próprio STJ, em reconhecimento da ausência de impossibilidade jurídica ao pedido de união estável. A importância de tal precedente é inegável, mas não possui a mesma carga obrigacional apresentado pelo julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V.

II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexistia um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta - onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado.

III. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável.

IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios.

V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando".

VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas "(...)têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo". (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76).

VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos.

VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral.

Recurso especial NÃO PROVIDO.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1281093/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+1281093&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>. Acessado em 21 de junho de 2017.)

O julgamento conjunto da ADPF 132 e ADIn 4.277 reconheceu a união estável entre casais homoafetivos em decisão de eficácia erga omnes e efeito vinculante, o que equivale a dizer que este novo entendimento possui alcance nacional, bem como vincula todos os demais órgãos do Judiciário. Em vista de tais premissas, a segunda manifestação do STJ em reconhecimento da possibilidade de adoção conjunta se mostra mais incisiva e, de certa forma, conclusiva ao debate.

Desta forma, passa-se a analisar, detalhadamente, os dois julgamentos realizados pelo Superior Tribunal de Justiça, em vista das teorias já apresentadas.

3.1 RECURSO ESPECIAL N. 889.852/RS

Conforme exposto anteriormente, a primeira manifestação do Superior Tribunal de Justiça de reconhecimento da possibilidade de adoção conjunta por casais homoafetivos se deu no julgamento do Recurso Especial de n. 889.852/RS, sob relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, datado de 27 de abril de 2010.

Em síntese, o processo tratava de requerimento de adoção de dois menores realizado pela Requerente, que vivia em união estável homoafetiva com sua companheira. Esta já havia adotado os dois menores judicialmente desde o nascimento.

Em primeira instância, o Juízo declarou procedente o pedido, deferindo a adoção. O Ministério Público do Rio Grande do Sul interpôs Apelação, que foi improvida, o que deu ensejo a interposição do Recurso Especial em comento. O Recorrente alegou violação aos art. 1.622³⁴ e 1.723³⁵ do Código Civil, ao art. 1^o³⁶ da Lei 9.278/96 e ao art. 4^o³⁷ da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como dissídio

³⁴ Art. 1.622. ~~Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável.~~ (Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009). (BRASIL. Código Civil: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, *op. cit.*).

³⁵ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (*idem*).

³⁶ Art. 1^o É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família. (BRASIL. Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm. Acessado em 21 de junho de 2017).

³⁷ Art. 4^o Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (BRASIL, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº

jurisprudencial, requerendo o provimento do recurso para “definir a união homossexual apenas como sociedade de fato e, conseqüentemente, fazer incidir o art. 1.622 do Código Civil, vedando a adoção conjunta dos menores pleiteada”³⁸.

Admitido na origem, o Recurso teve seu regular prosseguimento para julgamento pelo STJ.

3.1.1 VOTO DO MINISTRO RELATOR LUIS FELIPE SALOMÃO

O voto do Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, é carreado com diversas teses em consonância ao entendimento já esposado. O ministro utiliza como premissa argumentativa “a sincronização necessária entre a interpretação legal com o tempo presente”³⁹.

A sociedade, como já exposto, encontra-se em constante transformação. Desta forma, não se pode ignorar tais transformações no âmbito jurídico, sob pena de se impor à realidade social que esta se adapte ao direito, quando o contrário é que se mostra desejável.

Desta forma, o Ministro Relator inicia seu voto demonstrando a conscientização do julgador em analisar o ordenamento jurídico em acordo com o momento histórico atual. Neste sentido⁴⁰:

Destarte, em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei, segundo penso, deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. Nesse passo, a cláusula constitucional que proíbe a discriminação (art. 3º, IV, da CF) deita raízes na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acessado em 21 de junho de 2017).

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 889.852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010. RELATÓRIO E VOTO p. 2. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9637970&num_registro=200602091374&data=20100810&tipo=91&formato=PDF. Acessado em 21 de junho de 2017.

³⁹ *ibidem*. p. 5.

⁴⁰ *idem*.

Nota-se, na argumentação acima, estrita consonância aos argumentos de Ronald Dworkin acerca da orientação principiológica a ser adotada pelo julgador, para que o Direito possa se adaptar à realidade histórico-social em que se encontra inserido.

Há uma manifestação de consciência acerca da constante transformação da sociedade. E, sendo este fenômeno inegável, é necessário que o direito se desprenda de preconceitos e discriminações anteriores, através de sua interpretação em acordo aos “postulados maiores do direito universal” – em clara alegoria ao eixo principiológico presente na norma constitucional máxima.

A postura adotada pelo Relator demonstra sua conscientização da necessidade de aplicação do direito enquanto integridade, mediante a interpretação das normas legais de forma a não incorrer em inconstitucionalidade. Desta forma, diante da suposta violação alegada pelo Recorrente, que tenta impor uma interpretação restritiva aos dispositivos legais da união estável e da possibilidade de adoção conjunta, o Julgador afirma haver equívoco em tal interpretação.

A correta interpretação dos dispositivos apontados pelo Recorrente deve ser realizada a partir do eixo principiológico presente na norma constitucional. Neste ínterim, o Relator aponta a cláusula constitucional que proíbe a discriminação, inegável manifestação também do princípio da igualdade. Diante de tal cláusula, a interpretação da união estável enquanto fenômeno aplicável unicamente a casais homoafetivos é flagrantemente inconstitucional.

Desta forma, a atuação do Relator mostra uma interpretação do Direito enquanto integridade, de forma a conferir constitucionalidade às normas suscitadas e garantir o respeito aos princípios constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro, permitindo, desta forma, suprir a lacuna legislativa presente. De se notar, ainda, que a atuação do Relator neste caso é anterior à manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da união estável, sendo, portanto, eminentemente voltada à aplicação da norma legal enquanto conforme à Constituição mesmo sem uma decisão vinculante anterior.

