

ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E DO MÍNIMO EXISTENCIAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ATRAVÉS DA ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS

Adriana Maria Aureliano da Silva¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breve digressão acerca da família; 2.1. A família substitutiva ou adotiva; 3. Os Direitos Fundamentais da criança, do adolescente, e do casal homoafetivo; 3.1. Compreensão da Expressão “Direito Fundamental”; 3.2. O Direito fundamental da criança e do adolescente; 3.2.1 Os “Inadotáveis”; 3.3. O Direito Fundamental do casal homoafetivo; 4. A criança e o adolescente em estado de abandono e a efetividade dos Direitos Fundamentais; 4.1. O mínimo existencial da criança e do adolescente; 4.2. Políticas públicas, reserva do possível frente aos Direitos Fundamentais Sociais da criança e do adolescente em estado de abandono; 4.3. Os limites contrapostos à efetivação dos Direitos fundamentais Sociais da criança e do adolescente e o modelo ponderativo de Robert Alexy; 5. Ativismo Judicial e a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e do mínimo existencial da criança e do adolescente através da adoção por casais homoafetivos; 5.1. O Ativismo Judicial; 5.2. O Poder Judiciário e adoção por casal homoafetivo como instrumento da concretude dos direitos fundamentais sociais da criança e do adolescente; 6. Conclusão; Referências

RESUMO: O artigo em tela, intitulado “Ativismo judicial e a efetividade dos direitos fundamentais sociais e do mínimo existencial da criança e do adolescente através da adoção por casais homoafetivos” defende que a Constituição Federal assegura à criança e ao adolescente direitos fundamentais, e que a adoção dos mesmos, pelo casal homoafetivo é um meio de efetivá-los. Defende que, o casal homoafetivo reconhecido como entidade familiar, encontra-se apto, através da adoção, a dar guarida, educação, afeto e orientação ao menor que se encontra em situação de abandono, cumprindo o que reza o Estatuto da Criança e do Adolescente. O trabalho tem, ainda, por escopo, analisar a problemática inerente à tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais infanto-juvenil em face de omissões administrativas. O Ativismo Judicial é questionado por argumentos atinentes a políticas públicas e à reserva do possível. O modelo ponderativo de Robert Alexy revela-se de grande utilidade para o equacionamento da questão, visto que a proteção ao mínimo existencial encontra-se em permanente tensão com a escassez de recursos.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Direitos fundamentais. Criança e Adolescente. União homoafetiva. Adoção.

1. INTRODUÇÃO

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Salvador. Especialista em Direito Privado pela UNYAHNA /CEJUS. Mestranda em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia.

Enseja o presente estudo, o reconhecimento da situação de um grande número de menores desassistidos por suas famílias de origem, motivada por fatores diversos, carentes de atenção, carinho, afeto, direcionamento, e a observância de, em outro pólo, a existência de um setor da sociedade, agora, devidamente protegida pela recente decisão do Supremo Tribunal Federal², pronta e ansiosa em ampliar a reconhecida família, através da adoção.

Procura-se no tema, demonstrar à luz da atuação do Poder judiciário na concretização da efetividade dos direitos fundamentais sociais da criança e adolescente, a possibilidade de integrar crianças e adolescentes desamparados e casais homoafetivos por meio da adoção. Para alcançar o objetivo do estudo, busca-se enfatizar a tutela dos direitos fundamentais das partes frente à atuação do Estado.

Inicia-se a pesquisa demonstrando que o sentido de “família” está em constante mutação ao longo do tempo, variando de acordo com a moral, a cultura e a religião de cada momento histórico. Nos últimos anos, inúmeras transformações vêm ocorrendo em relação às novas definições e situações familiares, especialmente à constituição da família, inclusive a família substituta ou adotiva, que deixou de ter como fundamento, a exclusividade do matrimônio e a geração de filhos, passando a se organizar baseada na afetividade, no amor, constituindo estes seus elementos essenciais. Com esse espírito, o Supremo Tribunal Federal equiparou, recentemente, a união homoafetiva à união estável, concedendo desta forma, o *status* de entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo.

Posteriormente se analisa os direitos fundamentais e, em especial, os sociais das crianças e adolescentes em situação de abandono.

Em seguida, se discute a problemática inerente à tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais em face de omissões administrativas na efetivação dos direitos

² O Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Arguição do Descumprimento de Preceito Fundamental 132, ajuizadas respectivamente pela Procuradoria Geral da República e pelo Governador do Rio de Janeiro equiparando a união homoafetiva à união estável.

fundamentais infanto- juvenis, apreciando os óbices fáticos e jurídicos que se opõem à sua concretização, bem como a conceituação do que se convencionou chamar “mínimo existencial”, a fim de evidenciar a utilidade do modelo ponderativo formulado por Robert Alexy na busca pela máxima efetividade dessa categoria de direitos.

