

A adoção homoparental à luz do Direito brasileiro e italiano

Homoparental adoption under Brazilian and Italian Law

Farlei Martins Riccio de Oliveira¹

Centro Universitário IBMEC-Rio, Brasil
farlei.oliveira@uol.com.br

Camilla de Santana Sucupira Musacchio²

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil
camilla.musacchio@gmail.com

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar, sob uma perspectiva comparada, os critérios legais e jurisprudenciais estabelecidos no Brasil e na Itália para a concessão da adoção homoparental, estabelecendo, como consequência, os elementos de igualdade e desigualdade na aplicabilidade do referido instituto. O principal problema nesse tema decorre do fato de que a tutela efetiva das famílias homoafetivas, bem como a possibilidade de adoção homoparental, carecem de uma heterorregulação específica, via normas jurídicas, que lhes garantam segurança e estabilidade.

Palavras-chave: adoção homoparental, Brasil, Itália.

Abstract

This article aims to investigate, from a comparative perspective, the legal and jurisprudential criteria established by Brazil and Italy to adjudicate the homoparental adoption, recommending, consequently, elements of equality and inequality in the application of this institute. The main problem in this case is the absence of legal standards that ensure security and stability for the adoption.

Keywords: homoparental adoption, Brazil, Italy.

¹ Advogado da União. Pós-Doutor em Administração Pública (Univ. Ca' Foscari de Veneza – Itália). Doutor em Direito (PUC-Rio). Professor de Direito Administrativo do Centro Universitário IBMEC-Rio. Av. Pres. Wilson, 118, Centro, 20030-020, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

² Advogada. Especialista em Direito das Famílias e das Sucessões pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rua Marquês de São Vicente, 225, Gávea, 22451-045, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Introdução

As profundas transformações sociais e culturais pelas quais passou a sociedade nas últimas décadas, bem como o advento do neoconstitucionalismo, impuseram uma verdadeira mudança de paradigma nos valores éticos e morais das relações familiares. Dentre as várias transformações observadas nas estruturas parentais e conjugais, as denominadas famílias homoparentais passaram a ser vistas como uma das formas possíveis de convivência, a partir de um vínculo não meramente sexual, mas principalmente de afetividade, carinho, desejo de estar com o outro numa convivência harmônica, duradoura e marcada pelo amor.

Diante dessa nova realidade e como garantia de segurança jurídica e estabilidade, o ordenamento jurídico de vários países procuraram ampliar a tutela das famílias homoparentais com o propósito de garantir aos parceiros direitos e garantias inerentes à convivência.

De igual modo, a noção de filiação e o desejo de ter filhos no contexto das novas famílias homoafetivas impõe novos desafios ao legislador. Os casais homoafetivos buscam efetivar o direito à descendência que, diante da impossibilidade de ter filhos biológicos, recorrem ao instituto da adoção e da filiação socioafetiva.

A principal problemática nesse tema, contudo, decorre do fato de que a tutela efetiva das famílias homoafetivas, bem como a possibilidade de adoção homoparental, carecem de uma heterorregulação específica, via normas jurídicas, que lhes garantam segurança e estabilidade. De um modo geral, essa exigência normativa tem-se revelado de difícil implementação em alguns países, principalmente naqueles marcados por uma forte tradição religiosa e por princípios éticos, morais e comportamentais, contrários à regulação jurídica das referidas relações.

Tais problemas podem ser evidenciados empiricamente no direito de família brasileiro e italiano, dois países de idêntica tradição jurídica e com características sociais, culturais e políticas semelhantes.

No direito brasileiro coube à jurisprudência o reconhecimento das relações homoafetivas como entidades familiares e a possibilidade da adoção homoparental como garantia do melhor interesse do adotado.³

O Supremo Tribunal Federal, em 2011,⁴ reconheceu as uniões homoafetivas como uma das possibilidades de construção familiar, concedendo-as status de entidade familiar constitucionalmente protegida, assegurando, assim, aos parceiros homossexuais os mesmos direitos e deveres dos companheiros das uniões estáveis entre homem e mulher, regulada no art. 1.723 do Código Civil. Após o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n. 175/2013, regulamentou a realização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

No que tange à adoção homoparental alguns magistrados admitem-na nos casos em que a mesma apresentar reais vantagens ao adotado. Em 1997, em decisão pioneira do Estado do Rio de Janeiro, o Juiz Siro Darlan de Oliveira, ainda Titular da 1ª Vara da Infância e da Juventude, deferiu a adoção a uma homossexual feminina.⁵ Há, ainda, mais recentemente, duas decisões do Superior Tribunal de Justiça que refletem a orientação pela qual os tribunais têm-se pautado sobre o tema.⁶

No direito italiano, embora com relativo atraso, coube ao legislador o reconhecimento das relações homoafetivas. Em 11/05/2016, o Parlamento italiano aprovou a Lei n. 76/2016, que regula a união civil entre pessoas do mesmo sexo e o direito de convivência. A lei faz expressa remissão aos arts. 2º e 3º da Constituição que garante o princípio da dignidade humana nas formações sociais e o princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Dentre as inúmeras disposições legais, os atos da união civil disporão sobre o regime patrimonial, a residência, a duração da união, o uso comum do sobrenome, e serão registrados no cartório civil competente. A lei dispõe ainda sobre os direitos econômicos e sucessórios dos parceiros. Recentemente, após aprovação do texto pelo Conselho de Estado, o governo editou e publicou o Decreto regulamentador que permitirá a celebração das uniões civis (*La Repubblica*, 2016a).

Embora a redação final da Lei n. 76/2016 tenha excluído a possibilidade da adoção do filho do parceiro durante a união homoparental, a denominada *stepchild adoption*, foi inserido na norma disposição que permite

³ Para fins previdenciários e criminais existem regras que outorgam direitos a essas uniões. Vide, por exemplo, a Portaria n. 513, de 01/12/2010 do Ministro de Estado da Previdência Social e a Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha que traz em seu bojo a descrição das relações homoafetivas. Além disso, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o projeto do Estatuto das Famílias (PL 2.285/2007), que faz referência expressa às relações homoafetivas.

⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277-DF, Rel. Min. Ayres Britto e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132-RJ, Rel. Min. Ayres Britto.

⁵ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Comarca da Capital, 1ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso, Processo n. 1996.001.001547-2, julgado em 26/03/1997.