A argumentação do Relator é iniciada a partir desta importante premissa. É demonstrado o preenchimento do requisito legal de que a adoção confira reais vantagens aos adotandos. Posteriormente, o Relator reconhece que “a lacuna existe na lei e não no ordenamento jurídico. Admite-se a integração mediante o uso da

analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. ”⁴¹

Concluiu-se, no capítulo anterior, pela legitimidade da atuação do Judiciário quando interpreta normas jurídicas de forma a possibilitar ao julgador que prolate sua decisão a partir de uma perspectiva histórico-social, vinculado aos novos fenômenos sociais de sua época. Esta atuação permite que o direito abarque os anseios de camadas minoritárias da população.

Ao utilizar o princípio da analogia, o Relator interpreta as normas relativas ao reconhecimento da união estável em acordo aos novos fenômenos sociais de sua época, *in casu*, a existência de casais homoafetivos. Desta forma, evita relegar tais indivíduos a um viés discriminatório, abarcando-os em consonância aos princípios jurídicos. Ainda neste sentido:

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça, a despeito de não haver reconhecido expressamente a união estável homoafetiva, considerou-a análoga à união entre pessoas de sexos diferentes, fazendo incidir, a fim de dispensar tratamento igualitário, em termos patrimoniais, às relações heterossexuais e homossexuais, a norma inserta no artigo 4º da LICC, que dispõe:

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

É que, ainda que não se reconheça a existência de união estável entre casais homossexuais, o fato é que esse tipo de união deve receber o mesmo tratamento conferido às uniões estáveis, o que afasta a pretensa violação ao artigo 1.622 do Código Civil, que dispunha: “Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável” (tal dispositivo foi revogado pela recente Lei de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, que, ao alterar a redação do artigo 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentou a necessidade de comprovação da estabilidade da família, preconizando: “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”).

Aqui, o Ministro Relator faz referência à decisão anteriormente esposada pelo Superior Tribunal de Justiça, no já citado julgamento do Recurso Especial de n. 820.475/RJ. Nesta ocasião, considerou-se a união estável homoafetiva análoga às uniões estáveis heteroafetivas.

Nota-se, aqui, o viés diverso ao posteriormente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, a ser tratado em seguida. Isto porque se reconhece a necessidade de

⁴¹ *ibidem*, p. 13.

conferir tratamento igualitário a casais homoafetivos ainda antes da decisão que o fez em caráter *erga omnes* pelo Supremo Tribunal Federal.

É latente a expressão do princípio da igualdade, conforme defendido por Ronald Dworkin. O julgador não pode se ater a supostas restrições legislativas quando do seu julgamento, visando sempre interpretar as normas em acordo ao eixo principiológico presente na norma constitucional, cujo cerne, segundo Dworkin, é a igualdade dos indivíduos.

A partir de tais premissas, o Ministro Relator aponta sua conclusão: “De fato, em vista de as uniões homoafetivas merecerem tratamento idêntico ao conferido às uniões estáveis, a circunstância de se tratar de casal homossexual, por si só, não é motivo para impedir a adoção de menores.”⁴²

Por conseguinte, o voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão se mostra em harmonia à igualdade constitucional, à igualdade dos indivíduos na sociedade brasileira, através de uma prática jurídica interpretativa que possibilitou o reconhecimento da adoção conjunta a casal homoafetiva, mesmo em vista da ausência de previsão legislativa expressa e do ainda controverso reconhecimento da possibilidade de união estável entre casais homoafetivos.

Vale lembrar que tal julgamento pode ser configurado como um caso controverso, na definição de Ronald Dworkin, porquanto envolvia entendimentos sociais opostos, a partir do qual o poder decisório dos julgadores refletiu no atendimento a uma necessidade social de um grupo minoritário em oposição a uma camada majoritária da população.

Desta forma, o julgado enfrentou a aplicação de regras em consonância à orientação principiológica constitucional, demonstrando, ainda anteriormente à decisão vinculante proferida pelo STF, um atendimento de uma nova conjuntura social de importante relevo na sociedade brasileira. A análise deste entendimento, portanto, configura elemento marcante ao entendimento da crescente conquista do direito à adoção por casais homoafetivos.

⁴² *ibidem*, p. 20.

3.1.2 VOTO DO MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP)

Em voto concordante, o Ministro Honildo Amaral de Mello Castro realiza observação digna de atenção⁴³:

[...] porém acrescento que o Pacto de São José da Costa Rica, no seu art. 11, do qual o Brasil é signatário, determina o respeito à dignidade da pessoa humana. Na verdade, em respeito a esta dignidade não se justifica que as crianças fiquem em albergues ou patronatos, com tratamentos não condizentes na maioria das vezes ante a omissão do Estado, razão porque se impõe e é preferível que se admita a adoção [...]

O Ministro faz referência ao Pacto de São José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana sobre Direitos Humanos, datado de 22 de novembro de 1969. E, conforme explicitado por ele, tal pacto prevê, em seu art. 11, que “Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”⁴⁴

O Ministro garante outro enfoque ao entendimento do caso, também em consonância à orientação principiológica defendida por Dworkin, ao ponderar a aplicação da dignidade humana aos próprios adotandos.

A existência de diversas crianças e adolescentes em necessidade de adoção é uma realidade histórico-social no Brasil. A tentativa de adoção por casais homoafetivos, por sua vez, oferece uma forma de garantir a estas crianças e adolescentes maior probabilidade de serem adotados.

Desta forma, mesmo em vista da ausência de permissão legislativa expressa, uma interpretação do caso à luz do princípio da dignidade humana, enquanto aplicada às crianças e adolescentes em comento, permite concluir que a solução mais condizente é a permissão da adoção por casais homoafetivos. Esta conclusão mostra

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 889.852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010. VOTO - MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP). p. 1. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10901180&num_registro=200602091374&data=20100810&tipo=2&formato=PDF. Acessado em 21 de junho de 2017.