A sindicabilidade judicial desses direitos, além de muitas vezes ser afastada pelos Tribunais pátrios sob o argumento de que as normas programáticas não podem impor obrigações imediatas ao Poder Executivo, encontra variada gama de óbices jurídicos e dificuldades práticas: se por um lado questiona-se a legitimidade do Poder Judiciário para interferir nas opções políticas que deveriam estar no âmbito de discricionariedade do Executivo, por outro, argumenta-se sobre o limite da “reserva do possível”, entendida, na maioria dos casos, como a falta de capacidade financeira do Estado para implementar direitos que demandam prestações positivas.

Conforme se pretende demonstrar, a atuação do Poder Judiciário na implementação dos direitos insculpidos da Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) se faz necessária para manter o equilíbrio do sistema democrático brasileiro diante de omissões estatais abusivas referentes ao infante.

Adota-se uma concepção principiológica da Constituição apta a maximizar a efetividade das normas que veiculam direitos fundamentais sociais infanto- juvenis. A investigação abrange o exame da norma constitucional que prescreve a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (artigo 5º, § 1º da CR/88), bem como a hipótese de concretização de direitos prestacionais diretamente do texto constitucional, sem a necessidade de interposição legislativa infraconstitucional.

A teoria do “mínimo existencial” da criança e do adolescente, assim como, as Políticas Públicas inerente às efetivação do Princípio do Melhor Interesse da criança, será estudada como um parâmetro de proteção à dignidade humana que se encontra em permanente tensão com a cláusula da reserva do possível. A análise do modelo ponderativo de Robert Alexy objetiva desmistificar o absolutismo que permeia a interpretação dos limites contrapostos à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Neste propósito, embasados em motivos legítimos, determina-se que a adoção concretize-se, uma vez que, os casais homoafetivos são reconhecidos constitucionalmente como uma unidade familiar nos mesmos termos que às uniões estáveis heterossexuais.

2. BREVE DIGRESSÃO ACERCA DA FAMÍLIA

A família, enquanto agrupamento informal, sempre existiu em sua forma natural e anterior ao Estado e ao Direito.

O termo “família” provém do latim “*famulus*”, significando escravo doméstico. Deriva-se da Roma antiga e presume-se que tenha sido criado para designar um novo grupo social surgido entre as tribos latinas, que trabalhavam na agricultura e pertenciam à escravidão legalizada, incluindo nesse contexto os servos e dependentes, assim chamados também a esposa e filhos, e complementa:

Entre os chamados dependentes, incluem-se a esposa e os filhos. Assim, a família greco-romana compunha-se de um patriarca e seus fâmulos: esposa, filhos, servos livres e escravos. (PRADO, 1995 *apud* SILVA JÚNIOR, 2007, p. 35)

O conceito de família procura ser explicado por sociólogos e antropólogos salientando que a família seria normalmente o grupo social a que pertencemos, e, entre todas as instituições sociais é aquela com a qual mantemos contatos mais íntimos. Enfatiza-se, também, que pelas funções que desempenha é considerada instituição fundamental na sociedade. Não se trata apenas de um grupo biológico, porém é também regido por normas, costumes e sanções que regulamentam sua constituição, sobrevivência e dissolução.

Orlando Gomes (1992, p. 114) define “família” como sendo o “[...] grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos, outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção [...]”.

Para Penteadó (*apud* GIRARDI, 2006, p. 42) “família é a instituição fundamental à sociedade, a sua base.” E acrescenta:

A família não se constitui apenas por um homem, uma mulher e filhos. Ela é antes uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função [...].

Hodiernamente a instituição “família”, delineada pela Constituição Federal de 1988, está calcada, acima de tudo, no vínculo afetivo, admitindo-se, inclusive, várias formas de constituição familiar.

Sobre o tema, Paulo Luiz Netto Lobo (2005, p. 10) observa que pela interpretação da Constituição de 1988, pode-se inferir que através de três preceitos “[...] chega-se à inclusão das entidades familiares não referidas explicitamente”. Chamando a atenção para os termos em destaque, são eles:

- a) art.226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado
- b) § 4º. - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
- c) § 8º. – O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.(grifo nosso)

Analisa o autor que, no caput do art. 226, o legislador ao falar de *família* não menciona um tipo específico, como o fazia nas legislações brasileiras anteriores. Como exemplo, o art. 175 da Constituição de 1967, ao citar a família, explicitava “família constituída pelo casamento”. Desta forma, ao suprimir esta locução, sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional *a família*, ou seja, qualquer tipo de família. Observa-se que a cláusula de exclusão de alguma forma de família além das elencadas desapareceu.