⁶ 4ª Turma, Recurso Especial n. 889.852-RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 27/04/2010; STJ 3ª Turma, Recurso Especial n. 1.281.093-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 18/12/2012.

ao juiz analisar, caso a caso, a possibilidade de adoção. Recentemente, a Corte de Apelo de Turim concedeu a adoção homoparental baseando-se, inclusive, nos precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos que formula uma definição de vida familiar fundamentalmente ancorada nos fatos e não propriamente em condições jurídicas (*La Repubblica*, 2016b).

A partir dos aspectos gerais acima expostos, o presente artigo pretende estabelecer uma análise comparativa dos critérios legais e jurisprudenciais estabelecidos no Brasil e na Itália para a concessão da adoção homoparental, estabelecendo, como consequência, os elementos de igualdade e desigualdade na aplicabilidade do referido instituto.

O direito das famílias na sociedade contemporânea

O direito de família tem passado nos últimos anos por significativas transformações nos seus institutos e categorias jurídicas, especialmente a ampliação do conceito de família e a valorização jurídica do afeto, proveniente de distintos arranjos familiares, rompendo o padrão tradicional.

Essas transformações foram impulsionadas, de um lado, pela evolução das estruturas sociais e pela ampliação das demandas provenientes das relações humanas no atual Estado Democrático de Direito, e de outro lado, pelo desenvolvimento de uma nova dogmática jurídica, denominado na doutrina brasileira e italiana de “neoconstitucionalismo”.⁷

A seguir serão analisadas as principais características do neoconstitucionalismo, especialmente no campo da teoria do direito, no qual se buscou a legitimação da ordem jurídica a partir de um novo referencial ético, teórico e dogmático.⁸

O advento do neoconstitucionalismo

O neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional (Barroso, 2009).

Segundo Ricardo Guastini, a base fenomenológica dessa transformação pode ser exemplificada pelo processo constitucional deflagrado na Europa do segundo pós-guerra, dotado das seguintes características: (a) uma Constituição rígida; (b) a garantia jurisdicional da Constituição; (c) a atribuição de força vinculante à Constituição; (d) a sobreinterpretação da Constituição; (e) a aplicação direta das normas constitucionais; (f) a interpretação das leis conforme a Constituição; (g) a influência da Constituição sobre as relações políticas (Guastini, 2003).

Sob essa ótica, o neoconstitucionalismo é entendido como um novo paradigma científico da ciência jurídica,⁹ servindo como superação do paradigma antigo que unia jusnaturalistas¹⁰ e positivistas¹¹. Assim sendo, como uma teoria do direito lida a partir do direito constitucional, maximizada por elementos da filosofia do direito e da filosofia política, o neoconstitucionalismo pode ser compreendido como paradigma que revisa a teoria da norma, a teoria da interpretação, a teoria das fontes, suplantando o positivismo, para, percorrendo as transformações teóricas e práticas nos diversos campos jurídicos (constitucionalização do direito), integrá-los sob uma base útil e transformadora (Moreira, 2009).

⁷ O termo e o conceito de neoconstitucionalismo são fruto, sobretudo, do trabalho de alguns teóricos da escola de Gênova, tais como Suzana Pazzolo, pela invenção do termo; Mauro Barberis, pela sua redefinição; Ricardo Guastini, pela elaboração de um conceito intimamente interligado ao conceito de constitucionalização; Paulo Comanducci e Tecla Mazzaresse, por algumas análises meta-teóricas mais aprofundadas do argumento (Rosset, 2009, p. 381).

⁸ Para uma visão geral sobre o neoconstitucionalismo no direito europeu consulte-se, por todos, Carbonell (2003). No direito italiano, consulte-se, por todos, Pozzolo (2001). Para uma visão geral do tema no direito brasileiro, consulte-se, por todos, Quaresma et al. (2009).

⁹ Paradigma é um termo utilizado na filosofia da ciência. Um paradigma, na sua acepção clássica, é um quadro conceitual amplo, aceito na prática científica real – exemplos que incluem, ao mesmo tempo, lei, teoria, aplicação e instrumentação – e que proporciona modelos dos quais brotam as tradições coerentes e específicas da pesquisa científica. Segundo Kuhn (1998, p. 30-33), de tempos em tempos, em face das anomalias e dificuldades enfrentadas pelo paradigma estabelecido, a ciência experimentaria processos revolucionários de troca de seus fundamentos, com a consequente criação de um novo paradigma.

¹⁰ O termo jusnaturalismo identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um direito natural. Sua idéia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal (Bobbio, 1995, p. 16-17).

¹¹ A expressão positivismo jurídico deriva da locução direito positivo contraposto àquele de direito natural. O positivismo comportou algumas variações e teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen. De acordo com Bobbio, é possível apontar algumas características essenciais do positivismo jurídico: considera o direito como um fato e não como um valor, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva, prescindindo do fato de ser bom ou mau (teoria da validade do direito); define o direito em função do elemento da coação (teoria da coatividade do direito); elabora toda uma complexa doutrina das relações entre a lei e o costume (teoria da legislação como fonte premente do direito); considera a norma como um comando (teoria da norma jurídica); considera que ordenamento se apresenta sob duas faces: da coerência e da completude (teoria do ordenamento jurídico) (1995, p. 22 e ss).

A constitucionalização do direito e a eficácia vinculante dos direitos fundamentais determinou um processo de filtragem constitucional, a partir do qual a ordem jurídica infraconstitucional e os seus diversos institutos e categorias jurídicas, não ficam imunes a uma reinterpretação e reformulação axiológica.

Com efeito, assinala Paulo Ricardo Schier, que a preeminência normativa da Constituição e dos direitos fundamentais impõe um sentido positivo, exigindo que se faça uma leitura (ou releitura) da ordem infraconstitucional através daquela. Em outras palavras, os valores constitucionais primeiramente devem buscar realização, impondo-se mediante a ordem infraconstitucional. Esse vetor positivo possibilitará a compreensão de que as normas constitucionais devem ser aplicadas imediata e diretamente, independentemente de normatividade intermediária, ou contra ela e no lugar dela, quando se tratar de comando exequíveis por si mesmos (Schier, 1999).

Além disso, afirma o mesmo autor, que a partir desse sentido positivo, voltado para a ordem infraconstitucional, emerge a dimensão negativa da preeminência normativa da Constituição. Sob esse aspecto, impõe-se a nulificação (negação) de toda a normatividade infraconstitucional que estiver em desacordo com o pacto fundador, desde que não seja possível proceder-se a interpretação conforme, salvadora da sua validade.

Com o advento do neoconstitucionalismo e do Estado democrático de direito, de matriz principiológica,¹² consagra-se a dignidade da pessoa humana como seu centro de gravidade. Nesse sentido, os direitos fundamentais da pessoa humana ganham relevância e efetividade, devendo o aplicador do direito buscar a sua máxima concretude e otimização diante do caso concreto.