⁴⁴ BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 2012. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. D.O. de 09/11/1992, p. 15562.

perfeita consonância aos princípios previstos no ordenamento jurídico brasileiro, em especial à liberdade, igualdade e dignidade humana.

Conclui-se, assim, que a decisão proferida pelo Ministro Honildo Amaral é pautada por uma interpretação realizada à luz do eixo principiológico presente no ordenamento jurídico brasileiro, em vista de ter, como pressuposto, o princípio da dignidade humana enquanto aplicável aos próprios adotandos.

Esta aplicação também reflete a conclusão já apontada, voltada à prática da igualdade constitucional mediante uma interpretação das normas legais conforme à constituição. Desta forma, mesmo diante da ausência de uma reforma legislativa que confira a indivíduos de classes minoritárias a devida proteção de seus direitos – reforma esta que não se nega ser desejável -, ainda resta não só possível, mas também devida, a prática destes.

3.1.3 VOTO E ESCLARECIMENTO DO MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Por fim, a manifestação do Ministro João Otávio de Noronha também proporciona viés importante à análise do caso, ao questionar a atitude do Ministério Público do Rio Grande do Sul⁴⁵:

Mais interessante, e que merece destaque, é a posição do acórdão, quando diz que o Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul, ao recorrer, é incapaz de escrever uma linha sobre essas questões sociais, sobre o interesse dos menores, trazendo apenas leis e questões legais. A indignação fora acolhida do acórdão até pelo Ministério Público Federal, que fala ser nítido manter o interesse dos menores.

A restrição do Recorrente a leis e questões legais, enquanto expressões secas do ordenamento jurídico, é digna de atenção, uma vez que a lei seca não proporciona a melhor solução aos casos trazidos ao Judiciário.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 889.852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010. VOTO - MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. p. 2. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10408282&num_registro=200602091374&data=20100810&tipo=2&formato=PDF. Acessado em 21 de junho de 2017..

Conforme reiteradamente exposto, a análise dos casos trazidos ao Judiciário deve ser realizada em acordo ao momento histórico-social, bem como em atenção ao eixo principiológico que rege nosso ordenamento jurídico. Uma decisão que não se atente a estes fatores incorrerá, inevitavelmente, em uma solução despreendida do viés democrático perseguido pelo Estado Brasileiro.

Desta forma, a indignação demonstrada pelo Ministro faz referência exatamente à atuação de um órgão público, cujo objetivo é a proteção dos interesses dos indivíduos, mediante a simples interpretação – restritiva – de uma lei, interpretação esta já em desacordo aos novos fenômenos sociais.

Ainda quanto à interpretação das leis alegadas pelo Recorrente, o Ministro realiza outra ressalva⁴⁶:

No caso, é preciso chamar a atenção para o seguinte: a lei não proíbe, ela garante o direito tanto entre os homoafetivos, como entre os heteros. Apenas lhes assegura um direito, não há vedação. Não há nenhum dispositivo que proíba, até porque uma pessoa solteira pode adotar. Então, não estamos aqui violando nenhuma disposição legal, mas construindo em um espaço, em um vácuo a ser preenchido ante a ausência de norma, daí a força criadora da jurisprudência. É exatamente nesse espaço que estamos atuando. Não estamos violando nenhum dispositivo.

A ausência de proibição expressa na norma jurídica permite enxergar um vácuo que, conforme defendido pelo Ministro, pode ser preenchido mediante a atuação jurídica, que ele nomeia como “força criadora da jurisprudência”. Esta atuação, enquanto lastreada nos princípios do ordenamento jurídico brasileiro, por certo levarão a soluções corretas e condizentes com as necessidades da sociedade.

Nota-se aqui nova manifestação do argumento já esposado anteriormente. A prática judiciária, enquanto interpretação das leis conforme à Constituição, é um fenômeno que permite suprir as lacunas deixadas pelo Poder Legislativo, que insiste em negar a necessária reforma legislativa de nosso ordenamento.

Ademais, necessário ressaltar, ainda, que os membros do Poder Legislativo, responsáveis pela criação destas leis aqui interpretadas, não possuem como objetivo o atendimento a todas as classes sociais, conforme já demonstrado. Imaginar que a interpretação restritiva das leis seja a atitude correta, conforme argumento esposado pelo Ministério Público, é ignorar a nova realidade social brasileira.

⁴⁶ *ibidem*, p. 1.

Mostra-se, portanto, nova manifestação do pensamento esposado por Dworkin, que entende necessária a aplicação da lei enquanto interpretada à luz de princípios constitucionais.

3.2 RECURSO ESPECIAL N. 1.281.093/SP

O julgamento do Recurso Especial de n. 1.281.093/SP, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, datado de 11 de dezembro de 2012, apresentou um novo viés à permissão da adoção por casais homoafetivos.

O processo tratava de pedido de adoção unilateral de menor pela Requerente, que buscava a adoção da filha biológica de sua companheira, com quem mantinha união estável. A Requerente afirmou que a filha foi fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável quando do seu nascimento, mediante inseminação artificial heteróloga por doador desconhecido.

Em sentença, o Juízo de primeira instância concedeu o pedido de adoção unilateral, sentença mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em segunda instância, em contrariedade à pretensão do órgão ministerial.

O Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs Recurso Especial, alegando violação aos arts. 6º, 42 § 2º e 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como arts. 1.626, parágrafo único e 1.723 do Código Civil.

Admitido o Recurso Especial, este teve seu regular prosseguimento ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento.