Para Lobo (2005, p. 10) o termo “*também*” do parágrafo 4º significa, igualmente, da mesma forma, de inclusão de fato sem exclusão de outros.” (Lobo, 2005, p. 10)

De acordo com a interpretação concedida por Lobo (2005), a Constituição Federal brasileira sempre reconheceu e, por conseguinte, tutela como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo, aquelas que possuem como características a afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade.

Pois, no que toca à interpretação das disposições normativas, os princípios de natureza constitucional agem como parâmetro de interpretação de toda e qualquer disposição infraconstitucional. (SGARBI, 2007, p. 245)

Cumprir destacar a Lei Maria da Penha³ nº 11.340/06, que na vanguarda do ordenamento jurídico brasileiro, tutelou a proteção à mulher, independentemente de idade ou orientação sexual. Reconhecendo, para os efeitos da mesma, que união entre duas mulheres é de fato uma entidade familiar.

Sobre o tema, Perlingieri (2002, p.244) afirma que, o merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em comunhão espiritual e de vida.

2.1. A família substitutiva ou adotiva

A palavra “adoção” “se origina do latim “*adoptio*” e significa dar o próprio nome a alguém”.

Várias são as definições do instituto da adoção. Alguns apenas a considera como simples ato jurídico como o faz Antonio Chaves (1994, p. 23):

Ato sinalagmático e solene, pelo qual obedecidos os requisitos da Lei, alguém estabelece, geralmente com um estranho, um vínculo fictício de paternidade e filiação legítimas, de efeitos limitados e sem total desligamento do adotando da sua família de sangue.

Outros, porém, ultrapassam o simples ato jurídico e a entendem como um ato de amor, como se visualiza nas palavras de Luiz Edson Fachin (2003 p. 424), quando sustenta

³ Lei em homenagem a Maria da Penha Maia, mulher que enfrentou anos de violência doméstica. Em seu artigo 1º, cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher nos termos do § 8º do artigo 226 da Constituição Federal.

que os laços de afeto se “[...] visibilizam desde logo, sensorialmente, superlativizando a base do amor verdadeiro que nutrem entre si pais e filhos”.

Neste diapasão, ressalta-se a palavra de Venosa (2005, p. 295), ao defender a adoção como sendo “uma filiação, exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva”.

Corroborando os pareceres acima, encontramos Maria Helena Diniz (2005, p. 485) que define adoção com caráter humanitário e moral:

É uma instituição de caráter humanitário, que tem por um lado, por escopo, dar filhos àqueles a quem a natureza negou e por outro lado uma finalidade assistencial, constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotado.

A adoção estabelece, além de uma relação natural, solidária, de cunho sociológico, um vínculo legal entre adotante e adotado, criando um laço de parentesco definitivo e irrevogável, gerando efeitos pessoais e patrimoniais, com direitos sucessórios.

Importa salientar que a adoção deve ser entendida sob a ótica do melhor interesse da criança e do adolescente e não sob o viés da família imaginada ou/e enquadrada como ideal pelo casal que pretende adotar.

Dessa forma, a adoção deve ser observada sob dois aspectos legais, que formam a base desse direito da criança e do adolescente, quais sejam: O primeiro deles é o “Princípio do Melhor Interesse da Criança”, indicado no art. 3º da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança (ONU, 1989), assegurando, em primeiro lugar, o bem estar da criança em detrimento de qualquer interesse dos pais. O segundo aspecto é a regulamentação do art. 227 da Constituição Federal através da Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que materializou o direito da criança e do adolescente de terem asseguradas a convivência familiar e comunitária.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), disciplina no artigo 3º:

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

O artigo 19 da mesma Lei determina: “Toda a criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária”. (grifo nosso)

A Lei n.º 8.069/1990, na Subseção IV, arts. 39 a 52, e, 141, 159 e 206, dispõe acerca da adoção.

O art. 41 determina: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

No artigo 43 encontra-se a real fundamentação do instituto da adoção, qual seja: encontrar uma família adequada para determinado órfão ou criança abandonada, o que deve prevalecer, é o bem estar emocional, educacional e financeiro do menor:

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

Percebe-se pela legislação acima, que a essência da Lei se baseia no bem estar da criança, para que esta possa se desenvolver emocional e socialmente na família que foi escolhida para acolhê-la, receber a educação, o amor e o carinho que não receberia se estivesse em um abrigo ou orfanato, muitas vezes destinada a um futuro incerto, com grandes chances de se tornar um adulto emocionalmente despreparado para a vida pessoal e profissional, quando não por acaso possível de cair na “teia” da marginalidade.

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA, DO ADOLESCENTE E DO CASAL HOMOAFETIVO.

A história dos direitos fundamentais está ligada à evolução filosófica dos chamados “direitos humanos” como direitos de liberdade, atrelados à natureza humana e aplicados primariamente como forma de confinar a atuação estatal, possuindo íntima relação com a formação do chamado “novo constitucionalismo”.