No direito brasileiro, com a promulgação da Constituição de 1988, de matriz principiológica e nitidamente inspirada nas constituições ibéricas, consagrou-

-se o Estado Democrático de Direito e positivou-se um extenso elenco de direitos fundamentais, bem como foram incorporadas, através da cidadania e do princípio da dignidade da pessoa humana, opções valorativas e compromissos políticos não discriminatórios.¹³

A partir da Constituição de 1988 iniciou-se toda uma nova dogmática constitucional baseada na valorização da dignidade da pessoa humana, tomando esse princípio como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, bem como critério e parâmetro de interpretação e integração do sistema constitucional.

Segundo Ana Paula de Barcellos, a dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Prossegue a autora afirmando que o princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de sua indeterminação, possui um núcleo básico representado pelo mínimo existencial, ou seja, conjunto de prestações materiais essenciais sem as quais o indivíduo se encontrará abaixo da linha da dignidade (Barcellos, 2002). E o conteúdo jurídico desse núcleo básico se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos, conjunto formado pelos direitos individuais, políticos e sociais.¹⁴

No direito italiano, as mudanças se deram sob a égide da atual Constituição de 1947, especialmente, após o funcionamento da Corte Constitucional em 1956. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou alinhar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições européias, ao longo da segunda metade do século XX, a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador (Sarmiento, 2009).

¹² Segundo Robert Alexy, o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (Alexy, 2008, p. 90-91).

¹³ Recorda Daniel Sarmiento, que até a Constituição de 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodiam no país (Sarmiento, 2009, p. 279).

¹⁴ A noção de mínimo existencial é proposta por parte da doutrina como solução para o problema dos custos envolvidos na realização dos direitos sociais. Um contraponto, portanto, à teoria da reserva do possível. Ainda sobre o tema, Flávio Galdino pondera que, ainda que se aceite a existência de um direito subjetivo fundamental a determinadas prestações positivas que integram o mínimo existencial, essas prestações também se encontram sujeitas aos recursos econômicos e financeiros disponíveis no momento, salientando o autor, que tais prestações devem na verdade receber um tratamento preferencial em relação às que não ostentam tal caráter (Galdino, 2007, p. 249).

O novo paradigma do direito de família e das relações familiares

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o fenômeno da constitucionalização do direito positivo, os direitos fundamentais foram convertidos em um dos pressupostos do Estado Democrático de Direito. Todavia, os direitos fundamentais não são entendidos somente como limitações ao poder do Estado, tal como eram na sua matriz liberal. A moderna doutrina nacional e estrangeira admite uma ampliação dos direitos fundamentais para proteger posições subjetivas até mesmo em face de outros cidadãos.¹⁵ Trata-se, portanto, de impor uma eficácia aos direitos fundamentais inclusive nas relações privadas, a comumente denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.¹⁶

Pietro Perlingieri pontifica que, nesse contexto de constitucionalização do direito positivo, o Código Civil perde a centralidade do ordenamento jurídico que detinha outrora. O papel unificar do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo texto constitucional (Perlingieri, 2002).

Reconhece-se, portanto, a eficácia dos valores e princípios constitucionais na esfera do direito privado, onde se cuida principalmente de uma interpretação conforme a Constituição das normas de direito privado e da incidência da Constituição no âmbito das relações entre sujeitos privados, seja por meio da concretização da Constituição pelos órgãos legislativos, seja pela interpretação e desenvolvimento jurisprudencial. Os três pilares de base do Direito Privado – propriedade, família e contrato – recebem uma nova leitura, que altera suas configurações, redirecionando-os de uma perspectiva fulcrada no patrimônio e na abstração para outra racionalidade que se baseia no valor da dignidade da pessoa (Fachin e Ruzyk, 2006).

Além disso, com a Constituição de 1988 ocorreu o fenômeno de inserção na norma constitucional, de institutos e princípios originariamente oriundos do

direito privado. No campo do direito de família, vale referir, apenas em caráter ilustrativo, o reconhecimento pelo legislador constituinte da igualdade entre filhos originados dentro e fora do casamento, além de preservar os mesmos direitos, deveres e qualificações para todos, considerando como realidades distintas família e casamento (a família não-fundada no casamento).

A noção de família não-fundada no casamento é a formação de relações familiares fora do modelo estruturado pela organização estatal ou pela Igreja. Assim nascem as convivências espontâneas como aquelas homoafetivas e as uniões estáveis, que realizam-se prescindindo do ato oficial e sacramental que é o casamento. Segundo Pietro Perlingieri, a família não-fundada no casamento é uma formação social potencialmente idônea para o desenvolvimento da personalidade de seus componentes e como tal orientada pelo ordenamento a perseguir essa função. Quando responde à exigência educativa dos filhos e de desenvolvimento das pessoas que dela fazem parte, representa um valor merecedor de tutela (Perlingieri, 2002).

Outro exemplo relevante da constitucionalização do direito civil, vale mencionar a priorização da convivência familiar e a filiação socioafetiva, fazendo prevalecer o interesse da criança. Com isso, a afetividade passou a ser um elemento identificador da família, ou seja, um elo entre pais e filhos, onde os laços surgem da convivência e não do sangue. Assim, reconhecida a existência da paternidade afetiva, estabelece-se um vínculo jurídico, visando, principalmente, a proteção do filho.

Nas palavras de Pietro Perlingieri, o sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida (Perlingieri, 2002).

Mas não apenas na Constituição novos princípios e valores foram consagrados. A partir de 1988, a legis-

¹⁵ A noção de mínimo existencial é proposta por parte da doutrina como solução para o problema dos custos envolvidos na realização dos direitos sociais. Um contraponto, portanto, à teoria da reserva do possível. Ainda sobre o tema, Flávio Galdino pondera que, ainda que se aceite a existência de um direito subjetivo fundamental a determinadas prestações positivas que integram o mínimo existencial, essas prestações também se encontram sujeitas aos recursos econômicos e financeiros disponíveis no momento, salientando o autor, que tais prestações devem na verdade receber um tratamento preferencial em relação às que não ostentam tal caráter (Galdino, 2007, p. 249).