Anteriormente à análise do acórdão, ressalta-se novamente que este foi prolatado sob vigência de nova orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal: o reconhecimento da possibilidade de união estável entre casais homoafetivos, em decisão dotada de eficácia erga omnes e efeito vinculante. A premissa em comento é importante no seguinte sentido: sendo a possibilidade de união estável pacificado, resta preenchido o requisito previsto no art. 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A possibilidade de adoção por casais homoafetivos, desta forma, se torna também pacificada em vista do estrito preenchimento dos requisitos previstos em lei, mesmo em vista de, em sua origem, tal pacificação ter base em uma orientação

principlológica da norma jurídica. Ressalta-se, ainda, que o Recurso interposto pelo Ministério Público Estado de São Paulo é anterior ao julgamento da ADPF 132 e ADIN 4.277 pelo STF – o que, contudo, não impediu o Recorrente de buscar veementemente a procedência de sua pretensão recursal, mesmo quando já ciente da nova orientação jurisprudencial emanada pelo Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, passa-se a análise do acórdão, em especial quanto aos argumentos esposados pelo Ministério Público de São Paulo – e transcritos no acórdão, porquanto o processo tramitou em segredo de justiça -, e aos votos dos Ministros.

3.2.1 ARGUMENTOS ADUZIDOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

A tese do MPSP baseou-se na premissa de que é “juridicamente impossível a adoção de criança ou adolescente por duas pessoas do mesmo sexo (fl. 289, e-STJ) ”⁴⁷, e que “o instituto da adoção guarda perfeita simetria com a filiação natural, pressupondo que o adotando, tanto quanto o filho biológico, seja fruto da união de um homem e uma mulher (fl. 55, e-STJ) ”⁴⁸.

Esta postura é representativa do entendimento já enfrentado quando da análise do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. A base para tal argumentação é a ausência de previsão legislativa específica acerca da união estável entre pessoas do mesmo sexo e, por conseguinte, a impossibilidade da adoção em decorrência da ausência do vínculo de união estável.

A adoção de uma interpretação restritiva dos dispositivos legais ignora a realidade histórico-social em que inserida o julgador, bem como o eixo principlológico a ser adotado quando da aplicação de seu poder decisório. Conforme reiteradamente exposto, não se pode esperar do Legislativo Brasileiro o atendimento a todas as camadas sociais, incluindo as minorias políticas, uma vez que o Congresso Nacional,

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1281093/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013. RELATÓRIO E VOTO. p. 1. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=19709190&num_registro=201102016852&data=20130204&tipo=51&formato=PDF. Acessado em 21 de junho de 2017.

⁴⁸ *ibidem*. p. 1 - 2.

como um todo, se apresenta como um órgão representativo das camadas elitistas da população.

Neste viés, é de suma importância a atuação do Poder Judiciário de forma a suprir as lacunas deixadas pela atuação do Legislativo, bem como garantir a interpretação das normas em consonância aos princípios constitucionais, dentre eles a liberdade, igualdade e dignidade humana. A reforma legislativa, apesar de desejada, não é requisito essencial à proteção de direitos de camadas minoritárias, uma vez que a prática do direito enquanto integridade permite suprir tal lacuna.

A argumentação do MPSP, em vista destas considerações, se restringe à lei seca e ignora o arcabouço constitucional com o qual aquela deve guardar harmonia, incorrendo em entendimento discriminatório e que relega uma minoria política – homossexuais – à marginalidade.

Em sua tese, o Recorrente ainda alega que⁴⁹:

(...) não se vislumbra a existência de ‘reais vantagens’ para a adotanda. Realmente, a adotanda, hoje uma criança, amanhã uma adolescente, passará por uma série de constrangimentos e discriminações, sempre que exhibir em seus documentos pessoais sua inusitada condição de filha de duas mulheres.

A lei diz que nenhuma criança será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação etc. (ECA, art. 5º), porém é notório que a presente adoção fornece elemento propício a gerar futura discriminação, de sorte que se afigura lícito concluir pela inexistência de reais vantagens à adotanda, estando ausente o requisito a que alude o artigo 43 do ECA. (fls. 293/294, e-STJ).

Nota-se, aqui, que o MPSP ultrapassa sua tese original, fixada na ausência do vínculo de união estável entre as adotantes, caminhando no sentido de negar as reais vantagens à adotanda. Argumenta, desta forma, que a criança sofrerá discriminações em vista de sua “inusitada condição de filha de duas mulheres”, o que leva à conclusão de inexistência de vantagens.

Para enfrentamento dos argumentos esposados, passa-se à análise do voto da Ministra Relatora, que expõe brilhantemente as teorias dispostas, em argumentação clara acerca da possibilidade da adoção por casais homoafetivos.

⁴⁹ *ibidem*. p. 8.

3.2.2 VOTO DA MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Inicialmente, a Ministra Nancy Andrichi realiza ressalva no sentido de que o presente caso não trata da adoção conjunta, uma vez que apenas a companheira da mãe biológica pretende a adoção, sendo, portanto, tal situação enquadrada no instituto da adoção unilateral. Contudo, aponta que o debate a ser realizado alcança tanto a adoção unilateral quanto a adoção conjunta.

Reconhecida, portanto, a importância do julgamento realizado ao entendimento da adoção conjunta por casais homoafetivos, passa-se a analisar argumento trazido pela Ministra Relatora em seu voto: “Sob esse prisma, a litania trazida pelo recorrente, que aborda possíveis limitações ao pleno exercício da cidadania, em decorrência de uma opção sexual, mostra-se amplamente superada pelo julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal”⁵⁰.

Conforme já ressaltado anteriormente, nota-se a extrema importância do julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, que culminou no reconhecimento da união estável de casais homoafetivos. Isto porque tal entendimento não se aplicou somente ao reconhecimento da união estável, mas gerou repercussão em diversos outros direitos daí decorrentes, atingindo, nas palavras da Ministra, o “pleno exercício da cidadania”.