Dessa forma, a evolução dos direitos fundamentais, assim como a sua gênese, está diretamente ligada ao desenvolvimento do Estado Moderno. A trajetória dos direitos fundamentais tem como ponto comum o surgimento do Estado Moderno Constitucional, “cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem”. (SARLET, 2011, p.36)

Isso significa que a sistemática dos direitos fundamentais, da forma como hoje é conhecida, afasta-se de singulares concepções naturalistas ou positivistas do Direito, localizando-se justamente no período denominado “pós-positivismo”, marcado pelo império da Constituição, e pela normatização dos princípios em detrimento do conceito tradicional de soberania

3.1 Compreensão da Expressão “Direito Fundamental”

Prefacialmente, importante investigar o significado da expressão “direitos fundamentais”.

Até a Emenda Constitucional nº 1/1969, o Brasil adotou a expressão “direitos individuais”, conforme se infere do seu artigo 153 (Capítulo IV – Dos Direitos e Garantias Individuais), como sinônimo da moderna denominação de “direitos fundamentais”. Naquela época vingava a influência dos albores do liberalismo, e a sua visão eminentemente individualista, que não distinguia as liberdades coletivas e não conhecia a definição de pessoa.

Lorenzetti (1998, p.151) afirma que a expressão “direitos fundamentais” é a mais apropriada porque não exclui outros sujeitos que não sejam o homem e também porque refere-se àqueles direitos que são fundantes do ordenamento jurídico e evita uma generalização prejudicial.

Sarlet (2011, p. 36) apresenta um traço de distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, sendo a primeira de cunho jusnaturalista, ainda não positivados; a segunda relacionado à posituação no direito internacional; e, a terceira, como direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado.

Galdino (2005 p. 11) esclarece que “[...] os direitos fundamentais são normas: as normas “iusfundamentais” constituem o título jurídico para exercício do direito subjetivo fundamental correspondente, em linha de princípio [...]”

Nesse sentido acrescenta o autor

[...] é preciso deixar claro que os princípios jurídicos estabelecem alguns objetivos (fins) do ordenamento jurídico, sem especificarem com precisão os meios que serão utilizados para o seu alcance, isto é, sem prescreverem precisamente os comportamentos dos destinatários. Objetiva-se alcançar um determinado ‘estado de coisas’, cabendo aos aplicadores a identificação dos meios mais adequados para alcançá-la.” (GALDINO, 2005, p.27)

Galdino (2005, p. 4-7) afirma, ainda, que os direitos fundamentais é um fenômeno jurídico uno que deve ser compreendido através de duas concepções complementares e indissociáveis: direitos subjetivos e princípios fundamentais do Estado de Direito.

Nesse viés de orientação, os direitos fundamentais na sua dimensão objetiva são normas jurídicas de direito fundamental, especificamente princípios jurídicos que estabelecem uma presunção acerca da existência de um direito subjetivo fundamental.

Nesse diapasão, Sarmiento (2006, p.105 -106) traz à tona a chamada “dimensão objetiva dos direitos fundamentais”, realçando que, com o advento do Estado Social, a concepção de direitos fundamentais, até então visualizados numa perspectiva subjetiva pelo então Estado Liberal, cuidando-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica, passou a adotar um novo efeito, qual seja: “a dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política constituindo, como afirmou Konrad Hesse, as bases da ordem jurídica da coletividade”.

E ainda,

Com efeito, na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte de sua atuação. [...] Mas não é só. A dimensão objetiva do reconhecimento de que os direitos fundamentais condensam os valores mais relevantes para determinada comunidade política. E, como garantia de valores morais coletivos, os direitos fundamentais não são apenas um problema do Estado, mas de toda a sociedade. (Sarmiento, 2006, p. 106-107)

Os direitos fundamentais, portanto, por concretizarem os valores máximos do ordenamento jurídico na forma propugnada na Constituição Federal, devem subordinar toda a sociedade, nela incluída o Poder Público (Estado) e os particulares (pessoas físicas e jurídicas).

No Brasil, os direitos fundamentais estão preconizados no Título II da CRFB/88, sendo que o constituinte considerou ilegítima qualquer proposta tendente a aboli-los, *ex vi* do artigo 60, § 4º da Constituição (as chamadas cláusulas pétreas).

Especificamente em relação aos direitos sociais é indiscutível a existência de limites ao poder reformador. Os direitos sociais, apesar de não mencionados em sua literalidade pelo art. 60, § 4º, da Constituição de 1988, que somente se refere aos "direitos e garantias individuais", são meras especificações desses últimos. Os direitos ali referidos, em verdade, tanto aglutinam às liberdades individuais, que podem ser opostas ao próprio Estado, como o direito a prestações, que situa o indivíduo no pólo ativo de uma relação obrigacional instituída *ex vi legis*. Além disso, não se pode restringir a proteção constitucional ao rol de direitos previsto no art. 5º, preceito situado no Capítulo intitulado "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos" excluindo outros previstos no texto.