¹⁶ No direito alemão a eficácia horizontal perante terceiros de direitos fundamentais denomina-se *drittwirkung*. O *leading case* do *drittwirkung* foi a decisão do Tribunal Federal do Trabalho, que, em 1957, declarou nula cláusula contratual que estabeleceu que o casamento da empregada determinaria a sua demissão pelo empregador, sob o argumento de que semelhante previsão convencional violava a proteção ao matrimônio e à família, à dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento da personalidade, direitos fundamentais assim considerados à luz, respectivamente, dos arts. 6º § 1º, 1º, § 1º e 2º, § 1º da Lei Fundamental de Bonn. Em 1989, o mesmo Tribunal Federal voltou a fazer uso da *drittwirkung* dos direitos fundamentais, impedindo que um farmacêutico fosse demitido por se recusar com fundamento em objeção de consciência, a trabalhar na formulação de uma droga a ser utilizada no combate às náuseas provocadas pela exposição de soldados à radioatividade (Oliveira, 2001, p. 17-45).

lação infraconstitucional, especialmente o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), o Código Civil de 2002, e a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06), introduziram novas formas de constituição familiar, efetivadas através de seus dispositivos legais, abolindo igualmente a distinção entre filhos e favorecendo o tratamento privilegiado à filiação socioafetiva.

Em resumo, a concepção adotada, no sentido de uma eficácia direta dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana, significa, em termos gerais, que podem e devem ser extraídos efeitos jurídicos diretamente das normas de direitos fundamentais também em relação aos atores privados, não resultando obstaculizada pela falta ou insuficiência de regulação legal. Outrossim, como solução dos casos concretos envolvendo as relações entre particulares e a alegação de violação de direitos fundamentais, utiliza-se a fórmula *in dubio pro dignitate* (Sarlet, 2009). É nesse contexto que as uniões estáveis de natureza homoafetivas ganham relevância e tutela jurídica. A partir das garantias de liberdade e igualdade sem distinção de qualquer natureza, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, da autodeterminação, encontra-se a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana (Fachin, 1997).

Com isso, revela-se uma nova visão do direito de família e do modelo de família contemporâneo, onde o afeto causa impacto e traz à tona a discussão do que deve prevalecer se a verdade biológica ou a afetividade.

Segundo Gustavo Tepedino, após a Constituição de 1988, a família deixa de ter um valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, e passa a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que – e somente na exata medida em que – se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes (Tepedino, 1997).

O reconhecimento jurídico da união homoafetiva no Brasil e na Itália

No direito brasileiro coube à jurisprudência o reconhecimento das relações homoafetivas, embora não falem propostas legislativas em tramitação no Congresso Nacional com o propósito de disciplinar a convivência entre casais homossexuais.

Provocado pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, o Supremo Tribunal

Federal foi questionado acerca da possibilidade de se reconhecer a extensão do regime jurídico das uniões estáveis às uniões homoafetivas. Da mesma forma, requereu-se a interpretação conforme a Constituição dos arts. 19, II e V; e 33, ambos do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-Lei Estadual n. 220/75), com o objetivo de assegurar os benefícios neles previstos aos parceiros de uniões homoafetivas estáveis, bem como a concessão de efeito vinculante à decisão, para o fim de declarar que os posicionamentos judiciais orientados em sentido contrário violariam os preceitos fundamentais constitucionalmente encartados.

O pedido formulado pelo Governador do Rio de Janeiro na referida ação baseou-se, fundamentalmente, na previsão do art. 29, da Lei Estadual n. 285/79, o qual, para além de garantir o reconhecimento, na figura de beneficiário do Regime Próprio da Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro, na condição de dependentes do segurado, “o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho”, equipara à condição de companheiro e companheira, nos termos do seu § 8º, “os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável entre parceiros de sexos diferentes”.

Da mesma forma, a manifestação do Supremo Tribunal Federal foi provocada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277/DF, cujo objetivo era dar interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723, do Código Civil de 2002.

Por ocasião do julgamento, à exceção do Ministro Dias Toffoli, que se declarou impedido por ter atuado no caso ainda quando era Advogado-Geral da União, todos os demais julgadores da Corte, seguindo a relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, apresentaram posição favorável ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

A decisão colegiada da Corte Constitucional foi no sentido de excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’.

Na linha da nova hermenêutica constitucional, a decisão prolatada pela Corte Constitucional não alterou em nada o texto constitucional, mas deu-lhe nova leitura, na mesma medida em que reinterpretou o dispositivo do art. 1.723, do Código Civil de 2002. Ou seja, ainda que a previsão do § 3º, do art. 226, da Constituição Federal preveja ser “reconhecida a união

estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”, isso não significa, nos termos do voto da Ministra Cármen Lúcia, que “se não for um homem e uma mulher, a união não possa vir a ser também fonte de iguais direitos. Bem ao contrário, o que se extrai dos princípios constitucionais é que todos, homens e mulheres, qualquer que seja a escolha do seu modo de vida, têm os seus direitos fundamentais à liberdade, a ser tratado com igualdade em sua humanidade, ao respeito, à intimidade devidamente garantidos”.

Em suma, o que parece buscar a decisão do Supremo Tribunal Federal é o reconhecimento de um nível de liberdade e de igualdade equivalente entre todos: liberdade para o exercício da opção sexual como lhe pessoalmente aprover; igualdade de direitos para a concessão de efeitos jurídicos às relações de união estável entre pessoas do mesmo sexo (Sirena, 2012).

Após o julgamento das referidas ações, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n. 175/2013, regulamentou a realização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

No direito italiano, coube ao legislador o reconhecimento das relações homoafetivas.

Por meio da Lei n. 76/2016, foi reconhecida a união civil entre pessoas do mesmo sexo e regulado o direito de convivência, fazendo a lei expressa remissão aos arts. 2º e 3º da Constituição que garante o princípio da dignidade humana nas formações sociais e o princípio da igualdade de todos os cidadãos perante a lei sem distinção de qualquer natureza.¹⁷ Em julho de 2016, o governo editou o Decreto regulamentador que permitirá a celebração das uniões civis perante os cartórios competentes (*La Repubblica*, 2016a).

Inobstante o resultado satisfatório do processo legislativo que resultou na Lei n. 76/2016, não foram poucas as tentativas de se regulamentar as uniões homoafetivas no direito italiano. Como ressalta Daniele Ferrari, a primeira proposta de lei em matéria de união civil, intitulada “Disciplina da Família de Fato” foi apresentada à Câmara em 1986. A partir dos anos noventa inúmeras propostas foram novamente apresentadas ao Parlamento, igualmente sem sucesso (Ferrari, 2016).

A Lei n. 76/2016 define a união homoafetiva como a específica formação social entre pessoas maiores do mesmo sexo, a ser realizada mediante escritura pública, na presença de duas testemunhas e perante um Oficial do Registro Civil. As partes podem estabelecer a duração da união e a adoção de um sobrenome comum – art. 2º e 10.