Ao reconhecer a união estável homoafetiva, o Supremo Tribunal Federal equiparou os direitos de casais homoafetivos àqueles já em gozo por casais heteroafetivos. Trata-se de uma nova orientação jurisprudencial lastreada no princípio da igualdade em sua máxima carga valorativa, pois confere direitos há muito negados a indivíduos homossexuais.

Neste sentido, o tratamento discriminatório a homossexuais na sociedade brasileira sofre profundo golpe, diante de manifestação do órgão máximo do judiciário brasileiro em defesa da igualdade destes indivíduos. Mais que o direito a união estável, reconhece-se, neste momento, a necessidade de tratamento digno aos homossexuais – e outras minorias no âmbito da sexualidade – enquanto seres humanos.

⁵⁰ *ibidem*. p. 6.

O momento aqui visualizado é de superação de uma lacuna anteriormente presente tanto na legislação, quanto também – enquanto decisão vinculante – na prática jurisprudencial brasileira. O Supremo Tribunal Federal, a partir deste momento, apresenta uma interpretação das normas legais em conformidade à constituição, garantindo os direitos de indivíduos homossexuais e suprimindo uma lacuna presente por ausência de reforma legislativa.

Esta assertiva não implica no fim da discriminação e preconceito a sexodiversos no Brasil, por óbvio. Contudo, não se pode negar a importância de tal passo na luta pelo reconhecimento da igualdade em sua plenitude.

Desta forma, a Ministra Relatora reconhece a incompatibilidade do tratamento desigual de indivíduos por conta de sua sexualidade com o ordenamento jurídico brasileiro, interpretado à luz do eixo principiológico previsto na norma constitucional⁵¹:

O ordenamento jurídico pátrio, a começar pela Constituição Federal, não limita os direitos de cidadãos ao exercício pleno de sua cidadania por orientação sexual.

Vale dizer, se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza.

Estes, como aqueles, são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios.

Ressalta-se, aqui, a importância do tratamento dos indivíduos em igualdade de condições, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. O ordenamento jurídico brasileiro não comporta norma carregada de cunho discriminatório, sob pena de violação direta ao princípio constitucional da igualdade.

Pode-se observar, no voto da Ministra, entendimento em consonância ao esposado por Dworkin quando argumenta que “É imoral que ele, o governo, tenha mais consideração pela vida de alguns do que pela de outros”⁵². Isto porque permitir o tratamento desigual a indivíduos, por força de sua sexualidade, incorreria em prática incoerente à democracia.

A aplicação das normas brasileiras, neste sentido, deve obedecer um viés lastreado nos princípios previstos na norma constitucional, como defendido por

⁵¹ *ibidem*. p. 6 – 7.

⁵² DWORIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. *op cit*. P. 171.

Dworkin. O poder decisório do aplicador do direito deve se pautar em valores fundamentais da sociedade.

Resta clara a importância da interpretação do caso apresentado em vista do arcabouço principiológico previsto no fenômeno do Direito enquanto integridade, conforme defendido por Dworkin. Essa integridade, garantida por um eixo principiológico com expressão máxima na Constituição, permite que seja conferido um tratamento igualitário a todos os indivíduos, independentemente do conteúdo meramente restritivo de uma norma legal, que será analisada sob uma ótica de constitucionalidade.

A conclusão acerca da possibilidade da adoção por um casal homoafetivo, portanto, é inevitável⁵³:

Assim, não causa espécie, nem pode ser tomada como entrave técnico ao pedido de adoção, a circunstância da união estável ser fruto de uma relação homoafetiva, porquanto esta, como já consolidado na jurisprudência pátria, não se distingue, em termos legais, da união estável heteroafetivas.

Superado este viés, a Ministra passa a argumentar acerca da existência de reais vantagens ou não à adotanda. Conforme já exposto, o Ministério Público do Estado de São Paulo argumenta que as situações vexatórias futuramente enfrentadas pela criança, em vista de ter duas mães, incorreria na ausência de reais vantagens. Segundo o *Parquet*, o preconceito que a adotanda viria a sofrer justificaria a negativa ao pedido de adoção.

De se notar, contudo, que a situação a ser enfrentada futuramente pela adotanda é fruto não da ausência de vantagens da adoção homoafetiva, mas sim de uma postura discriminatória e preconceituosa incrustada na própria sociedade.

A necessidade de uma figura masculina e uma feminina para o bom desenvolvimento de uma criança, contudo, é um conceito sobrevivente na sociedade, mas que há muito deveria estar superado. A Ministra Relatora aponta, neste sentido, que⁵⁴:

[...] um mero perscrutar sobre os papéis atribuídos aos gêneros na criação de filhos, com a exceção daqueles decorrentes dos atributos físicos, mostra

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1281093/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA *op cit.* RELATÓRIO E VOTO. p. 7.

⁵⁴ *ibidem*. p. 8.

o forte componente cultural entremeado nessa fixação. Tanto assim, que há plena superação dessas atribuições de papéis, nas situações de monoparentalidade, ou mesmo dentro de uma relação tradicional de parentalidade, na qual os atores envolvidos exercem papéis distintos dos usuais.

A ministra utiliza como base de sua tese o posicionamento das psicólogas Mariana de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi Maia. Transcreve-se o trecho apontado no acórdão⁵⁵:

No entanto, segundo Zambrano, os conceitos da Psicanálise deveriam ser interpretados como funções e não como o sexo biológico das pessoas. Considera-se, socialmente, que aquela pessoa que impõe as regras à criança e se ocupa dos fatores objetivos estaria associada ao masculino, enquanto aquela que cuida da criança e dos cuidados da casa estaria mais ligada ao sexo feminino. Sabemos que é importante que a criança tenha acesso às duas funções (masculina e feminina), mas estas não precisam estar associadas ao sexo biológico das pessoas que a acercam.