Essa conclusão, aliás, deflui da própria letra do § 2º do art. 5º:

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.

Assim, quer se analise a questão sob uma perspectiva explícita, entendendo estarem os direitos sociais incluídos sob a epígrafe dos "direitos e garantias individuais", quer seja valorada a matéria sob o prisma dos limites imanentes do poder reformador, os direitos sociais erigem-se como efetivos limites de ordem material. (SARLET, 2003)

Costuma-se, ainda, identificar três gerações de direitos fundamentais, as quais, não obstante sucessivas entre si, não excluem as anteriores, coexistindo harmonicamente. São os direitos individuais, os direitos sociais e os direitos de fraternidade, classificação que repete o ideário político da Revolução Francesa: *liberté, égalité et fraternité*.

A primeira geração alcança os direitos individuais e políticos, que são verdadeiros direitos de defesa, impondo limites à ação estatal. Tais direitos foram consagrados na Declaração Francesa dos Direitos do homem e do Cidadão de 1789, e na Declaração da Virgínia, de 13 de junho de 1776, fruto da Revolução Americana.

A segunda geração corresponde aos direitos sociais, econômicos e culturais, que exigem um *facere* do Estado, vale dizer, uma ação positiva com o fim de propiciar melhores condições de vida (*lato sensu*) à pessoa humana e diminuir as desigualdades sociais. Como marcos fundamentais dessa geração, podem ser mencionadas as Constituições do México de 1917 e a alemã de Weimar de 1919.

A terceira geração alcança os direitos difusos, que rompem a individualidade do ser humano para abarcar grande parcela do grupamento ou a própria espécie, do que são exemplos o meio ambiente e o direito à saúde e à educação públicas. Em síntese: são direitos despersonalizados, pertencentes a todos e, simultaneamente, a ninguém em especial.

A caracterização dos direitos fundamentais em dimensões, justificada em razão de elementos históricos, guarda sua importância à medida que demonstra que a evolução desses direitos está diretamente ligada às lutas sociais travadas durante o desenvolvimento do Estado Moderno.

Além da classificação dimensional, oportuno se faz o enfoque dos direitos fundamentais sob o critério funcional, formulado por Robert Alexy (2011, p. 195) em sua obra

“Teoria dos Direitos Fundamentais”, por meio do qual esses direitos podem ser divididos, a depender da função que é desempenhada no caso concreto, em direitos de defesa e direitos prestacionais.

Os direitos de defesa, na acepção de Alexy (2011, p. 195-196), pressupõem a abstenção do Estado frente à liberdade dos indivíduos; os direitos prestacionais, por outro lado, requerem a prática de atos concretos por parte do Poder Público.

Por meio dessa divisão é possível identificar a predominância dos direitos fundamentais sociais como “direitos prestacionais”, característicos do advento do Estado Social, que em lugar de se satisfazerem mediante uma abstenção estatal, como é o caso dos direitos de defesa - típicos do Estado Liberal, requerem ação positiva que se traduz na prestação de algum bem ou serviço. (CANOTILHO, 1998, p. 81)

A concretização dos direitos prestacionais, além dos limites jurídicos impostos pelo princípio da separação dos poderes e pela discricionariedade administrativa, envolve problemas de natureza econômica que não se fazem presentes de maneira tão acentuada nos direitos de defesa, o que acarreta reflexos distintos em termos de eficácia e efetividade. (CALIENDO, *apud* SARLET, 2008, p.196)

De acordo com o estudo realizado por Holmes e Sunstein (*apud* AMARAL, 2010, p. 56), os direitos de defesa também geram custos para o Estado, pois a garantia das liberdades públicas também importa em alocação de recursos para aparelhar os órgãos estatais dispostos a esse fim.

Mesmo tendo em conta que os direitos de defesa e os prestacionais importam dispêndio de recursos públicos, ainda reputa-se útil a distinção efetuada, pois o déficit de efetividade, por um complexo de fatores, concentra-se nos direitos prestacionais, realidade que demonstra válida a classificação. (AMARAL, 2010, p.71)

Efetuada a distinção entre direitos de defesa e direitos prestacionais, percebe-se que aqueles, por simplesmente se concretizarem ante a abstenção do Estado, não suscitam problemas em sua aplicação. Já os direitos prestacionais, por demandarem atividades

positivas do Estado, com o dispêndio de recursos públicos, encontram barreiras para sua efetivação. (AMARAL, 2010, p.71-72)

3.2 O Direito Fundamental da criança e do adolescente à adoção

O instituto da adoção tem evoluído na legislação brasileira, sobretudo após a Constituição Federal de 1988 (artigos 226 e 227), e também com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei 8.069/90), com a Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto 99.710/90), com o Código Civil de 2002 (Lei 10.406/02) e com a Lei 12.010/09, a qual teve como objeto principal a adoção. Todavia, até o presente momento a legislação vigente não foi capaz de resolver a problemática daqueles que passam grande parte da infância e juventude à espera de um lar, em situação de manifesta afronta à dignidade da pessoa humana e exclusão social.