Com a constituição da união homoafetiva as partes adquirem os mesmos direitos e assumem as mesmas obrigações familiares, dentre os quais a assistência moral e material recíproco, devendo ambos os parceiros fixarem residência comum e contribuírem, na medida de suas capacidades profissionais, com as necessidades comuns – art. 11 e 12.

Quanto ao regime patrimonial, na ausência de disposição expressa em contrário, aplica-se o regime da comunhão de bens – art. 13. Em matéria sucessória e previdenciária a lei faz remissão às disposições do Código Civil – art. 17.

A lei regula ainda os impedimentos para a celebração da união (art. 4º), bem como as hipóteses de divórcio e desconstituição do vínculo familiar – art. 22 a 24.

A segunda parte da lei (art. 36 a 49) regula o contrato de convivência de fato, tanto para as relações homossexuais quanto heterossexuais. São normas que se aplicam para qualquer relação de união afetiva e de recíproca assistência moral e material, não vinculado a relações de parentesco, matrimônio e de uma união civil.

Em suma, com a Lei n. 76/2016, é introduzido no ordenamento jurídico italiano um novo instituto do direito de família, diverso do matrimônio, mas sob vários aspectos com ele equivalente (Lupoi, 2016).

Todavia, mesmo antes do advento da Lei n. 76/2016, o status jurídico da união homoafetiva encontrava ressonância na jurisprudência ao reconhecer que a noção de convivente compreenderia qualquer união afetiva independentemente da identidade de gênero dos sujeitos (Ferrari, 2016). O debate iniciou-se a partir do pedido de transcrição de casamentos celebrados fora da Itália e que eram indeferidos pelos cartórios civis italianos. O argumento utilizado pela jurisprudência nesses casos era que o casamento homossexual não contrariava o ordenamento público e o elemento de identidade de gênero entre os nubentes não era condição para a inexistência do matrimônio, mas sim de ineficácia, instituto inexistente no direito italiano.¹⁸ Desse modo, a jurisprudência italiana reconhecia, na linha da orientação jurisprudencial europeia, o direito à vida familiar como um pressuposto de fato e não somente legal.

Com o advento da Lei n. 76/2016, a Itália supre uma importante lacuna normativa no direito comunitário europeu, que ainda remanesce na Polônia, Eslováquia, Letônia, Lituânia, Bulgária e Romênia. Nos demais países europeus o reconhecimento legal das uniões civis e/ou

¹⁷ Texto integral da lei em *Repubblica Italiana* (2016).

¹⁸ Pode-se citar como precedentes a Sentença n. 4184, de 13/03/2012, da Primeira Seção Civil da Corte de Cassação e a Sentença n. 138/2010 da Corte Constitucional.

matrimoniais homoafetivas ocorreu nos seguintes anos: Dinamarca (1989), Holanda (2001), Alemanha (2001), Bélgica (2003), Espanha (2005), Eslovênia (2006), Hungria (2009), Noruega (2009), Áustria (2010), Islândia (2010), Portugal (2010), França (2013), Suécia (2013), Malta (2014), Luxemburgo (2015), Irlanda (2015), Croácia (2015) e Grécia (2015) (Lupoi, 2016).

O que se observa pela análise do sistema jurídico brasileiro e italiano é que eventual lacuna normativa não significou ausência de tutela jurídica. Em outros termos, a inexistência de lei não significou a ausência de direitos.

Ao se analisar a tutela dos casais homossexuais no Brasil e na Itália, ver-se-á que a atribuição de normatividade aos princípios; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional, e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana – três marcos teóricos do neoconstitucionalismo – permitiram que a jurisdição constitucional se afirmasse como espaço de intermediação legítimo para a pacificação social das relações homoafetivas.

Em ambos os países, se reconhece que a união homoafetiva, embora não tenha origem na lei, tem sua força jurídica no fato social. E a normatividade do fato social, na moderna teoria do direito, embora provenha majoritariamente da conclusão do processo legislativo, não impede que a sua normatividade também pode ser atribuída pelo processo jurisdicional, desde que argumentativamente justificada nos valores e princípios constitucionais (Poli, 2013).

Porém, não deixa de ser válido o argumento de que é no âmbito do Poder Legislativo que as discussões de grande repercussão social ganham efetiva legitimidade, tendo em vista o fato de ser composto pelos reais representantes do povo, eleitos pelo sufrágio universal, prerrogativa de que não se valem os magistrados.

Ademais, com a normatização das uniões homoafetivas a tendência inevitável é a plena inserção de tais vínculos afetivos na órbita do direito de família no que tange à doutrina, à produção legislativa e à competência dos tribunais ou varas especializadas.

No que concerne ao sistema jurídico brasileiro, a omissão legislativa específica das uniões homoafetivas como entidade familiar – onde reside o maior atraso do Brasil nessa matéria, com relação aos outros países – evidenciam preconceitos injustificados e enraizados culturalmente (Silva Júnior, 2008). As tentativas, pela via

legislativa, encontram-se frustradas em razão de preconceitos e padrões éticos-morais a respeito da homossexualidade e por pressão das bancadas católicas e protestantes no Congresso Nacional.¹⁹

Não obstante a omissão legislativa em regulamentar a matéria no Brasil, os avanços jurisprudenciais e doutrinários foram suficientes para retirar as uniões homoafetivas da marginalidade sociopolítica-jurídica.

A adoção homoparental no direito brasileiro e italiano

O instituto da adoção é, do ponto de vista histórico, um dos mais antigos, posto já presente na legislação de várias civilizações, tanto do Oriente como notadamente do Ocidente (Silva Júnior, 2008).

Trata-se de um instituto civil caracterizado como um ato jurídico complexo, realizado por meio de escritura pública ou sentença judicial, no qual um indivíduo estranho ao núcleo familiar da família do adotando, passa a ter os mesmos direitos inerentes à filiação.

No Brasil, a adoção foi institucionalizada através da implementação do Direito português, mediante o processo de ocupação e organização social do território pátrio. Inicialmente, o Código Civil de 1916 só possibilitava a adoção aos casais sem filhos, inclusive para maiores de 50 (cinquenta) anos, mediante escritura pública, tendo em vista especificamente a infertilidade do casal. Em seguida, referido instituto jurídico passou por diversas modificações legislativas e regulamentações foram criadas e tiveram profundas repercussões nos processos de adoção.