Podemos perceber este fato verificando os resultados das pesquisas, que têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo.

(FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76.)

Ainda, utiliza também o posicionamento de Enésio de Deus Silva Júnior⁵⁶:

Na esteira social, cumpre lembrar que os filhos de pais separados não eram bem aceitos e que as chamadas produções independentes são, ainda hoje, vistas com preconceito, assim como os filhos de mães solteiras. Não inserir uma criança/adolescente abandonada(o) em uma família homoafetiva é injustificável sob o argumento de discriminação que pode sofrer na sociedade, porque, apesar de essa ainda se mostrar um tanto intolerante para com a homossexualidade, tudo dependerá da maneira como os pais educarão os seus filhos.

Além da importância do acompanhamento psicológico, caso seja necessário, é relevante a reflexão comparativa de que mesmo sem compreensão em casa – na maioria dos casos, por conta dos preconceitos – e em dificuldades no âmbito da discriminação externa, filhos homossexuais de 'famílias convencionais' nem por isso deixam de se inserir socialmente ou abrem mão da convivência familiar. É evidente que o peso da discriminação é bem maior nesta circunstância, mas o preparo emocional, em todas essas possibilidades de conformação sociofamiliar, é que conta para uma vida digna que se impõe com respeito na sociedade, mesmo atrasada por prejulgamentos.

⁵⁵ *ibidem*. p. 9.

⁵⁶ *ibidem*. p. 10.

SILVA JÚNIO, Enézio de Deus, in: A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 155/156.”

Observa-se que as análises apontadas pela Ministra Relatora caminham no sentido de reconhecer que esta ideia anterior, em que se via necessária a presença de uma figura masculina e uma feminina, parece ultrapassada e sem qualquer embasamento apto a justificá-la. Compara-se, ainda, a mesma discriminação aplicada a casos de monoparentalidade, onde também ausente uma das figuras consideradas essenciais à criança.

Aqui, nota-se também o reconhecimento, pela Ministra Relatora, da necessidade de interpretar o direito à luz do contexto histórico-social em que inserido. A adoção unilateral é hoje amplamente permitida, mesmo em vista da discriminação antigamente – e, de certa forma, ainda hoje – sofrida por filhos de pais solteiros. Da mesma forma, não se pode ignorar a existência de casais homoafetivos como fenômeno social presente em nossa sociedade atual.

Portanto, observava-se, antigamente, um obstáculo às reais vantagens de um adotando na adoção monoparental, hoje um obstáculo superado. É necessário reconhecer que o obstáculo enxergado no preconceito que crianças de casais homoafetivos irão sofrer deve também ser superado.

Para além do exposto pela Ministra Relatora, é possível ainda enxergar, no discurso do Recorrente, que este considera como obstáculo às reais vantagens da adoção a extensão do preconceito que homossexuais sofrem na sociedade aos filhos de casais homoafetivos.

Neste sentido, não se nega que esta extensão existe. A sociedade brasileira ainda se mostra intolerante à homossexualidade como um fenômeno natural do ser humano, dando ensejo a preconceito e discriminação que, sem dúvidas, afetarão as crianças adotadas por casais homoafetivos.

É curioso, no entanto, pensar que a solução para esta discriminação seja negar a adoção. Dentre inúmeras outras atitudes a serem tomadas – conscientização da sociedade; políticas públicas voltadas à luta contra a discriminação e ao preconceito; acompanhamento psicológico a crianças em situação vexatória -, seria a negativa de adoção a casais homoafetivos realmente a melhor solução?

A postura do Ministério Público do Estado de São Paulo incorre na tentativa de solucionar um problema de desigualdade mediante outro ato de desigualdade. Isto

porque o núcleo do preconceito que a criança adotada por casais homoafetivos virá a sofrer se encontra no preconceito lastreado na sociedade.

A argumentação utilizada pelo Ministério Público, portanto, mostra não só outro ato de desigualdade, mas também ignorância a um problema social de grandes proporções: a discriminação já presente a casais homoafetivos. Desta forma, sua tentativa de analisar o ordenamento jurídica de forma a negar a adoção pretendida mostra, também, atitude que perpetua a continuidade de tal fenômeno. Tal postura não pode ser admitida pelo Judiciário, que deve sempre buscar a máxima expressão dos princípios constitucionais na prática jurisprudencial.

Ainda nesta linha argumentativa, a Ministra aponta ainda países precursores na permissão à adoção por casais homoafetivos, indicando os argumentos que fundamentam esta possibilidade⁵⁷:

As ideias subjacentes ao franqueamento dessa possibilidade são monocórdicas, pois apontam primeiro: para a óbvia cidadania integral dos adotantes; segundo: para a ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; terceiro: para a evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar.

Os três apontamentos realizados pela Ministra Relatora poder ser analisados à luz do arcabouço principiológico prevista na norma constitucional brasileiro. A “óbvia cidadania integral dos adotantes” é manifestação expressa do princípio da igualdade, uma vez que homossexuais, assim como heterossexuais, são portadores da cidadania, que independe de características pessoais.

Por sua vez, a ausência de prejuízo e a necessidade de ampliar a base de pessoas que querem adotar se enquadram no princípio da dignidade humana. Em vista da existência de crianças e adolescentes a serem adotados em número maior que o de adotantes, permitir a casais homoafetivos a adoção equivale a garantir a estas crianças e adolescentes uma vida digna, sobretudo em vista da já comprovada ausência de prejuízos a elas.

Assim, negar a adoção a casais homoafetivos representa violação não só à igualdade constitucional, mas também à dignidade humana quando vista à luz dos

⁵⁷ *ibidem*. p. 11.

adotandos, que, a cada negativa, vêm frustrada a possibilidade de ter um lar. Neste sentido.⁵⁸

Não pode o sistema jurídico albergar, ainda hoje, essas incongruências ou forçar aqueles que buscam, voluntária e regularmente, dar amparo, carinho e cuidado a uma criança sem lar, a se sujeitarem a arranjos marginais, que muitas vezes se mostram frágeis e insuficientes para garantir a segurança psicológica social e jurídica de quem deveria ter primazia nessa situação: o adotando.