O elo de concretude dos direitos fundamentais, indene de dúvidas, é o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no ápice da Carta Magna de 1988, do qual resulta a cláusula geral de tutela humana. Ana Paula de Barcellos (2002, p. 110-111) esclarece que o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos. Isto é: terá respeitada a sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles.

O constituinte de 1988 adotou a doutrina da proteção integral e, a partir de então, formou-se o Fórum Nacional de Defesa da Criança e do Adolescente – integrado por diversas entidades não-governamentais e por representantes de órgãos públicos ligados ao tema.

Assim, o Estatuto de Criança e do Adolescente (ECA) foi elaborado com ampla participação de movimentos sociais, o que lhe conferiu ainda maior legitimidade perante os atores que formam o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente.

Nessa esteira de entendimento, a preocupação com o melhor interesse da criança e do adolescente, visando proporcionar-lhes proteção integral, trouxe como consequência, a

ab-rogação do Código de Menores e a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), através da Lei nº 8. 069/ 90 que reserva com relação ao item “adoção”, entre os duzentos e sessenta e sete artigos, alguns preceitos normativos para tratar do tema, entre eles, os artigos 28 a 32, assim como, os artigos 39 a 52.

A Constituição Federal de 1988 com perspectiva e ênfase humanistas, dedica à criança especial proteção, garantindo-lhe direitos e igualando em direitos e qualificações os filhos havidos ou não da relação de casamento. Assegurando, ainda, que, o filho inserido à família por meio da adoção, tem tratamento jurídico isotônico em relação ao filho biológico.

Art. 227 CF: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, á educação, ao lazer, à profissionalização, á cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

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

O artigo, além de garantir à criança e ao adolescente os direitos fundamentais para o desenvolvimento do ser humano, assegura também o direito à adoção, incentivando a colocação em família substituta numa tentativa de se evitar o tráfico de crianças ou outras situações danosas, protegendo-a de toda forma de exploração.

Segundo o Princípio da Prioridade Absoluta, inserido na Constituição Brasileira de 1988, a criança e o adolescente devem figurar, obrigatoriamente, entre as prioridades das autoridades públicas.

Importa destacar que o art. 208 da Lei nº 8.069/90 assegura, de forma expressa, a sindicabilidade desses direitos junto ao Poder Judiciário, *in verbis*:

Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular: I - do ensino obrigatório; II - de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência; III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; IV - de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; V - de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental; VI - de serviço de

assistência social visando à proteção, à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem; VII - de acesso às ações e serviços de saúde; VIII - de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade. Parágrafo único As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei.

O tratamento jurídico especial e o Princípio do Melhor Interesse da criança estão, portanto, correlacionados com o Princípio da Condição Peculiar de Pessoas em Desenvolvimento, isto é, a criança e o adolescente que encontram-se em formação, seja sob aspectos físicos, emocionais, intelectuais. Desse modo, não conhecem totalmente os seus direitos e não são capazes de lutar por sua implementação. E é justamente por essa condição de pessoas em desenvolvimento que são detentores de direitos especiais.

Nesse diapasão, o Estatuto de Criança e do Adolescente (ECA) trouxe uma nova visão sobre a criança e o adolescente, em que lhes foram garantidos direitos fundamentais. É a universalização dos direitos, levando em consideração que são pessoas em formação, em processo de desenvolvimento. Isso na prática significou enxergar a criança e o adolescente como vítima de um sistema de desigualdade social e não como os “responsáveis” pelos males da sociedade, como eram vistos pelo antigo Código de Menores.

Como bem explica Elaine Castelo Branco (2007, p. 4):

Importa destacar que o paradigma constitucional da proteção integral, em prioridade absoluta, dirigido aos sujeitos de direitos, criança e adolescente, coloca na mão do cidadão comum, mecanismos legais não só para criar serviços necessários a um desenvolvimento sadio em condições de liberdade e de dignidade. Ele investe também na criação de um comprometimento da sociedade com um todo com o ideal de proteção à infância.

O Princípio da Proteção Integral - proteção aos direitos fundamentais da criança e do adolescente - em termos constitucionais foi introduzido em nossa Carta Magna através do art. 227.