Atualmente, o instituto encontra-se regulado no Código Civil de 2002 e na Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O Código Civil em vigor é lei geral e não revogou as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois esse diploma é lei especial. Assim, continuam os procedimentos relativos a menores processados pelos Juízes da Infância, da Juventude e do Idoso – havendo no local – e os referentes à adoção de maiores de 18 anos, pelas Varas de Família.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 fixou, no art. 227 § 6º, o dever de tratamento igualitário, com os mesmos direitos e qualificações, entre os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹⁹ Exemplos de tais tentativas são o Projeto de Emenda Constitucional n. 139/95 e o Projeto de Lei n. 1.151/95. Para uma análise mais aprofundada das respectivas propostas legislativas, consulte-se, por todos, Mello (2005).

Assim sendo, o conceito de filiação, em virtude da valorização constitucional e legal do afeto, não está restrito ao liame entre o ser humano e aqueles que o geraram biologicamente. Com a ampliação constitucional fixou-se o dever de um tratamento igualitário, indistinto para com a prole, seja biológica ou socioafetiva. Não há mais filiação legítima, ilegítima, natural, adotiva ou adulterina.

O Estatuto da Criança e do Adolescente materializou a grande mudança no instituto da adoção, pois além de eliminar todas as diferenças entre filhos adotivos e biológicos, definiu que a medida de colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas deve preservar as reais necessidades, interesses e direitos desses (art. 43).

Com as alterações da Lei n. 12.010/09, foi incorporado na legislação brasileira o conceito da família ampliada, com o objetivo de acelerar o processo de adoção, sendo entendida esta não apenas como os pais e seus descendentes, mas também os parentes próximos, nesta última hipótese utilizando-se critérios consanguíneos, de afinidade e afetividade, elementos considerados fundamentais para a convivência familiar de modo pleno.

Quanto ao direito italiano, o tratamento normativo é semelhante ao direito brasileiro. A adoção foi institucionalizada no Código Civil italiano de 1942 e na Lei n. 184, de 04/05/1983.²⁰ A adoção disciplinada no Código Civil (arts. 291 a 314) é reservada somente aos casais sem filhos, maiores de 35 anos e que tenham ao menos 35 anos de diferença com a idade do adotado. A disciplina prevista na Lei n. 184/83 aplica-se para a adoção de menores abandonados (Triolo e Matta, 2017).

Na atualidade, o instituto jurídico da adoção repousa no ideário de aproximar as pessoas em função do afeto, sendo esta ligação elo fundamental que nutre as relações intersubjetivas entre os indivíduos, fazendo que alcancem a satisfação de suas necessidades, ao mesmo tempo em que contribuem decisivamente para o aperfeiçoamento dos vínculos familiares, posto ir além da mera verdade biológica para atingir a essencialidade da socioafetividade.

A adoção homoparental

No que tange à possibilidade de adoção homoparental, ou seja, aquela realizada por casais homoafetivos, tanto no direito brasileiro, quanto no direito italiano, a interpretação das normas jurídicas protetivas da

criança e do adolescente, bem como a interpretação das normas e princípios constitucionais, permitem concluir pela viabilidade do instituto.

No direito brasileiro, o art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que podem adotar as pessoas maiores de 18 anos, independentemente do estado civil, sem registrar qualquer outro impeditivo, principalmente no que tange à orientação sexual dos candidatos. Por sua vez, o art. 43 faz referência ao fato de que a adoção somente será deferida se apresentar reais vantagens à criança e possuir motivo legítimo.

De igual modo, o art. 28 do mesmo diploma legal, define a colocação da criança em família substituta, sem, contudo, mencionar como deve ser a constituição desta família.

No plano constitucional, a interpretação do art. 227, parágrafos 5º e 6º, permite inferir que não há impedimentos relacionados à adoção por casais homossexuais.

Assim sendo, pode-se afirmar que não há proibição constitucional ou legal para o deferimento da adoção aos casais homoafetivos, e, mesmo não existindo legislação específica que ampare ou proíba a adoção homoparental, isso não significa que esses casais não tenham direito à adoção. Nestes termos, cabe ao Poder Judiciário decidir, no caso concreto, a concessão ou não do direito.

E foi assim que, em 1997, em decisão pioneira do Estado do Rio de Janeiro, o Juiz Siro Darlan de Oliveira, ainda Titular da 1ª Vara da Infância da Juventude, deferiu a adoção a uma homossexual feminina.²¹

Desde então, inúmeras decisões favoráveis à adoção homoparental têm sido proferidas pelos diversos Tribunais Superiores do país, cabendo registrar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ementada nos seguintes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam 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 aos seus cuidadores. É hora de

²⁰ Veja texto integral da lei em Camera Dei Deputati (1983).

²¹ 1ª Vara da Infância, da Juventude e do Idoso. Comarca do Rio de Janeiro. Processo n. 1996.001.001547-2, julgado em 26/03/1997.

abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes (Apelação Cível n. 70013801592. Sétima Câmara Cível. Relator: Luis Felipe Brasil Santos. Julgado em 05/04/2006).

Nesse mesmo passo, o Superior Tribunal de Justiça acabou por consolidar o entendimento jurisprudencial dominante no país, cabendo registrar o seguinte precedente:

DIREITO 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 (Recurso Especial n. 889852-RS 2006/0209137-4. Data de Publicação: 10/08/2010).²²

Ainda que se entenda incabível o regime da adoção homoparental no país, tendo em vista o disposto no art. 42 § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual para a adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família, bem como a exigência estampada art. 54, item 7, Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973), que determina a inclusão no assentamento de nascimento da criança os nomes e prenomes dos pais, não se deve olvidar que, após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ, no qual se reconheceu a extensão do regime jurídico das uniões estáveis às uniões homoafetivas, as referidas disposições legais devem ser interpretado conforme a nova orientação da Corte Constitucional (Silva Júnior, 2008).

Em suma, constatada a estabilidade da união homoafetiva e orientado pelos pareceres técnicos da equipe multidisciplinar, não há vedação no ordenamento

jurídico brasileiro, que obste o deferimento da adoção pelo magistrado, sintonizando-se, a decisão, com o reconhecimento das uniões homoafetivas.

Quanto ao direito italiano, o projeto de lei que resultou na promulgação da Lei n. 76/2016, por meio do qual foi reconhecida a união civil entre pessoas do mesmo sexo, previa a possibilidade de adoção homoparental, a denominada *stepchild adoption*. Todavia, durante a tramitação do projeto de lei no Senado, o artigo foi suprimido.

Tal fato, contudo, não impediu que na redação final da lei fosse inserida disposição legal (art. 20, parte final) permitindo ao juiz analisar, caso a caso, a possibilidade de adoção por casais homossexuais.