Os obstáculos interpostos à plena aceitação e legalização desse notório fato social são tartamudeios calcados em preconceitos que, como posto inicialmente, não tem mais guarida no sistema jurídico nacional [...].

Ainda:⁵⁹

O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva – ou aqueles que têm disforia de gênero – aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor – aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção – e, de outro, a extirpação jurídica dos últimos resquícios de preconceito jurídico – tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos.

Desta forma, a Ministra Relatora expõe sua conclusão pela inegável possibilidade de adoção por casais homoafetivos, em estrita consonância aos princípios da igualdade, liberdade e dignidade humana, eixos de suma importância no arcabouço principiológico do ordenamento jurídico brasileiro segundo a norma constitucional.

Mediante tal conclusão, a Ministra Relatora garante ao caso uma interpretação conforme à Constituição, de forma a garantir a homossexuais tratamento igualitário a heterossexuais, mesmo diante de uma lacuna legislativa ainda presente no ordenamento jurídico brasileiro. Mostra-se possível, mais uma vez, a atuação do Judiciário enquanto legitimador de direitos de camadas minoritárias, como forma de suprir a ainda ausente reforma legislativa.

⁵⁸ *ibidem*. p. 12.

⁵⁹ *ibidem*. p. 13.

3.2.3 VOTO-VISTA DO MINISTRO SIDNEI BENETI

Em manifestação mais restrita, o Ministro Sidnei Beneti aponta sua concordância ao voto de procedência da Ministra Relatora, utilizando em sua argumentação um viés estritamente jurídico – aqui entendido como, em tese, despreendido de sua manifestação político-social⁶⁰:

Nesse âmbito estritamente técnico-jurídico, é de se concluir no sentido da admissibilidade da adoção porque:

- a) Já reconhecida como união estável a união homoafetiva, superando o requisito da diversidade de sexos (CC/2002, art. 1.723) pelo julgamento constitucional a cargo do C. Supremo Tribunal Federal, que juridicamente qualificou como família, a união estável homoafetiva, interpretando o art. 226, § 3º, da Constituição Federal como "dispositivo que, ao utilizar da terminologia 'entidade familiar' não pretendeu diferenciá-la da 'família' (Ementa, item 5, do julgado na ADI 4.277/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO, j. 5.5.2011, parte a que se ajusta a observação de "Divergências laterais do Acórdão", resultantes de motivação dos Mins. RICARDO LEWANDOWSKI, GILMAR MENDES e CÉZAR PELUSO).
- b) É legalmente admitida, de modo expresse, até mesmo a adoção conjunta no caso em que os adotantes "mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família" (ECA, Lei 8.069, de 13.7.90, art. 42, § 2º).
- c) A lei expressamente admite o caso em que, na terminologia abrangente da união estável, "um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro" (ECA, Lei 8.069, de 13.7.90, art. 41, § 1º).

A argumentação do Ministro é clara: reconhecida a união estável de casais homoafetivos pelo Supremo Tribunal Federal, restam preenchidos os requisitos necessários à possibilidade de união conjunta, bem como de adoção unilateral de um companheiro em união homoafetiva.

Avaliando o preenchimento dos requisitos necessários à possibilidade da adoção, o Ministro confere ao caso um viés estritamente legalista, e voltado à aplicação da lei segundo a jurisprudência atual.

É imprescindível ressaltar, contudo, que o reconhecimento da união estável a casais homoafetivos, base do argumento do Ministro, só foi possível mediante uma aplicação principiológica da norma jurídica em harmonia à norma constitucional. Desta

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1281093/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013. VOTO-VISTA. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26344197&num_registro=201102016852&data=20130204&tipo=3&formato=PDF. Acessado em 21 de junho de 2017.

forma, em sua origem, não se pode escapar da importância da interpretação do ordenamento jurídico em consonância aos princípios como valores fundamentais para o reconhecimento dos direitos de casais homoafetivos, dentre eles a adoção.

Contudo, o que se observa do referido voto-vista é uma tentativa de restrição da conclusão adotada a uma posição estritamente normativa, afastada dos argumentos principiológicos adotados pela Relatora. Tal posicionamento, apesar de concordante à conclusão adotada, ignora viés importantíssimo ao devido julgamento do caso, que, conforme exposto, é a análise do problema levado ao Judiciário em vista do eixo principiológico presente em nosso ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

A reiterada demonstração dos argumentos aqui aduzidos possui, como objetivo primordial, a análise da atuação do Judiciário brasileiro em relação ao direito de adoção por casais homoafetivos, direito este garantido mediante a chamada igualdade constitucional.

A ausência de previsão legislativa específica a este direito constituiu – e, de certa forma, ainda constitui – obstáculo considerável à expressão de tal direito. Casais homoafetivos por diversas vezes tiveram negado o direito à adoção de crianças, uma vez que não lhes era reconhecida a união estável.

Contudo, a aplicação da norma em um viés estritamente restritivo não reflete os princípios buscados pela democracia. Considerando o eixo principiológico que rege todo o ordenamento jurídico brasileiro, através de princípios basilares estabelecidos em norma constitucional, a lei deve sempre se mostrar em consonância a tal eixo.

E, de fato, esta foi a postura adotada, em momento posterior, pelos órgãos do Judiciário. A interpretação das normas em consonância à norma constitucional possibilitou o reconhecimento da união estável a casais homoafetivos. Por consequência, restou pacificada a possibilidade da adoção por estes casais.