Seguindo a diretriz traçada pela Carta Magna o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), fixando como critério interpretativo do ordenamento jurídico a tutela da

formação da personalidade do menor, prestigiando o vínculo familiar, como se aduz em seu art.19.

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Portanto, na impossibilidade da criança conviver em sua família de origem põe a salvo o direito da criança e do adolescente de ser criado e educado por uma família substituta.

Nesse sentido Perlingiri (2002, p. 244) aduz que,

Para tornar possível a participação também aos menores que não tenham possível tido ou tenham perdido a possibilidade de uma estável comunhão de afetos, o ordenamento prevê a constituição, com a mesma dignidade em relação à família *iure sanguinis*, de uma formação social onde convivem pessoas por relações [...].

Neste viés de proteção, os doutrinadores se preocuparam em proporcionar às crianças e adolescentes que não tiveram seus direitos fundamentais básicos efetivados em suas famílias originais, uma segunda oportunidade, colocando-as em famílias substitutas.

De acordo com o art. 4º do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), assegura-se a esses menores, a efetivação dos direitos fundamentais, tais como: à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária.

Observa-se, portanto, que em todo o ordenamento jurídico do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) verifica-se a preocupação de inserção dos menores em ambiente e convivência familiar, como se aduz o art. 12.

Art. 12. Os estabelecimentos de atendimento à saúde deverão proporcionar condições para a permanência em tempo integral de um dos pais ou responsável, nos casos de internação de criança ou adolescente.

Corroborando a necessidade de integração da criança na família, tem-se a palavra do pediatra humanista, Meraldo Zisman (2007, p. 63), ao relatar que pautou sua vida profissional preocupado com a situação da criança e lutando pela permissão nos hospitais, nos idos da década de 60, do internamento da criança juntamente com a mãe

“[...] Separar a criança da mãe é uma dupla agressão [...] não se pode praticar a pediatria isoladamente [...] como se a criança não tivesse família [...]”.

De igual forma, o art. 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) apregoa que, a criança e o adolescente tem direito à liberdade e que, esta compreende o direito de locomoção, de expressão, de crença, de diversão, de participação da vida familiar, comunitária e política e de refúgio, auxílio e orientação.

Nesta esteira, Paulo Henrique Donadli e Rosiane Sasso Rissi (2008, p. 41). defendem que “[...] viver em família é a melhor forma de resguardar a dignidade da criança e do adolescente, permitindo-lhes um desenvolvimento pleno [...]”.

Destaca-se ainda, que entrou em vigor, no dia de 03 de agosto de 2009, a Lei de Adoção Lei nº 12.010 que alterou algumas regras de adoção de crianças e adolescentes.

Esta lei traz algumas mudanças, por exemplo, como disciplinar a adoção por famílias estrangeiras e permitir que maiores de 18 anos (até então apenas os maiores de 21 anos), independente do estado civil, e até mesmo casais já separados, possam adotar um filho e regula a adoção conjunta.

Todavia, apesar do avanço, a norma é omissa em relação à possibilidade de casais homossexuais adotarem uma criança ou adolescente. A nova lei descreve que, "para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família".

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

Art. 19[...]

§ 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

Cabe recordar que, em caso de adoção, sempre se considerará o melhor interesse do menor, o qual deverá ser verificado à luz do caso concreto.

3.2.1 OS “INADOTÁVEIS”

A doutrina jurídica brasileira ainda é acanhada em discorrer sobre a realidade dos “inadotáveis” (DIAS, 2007, p. 82), principalmente sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais *versus* a responsabilidade do Estado em proporcionar acesso a esses direitos.

Observa-se que em relação ao desrespeito à dignidade da população infanto-juvenil identificam-se direitos violados, negligenciados. A discriminação, o preconceito, a falta de cuidado e ausência de afeto, atingem principalmente as crianças e adolescentes negros, especialmente no momento da adoção.

A mídia e as estatísticas apresentadas em relação ao perfil das crianças e adolescentes preteridos pelos futuros pais no momento da adoção vêm demonstrando que tais violações começam no seio familiar e depois continuam se perpetuando nos abrigos.

No Brasil, dependendo das características desse menor, a adoção poderá se tornar uma possibilidade remota. Isso porque os adotantes brasileiros, em sua imensa maioria, tem preferências específicas com relação à criança, conforme expõe Granato (2008, p. 124): “entre os brasileiros dispostos a adotar, poucos se encontram que desejam fazê-lo em relação a pretos, pardos, deficientes físicos ou mentais e a crianças de mais idade ou adolescentes [...]”