Recentemente, a Corte de Apelo de Turim concedeu a adoção homoparental baseando-se, inclusive, nos precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos que formula uma definição de vida familiar fundamentalmente ancorada nos fatos e não propriamente em condições jurídicas (*La Repubblica*, 2016b).

No mesmo sentido, se pronunciou a Corte de Cassação que, em atenção ao princípio do melhor interesse da criança, reconheceu a legitimidade da adoção homoparental (*La Repubblica*, 2016c).

Denota-se que a jurisprudência italiana, assim como a brasileira, afirma o princípio do melhor interesse da criança e da inclusão familiar para autorizar a adoção homoparental, assegurando ao adotando tudo àquilo que for necessário para atender às suas necessidades básicas, bem como lhe garantir que tenha uma vida digna.

Conclui-se, portanto, que a jurisprudência nos dois países não leva em consideração a orientação sexual dos pais como fator decisivo para o saudável desenvolvimento de uma criança, mas sim que exista na relação parental o exercício da função paterna e da materna, ou seja, a forma de poder e hierarquia estabelecida no relacionamento com os filhos, objetivando favorecer a individualidade e a autoafirmação destes.

O papel da jurisprudência e o problema da omissão legislativa

Conforme demonstrado, no direito brasileiro o instituto da adoção homoparental encontra respaldo da jurisprudência, ante a ausência de norma jurídica que a ampare, enquanto no direito italiano, o mesmo direito

²² Consulte-se, ainda, decisão mais recente proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial n. 1.281.093-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 18/12/2012.

foi inicialmente previsto no projeto de lei da união homoafetiva, mas retirado durante a tramitação do projeto no Senado, o que não impediu a atuação da jurisprudência italiana, ainda que inicial e insipiente, na consolidação do novo regime de filiação.

No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário desempenha um importante papel de guardião dos direitos fundamentais dos cidadãos. Se nenhum titular de poder ou função pública pode descurar do trato dos direitos fundamentais, o magistrado, por essência, recebeu a missão de tutelá-los porquanto nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser subtraída do conhecimento do Poder Judiciário.

Assim sendo, se reconhece ao Poder Judiciário o poder contra majoritário, isto é, o poder-dever de na defesa dos direitos fundamentais, posicionar-se contra a decisão da maioria, ainda que proveniente de Poder legitimamente constituído (Legislativo, Executivo ou mesmo do Judiciário) quando essa decisão viola os direitos fundamentais, o que, normalmente, se dá pelas diversas formas de se reconhecer e proclamar a inconstitucionalidade de atos normativos ou mesmo inibir as omissões legislativas que violam os preceitos fundamentais consagrados na Constituição.

Esse protagonismo do Poder Judiciário tem se revelado a nível global, especialmente pela difundida sistemática de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, efeito direito e imediato do movimento neoconstitucionalista descrito na primeira parte do trabalho. Desde então, a supremacia judicial vem evoluindo para a condição de instituição garantidora do texto constitucional, possuindo a última palavra nas questões referentes à constituição.²³

Considerando que Brasil e Itália possuem idênticas tradições jurídicas, bem como incorporaram nos seus respectivos ordenamentos jurídicos a reformulação axiológica e dogmática do neoconstitucionalismo, justifica-se o maior protagonismo do Poder Judiciário como mediador social do regime da adoção homoparental.

Com efeito, não pode o Poder Judiciário esperar a regulação normativo-legal deste direito subjetivo das pessoas que convivem em verdadeiras uniões sólidas afetivas, sob pena de continuar a excluir crianças e adolescentes de ambientes familiares estáveis e, em particular, dos direitos decorrentes de uma filiação biparental e, pois, de uma convivência mais diversa, que lhes vêm ao melhor interesse (Silva Júnior, 2008).

Sem embargo, embora a juridificação ou desjuridificação²⁴ da adoção homoparental não impeça a concretização da adoção aos casais homoafetivos, não se pode desconsiderar o fato de que a regulação jurídica e social do instituto é capaz de garantir uma maior segurança jurídica e estabilidade nas relações e filiações socioafetiva.

Mas diante da ultrapassada e inconcebível omissão do Poder Legislativo, aberto está o caminho para a criação jurisprudencial que, inevitavelmente e de modo gradual, tem ampliado o direito constitucional de acesso a uma ordem jurídica justa, igualitária e, socialmente útil aos casais homossexuais, por meio de uma interpretação e fundamentação racional e equânime, capaz de determinar a colocação de menores em ambientes familiares biparentais substitutos, através do instituto da adoção.

Conclusão

Com as atuais modalidades de relacionamentos, a família ganhou um novo significado social e jurídico. A principal transformação observada na estrutura parental e conjugal, foi o surgimento das denominadas famílias homoparentais, que passaram a ser vistas como uma das formas possíveis de convivência, a partir de um vínculo não meramente sexual, mas principalmente de afetividade, carinho, desejo de estar com o outro numa convivência harmônica, duradoura e marcada pelo amor.

Restou evidenciado que as legislações brasileiras e italianas são omissas quanto à regulamentação do instituto da adoção homoparental, o que torna as relações jurídicas daí advindas potencialmente inseguras sob o ponto de vista jurídico e social. Todavia, demonstrou-se que a omissão legislativa não impede a concessão do benefício para casais homoafetivos, uma vez que os princípios e valores do neoconstitucionalismo, tanto no Brasil quanto na Itália, estabelecem o fundamento de constitucionalidade e validade do benefício.

Nesse contexto, a jurisprudência brasileira e italiana tem afirmado que não é a orientação sexual dos adotantes que determina o caráter ou a capacidade para criar e educar uma criança, eis que o que realmente deve ser observado é a possibilidade de crianças e adolescentes usufruírem um lar estruturado no afeto, respeito e solidariedade.

²³ Sobre o fenômeno da supremacia judicial no direito brasileiro, consulte-se, por todos, Barroso (2012) e Brandão (2017).

²⁴ Por juridificação entende-se o fato de uma determinada esfera da vida, até aí juridicamente irrelevante, passar a ser regulada juridicamente; e por desjuridificação entende-se o fenômeno contrário, ou seja, o fato de uma determinada esfera de vida deixar de ser regulada juridicamente, tornando-se juridicamente irrelevante ou indiferente.