O que se infere destas disposições é que a ausência de uma previsão legislativa específica de determinado direito não incorre, necessariamente, na impossibilidade de sua prática. Em uma sociedade como a atual, em que os representantes eleitos demonstram, em grande maioria das vezes, maior interesse aos anseios de uma maioria como forma de angariar votos, é necessário que haja uma válvula de escape para proteção aos direitos das camadas minoritárias.

Esta válvula, por sua vez, se reflete no eixo principiológico previsto na norma máxima de nosso ordenamento jurídico, a norma constitucional. A partir da aplicação da lei em consonância a tal eixo, de forma a interpretar os casos levados ao judiciário em vista de uma interpretação segundo princípios, conforme defendido por Dworkin, é possível afastar as lacunas deixadas pela atuação do legislativo e garantir, também, a proteção de direitos das minorias sociais.

É importante ressaltar que não se nega, por óbvio, a importância de uma constante luta por uma atuação mais incisiva do Poder Legislativo, de forma a garantir uma previsão específica dos direitos de camadas minoritárias sociais. Diversos grupos de minorias sociais lutam, diariamente, pela defesa de seus direitos, exigindo a criação de novas leis que garantam estes de forma indubitável, e tal luta é de extrema importância ao devido tratamento de tais grupos pelo Estado brasileiro.

A ressalva aqui apontada é que a inércia do órgão legislativo não implica na impossibilidade da prática de tais direitos, uma vez que o Judiciário, mediante uma prática voltada ao eixo principiológico previsto na norma constitucional, pode suprir tais lacunas.

A importância de uma reforma legislativa que traga, a nosso ordenamento jurídico, expressão clara de direitos a casais homoafetivos é inegável e deve ser reiteradamente buscada. A inércia do Poder Legislativo, motivada sobretudo por motivos políticos e antiéticos deve ser constantemente combatida, mediante atuação incisiva das camadas minoritárias – e também daqueles com plena consciência da necessidade de proteção a tais minorias, mesmo enquanto não pertencentes a elas.

Contudo, a reforma legislativa – ou, mais especificamente, sua ausência – não deve constituir óbice à proteção de direitos de minorias. A sociedade como um todo se encontra em constante transformação, em velocidade que o Direito não é e nunca será capaz de acompanhar. Imaginar, portanto, que cada fenômeno social exija uma nova reforma legislativa para que novos direitos possam, finalmente, ter expressão, é uma noção que deve ser veementemente afastada.

A reforma legislativa, portanto, apesar de fenômeno que deve ser buscado, não constitui ponto inicial à aplicação de direitos. Ao contrário, o fenômeno social é o marco principal para a manifestação de novos direitos em nossa sociedade, porquanto é o Direito, enquanto integridade, que deve se adequar à realidade social, e não o contrário.

A proteção destes direitos, por sua vez, é realizada através de uma interpretação das normas legais em conformidade à Constituição. O eixo principiológico presente na norma constitucional é instrumento hábil a garantir ao Direito, enquanto integridade, uma constante adaptação às novas realidades sociais. Isto porque, garantido o atendimento a tais princípios, observar-se-á o atendimento aos principais valores de nossa sociedade: igualdade, liberdade, dignidade humana.

Trata-se, portanto, de uma análise constitucional do Direito, que garanta uma aplicação conforme às novas realidades sociais.

E, conforme exposto, tais assertivas têm aplicação direta ao estudo dos direitos de casais homoafetivos, porquanto mesmo diante de uma reforma legislativa – ainda pendente -, estes devem ter seus direitos protegidos. O Judiciário brasileiro, por sua vez, mostrou o devido atendimento a tal necessidade, interpretando as normas legais sob a ótica da constitucionalidade e garantindo a devida proteção a direitos de casais homoafetivos, dentre eles a adoção.

A prática de condutas homofóbicas na sociedade brasileira, conforme já apontado, é recorrente. Casais homoafetivos sofrem diariamente com o legado de preconceito e discriminação que permeia a sociedade, como um todo, há séculos. Permitir, no entanto, que o próprio Estado Brasileiro, enquanto democracia, também incorra em tais práticas é não só indesejável como também inaceitável. Ao contrário, espera-se uma atuação incisiva de oposição a tais condutas, para que, em um momento futuro, se alcance a tão desejada igualdade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acessado em 21 de junho de 2017.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acessado em 21 de junho de 2017

BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acessado em 21 de junho de 2017.

BRASIL. Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm. Acessado em 21 de junho de 2017.

BRASIL, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm. Acessado em 21 de junho de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1183378&b=ACOR&p=trua&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acessado em 21 de junho de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 889.852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010. Disponível em

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESp+889852&b=ACOR&p=true&l=10&i=7>. Acessado em 21 de junho de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 820.475/RJ, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 06/10/2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESp+820475&b=ACOR&p=true&l=10&i=18>. Acessado em 21 de junho de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1281093/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESp+1281093&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>. Acessado em 21 de junho de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000180733&base=baseAcordaos>. Acessado em 21 de junho de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.462893, 20100020063282AGI, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 27/10/2010, Publicado no DJE: 23/11/2010. Pág.: 178. Disponível em https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordao_eletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&numeroDoDocumento=462893&comando=abrirDadosDoAcordao&quantidadeDeRegistros=20&numeroDaUltimaPagina=1&internet=1. Acessado em 21 de junho de 2017.

DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. Is democracy possible here? Principles for a new political debate. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução Jefferson Camargo. Versão Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. V - Direito de Família. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

SOUSA E SILVA, Tassyla Queiroga. A influência da doutrina de Ronald Dworkin na afirmação da jurisdição constitucional. RIDB. Ano 2 (2013). N. 11. Disponível em http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/11/2013_11_13037_13067.pdf. Acessado em 21 de junho de 17.

VENOSA, Silvio Salvo. Direito Civil: Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2003.