Por conseguinte, é plenamente viável e possível o deferimento da adoção homoparental, observando-se, em qualquer caso, os princípios constitucionais da igualdade e dignidade humana, bem como o objetivo fundamental que veda qualquer forma de discriminação. Sustentar a impossibilidade jurídica do pedido de adoção formulado por um casal homoafetivo, na perspectiva constitucional do primado da pessoa humana e da proibição de tratamento diferenciado, com base na opção afetivo-sexual das pessoas, é desconsiderar a prerrogativa funcional e legal do magistrado realizar uma interpretação eficaz do ordenamento jurídico, em sintonia com a realidade fática, e de acordo com os fins sociais aos quais os valores e princípios constitucionais positivam.

Nesse contexto, negar o direito de adoção a um casal homossexual que constitui uma família homoafetiva, sólida e estável, seria negar-lhes o direito à descendência.

Referências

- ALEXY, R. 2008. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo, Malheiros, 669 p.
- BARCELLOS, A.P. 2002. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro, Renovar, 327 p.
- BARROSO, L.R. 2012. Constituição, Democracia e Supremacia judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. *RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, 2(21):1-50. <https://doi.org/10.12957/rfd.2012.1794>
- BARROSO, L.R. 2009. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio do Direito Constitucional Brasileiro. In: R. QUARESMA; M.L.P. OLIVEIRA; F.M.R. OLIVEIRA (org.), *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro, Forense, p. 51-91.
- BOBBIO, N. 1995. *O positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo, Ícone, 240 p.
- BRANDÃO, R. 2017. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 456 p.
- CAMERA DEI DEPUTATI. 1983. Commissione parlamentare per l'infanzia. Diritto del minore ad una famiglia. Disponível em: http://www.camera.it/_bicamerale/leg14/infanzia/leggi/legge184%20del%201983.htm. Acesso em: 22/07/2016.
- CARBONELL, M. (coord.). 2003. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri, Ed. Trotta, 286 p.
- FACHIN, L.E. 1997. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: V. BARRETO (org.), *A Nova Família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro, Renovar, p. 113-126.
- FACHIN, L.E.; RUZYK, C.E.P. 2006. Direitos fundamentais, dignidade da Pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: I.V. SARLET (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 87-104.
- FERRARI, D. 2016. *Status Giuridico e Orientamento Sessuale. La condizione giuridica dell'omosessualità dalla sanzione, alla liberazione, alla dignità*. Padova, Primiceri Editore, 185 p.
- GALDINO, F. 2007. O Custo dos Direitos. In: R.L. TORRES (org.), *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, Renovar, p. 139-222.
- GUASTINI, R. 2003. La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: M. CARBONELL (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri, Ed. Trotta, p. 49-74.
- KUHN, T. 1998. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo, Perspectiva, 257 p.
- LA REPUBBLICA. 2016a. Unioni civili: il governo firma il decreto. Disponível em: http://www.repubblica.it/politica/2016/07/23/news/unioni_civili_il_governo_firma_il_decreto_tutto_pronto_per_la_pubblicazione_in_gazzetta_ufficiale-144690187/?ref=twhr×tamp=1469287767000&utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter&refresh_ce. Acesso em 03/08/2016;
- LA REPUBBLICA. 2016c. Cassazione, sì alla stepchild adoption in casi particolari. Disponível em: http://www.repubblica.it/cronaca/2016/06/22/news/cassazione_si_a_stepchild_adoption-142563271/?ref=HREC1-26. Acesso em 04/08/2016.
- LA REPUBBLICA. 2016b. Torino, sì dei giudici a due stepchild adoption. Disponível em: http://torino.repubblica.it/cronaca/2016/05/27/news/torino_due_si_dei_giudici_alla_stepchild_adoption_bambini_sereni_e_ben_accuditi_-140714846/?ref=twhr&utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter. Acesso em 03/08/2016.
- LUPOI, M.A. (ed.). 2016. *Unioni Civili e Convivenze. Guida commentata alla legge n. 76/2016*. [s.l.], Maggioli Editore, 400 p.
- MELLO, L. 2005. *Novas famílias: conjugabilidade homossexual no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro, Garamond, 224 p.
- MOREIRA, E.R. 2009. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. In: R. QUARESMA; M.L.P. OLIVEIRA; F.M.R. OLIVEIRA (org.), *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro, Forense, p. 413-427.
- OLIVEIRA, F.M. 2001. Recurso constitucional alemão (*verfassungsbeschwerde*) e realização de direitos fundamentais. *Revista de Ciências Sociais*, 7(2):17-45.
- PERLINGIERI, P. 2002. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 359 p.
- POLI, L.C. 2013. A família contemporânea – Reflexões sobre o casamento homoafetivo à luz dos princípios constitucionais. *Revista Fórum de Direito Civil (RFDC)*, 2(3):93-114. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=97422>. Acesso em: 28/06/2015
- POZZOLO, S. 2001. *Neoconstituzionalismo e Positivismo Giuridico*. Torino, Giappicheli, 197 p.
- QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M.L.P.; OLIVEIRA, F.M.R. (coords.). 2009. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro, Forense, 891 p.
- REPUBBLICA ITALIANA. 2016. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Disponível em: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/05/21/16G00082/sg>. Acesso em: 20/07/2016
- ROSSET, P. 2009. Reflexões acerca do neoconstitucionalismo. In: R. QUARESMA; M.L.P. OLIVEIRA; F.M.R. OLIVEIRA (org.), *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro, Forense, p. 371-391.
- SARLET, I.W. 2009. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: uma visão panorâmica sobre o caso brasileiro. In: R. QUARESMA; M.L.P. OLIVEIRA; F.M.R. OLIVEIRA (org.), *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro, Forense, p. 587-613.
- SARMENTO, D. 2009. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: R. QUARESMA; M.L.P. OLIVEIRA; F.M.R. OLIVEIRA (org.), *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro, Forense, p. 267-302.
- SCHIER, P.R. 1999. *Filragem Constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre, Fabris Editor, 160 p.
- SILVA JUNIOR, E.D. 2008. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. Curitiba, Juruá, 201 p.
- SIRENA, H. 2012. O reconhecimento da união homoafetiva e a geração de efeitos jurídicos pelas uniões entre pessoas do mesmo sexo – O Supremo Tribunal Federal e a concepção de justiça e de igualdade. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)*, 6(22):431-455.
- TEPEDINO, G. 1997. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: V. BARRETO (org.), *A Nova Família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro, Renovar, p. 47-69.
- TRIOLO, D.P.; MATTA, M.M.L. 2017. *Diritto Civile*. Vivaldi, Editore Key, 702 p.

Submetido: 14/12/2017

Aceito: 06/09/2018