Conforme Silva Filho (2009, p. 296), “[...] mais de três quartos dos pretendentes à adoção, no Brasil, buscam crianças com menos de três anos de idade e que pelo menos a metade dos pretendentes não adotaria crianças com mais de dois anos de idade”. Isso faz com que um grande número de crianças e adolescentes cresça sem a experiência de um convívio familiar saudável, que possa lhes proporcionar a verdadeira inserção na

sociedade. Essas crianças e adolescentes acabam formando um grupo de marginalizados que não tem acesso aos direitos e garantias fundamentais em sua plenitude.

3.3 O Direito Fundamental do casal homoafetivo à adoção

A Constituição Federal, na construção de uma sociedade verdadeiramente democrática, onde se busca garantir o exercício efetivo e pleno de cidadania, prima pelo respeito à liberdade, à igualdade e à justiça, incitando a uma convivência harmoniosa e sem preconceitos, assegurando o direito à pluralidade de formas de existência.

Nesta esteira de pensamento, foi conferido a todos, de modo igual, direitos e garantias fundamentais, segundo disposto no caput do art. 5º:

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.

Entretanto, Vinicius Roberto Prioli de Souza, (2007, p. 19) questiona “[...] sobre o valor do direito à vida se não for para existir o direito à vida digna”, (grifo nosso).

Apesar de estar se reportando ao estudo da utilização de células-tronco, essa observação refere-se ao princípio motriz de toda a nossa Constituição. A partir dos direitos vitais como à vida, à liberdade, à integridade física e mental, à saúde e à honra, sem os quais não se pode admitir a existência do homem livre, outros lhes são adjacentes como o direito à intimidade, à igualdade, à vida privada sem preconceitos de raça, cor ou sexo, corolários da cidadania e da vida digna.

Bonavides, (*apud* BEZERRA, 2001, p.118) citando Hesse, aponta:

a vida fundada na liberdade e na dignidade humana, como objetivo dos direitos fundamentais e citando Carl Schmitt, fixa dois critérios formais de caracterização dos direitos fundamentais, a saber, um, segundo o qual podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional e o segundo, de acordo com o qual os direitos fundamentais são aqueles que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia e segurança [...]

O primeiro artigo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 declara que os seres humanos nascem iguais em dignidade e em direitos; o inciso I do art. 2º estabelece que todos têm capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo ou qualquer outra condição.

Ratificando, nossa Constituição Federal, no inciso III do artigo 1º, consagra, em norma pétrea o respeito à dignidade da pessoa humana:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:

[...]

III- a dignidade da pessoa humana

Igualmente, veda qualquer discriminação com base no “sexo” das pessoas. José Afonso da Silva (2006, p. 214) ratifica que a Carta Magna de 1988, tutela o livre exercício da sexualidade “[...] sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo [...] não apenas a igualdade, mas também a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quiserem.”

E segue afirmando que, o constituinte tivera receio de mencionar, explicitamente, “orientação sexual”, no inciso IV do art. 3º para não gerar “[...] deformações prejudiciais a terceiros; daí, a opção por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação [...]”. (SILVA, 2006, p. 214)

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 (grifo nosso)

Paulo Luiz Netto Lobo (2005), invocando o professor Canotilho, explicita que a primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado. Para ele, uma das funções dos direitos fundamentais, mais acentuada ultimamente pela doutrina, é a que se pode chamar de “função não discriminadora”.

Trazendo a lição de Canotilho para a esfera homossexual, significa que a função de não discriminação tem o condão de o Estado assegurar aos seus cidadãos tratamento igualitário, fundamentalmente iguais, assegurando-lhes todos os direitos.

De igual forma defende Maria Berenice Dias (2004) ao afirmar que “o grande pilar que serve de base à Constituição é a consagração dos princípios da liberdade e da igualdade” e que já no artigo 5º, inciso I, nossa Carta Magna enfeixa um deles – o princípio da igualdade - ou seja, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. E, se todos são iguais perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza*, aí está incluída, obviamente, a opção sexual que se tenha, pois não se pode dizer que a pessoa é protegida constitucionalmente contra qualquer tipo de discriminação e esta não envolver o direito à orientação sexual.

Defendendo esse entendimento pode-se lembrar o estatuído no artigo 5º, inciso X;

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza[...]garantindo-se[...]o direito à vida,, à liberdade, à igualdade...nos termos seguintes;

[...]

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada,, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O artigo deixa claro que a intimidade e a vida privada fazem parte do direito privativo das pessoas, devendo o Estado defendê-los, assegurando e garantindo àqueles que a ele recorra, a proteção jurisdicional, combatendo preconceitos e discriminações de qualquer natureza.

Portanto, fica evidente, que a interpretação de todo o texto constitucional deve ser fincada nos princípios da liberdade, igualdade e despida de qualquer preconceito, porque tem como alicerce o princípio da dignidade humana.

Focalizando o Estatuto da Criança e do Adolescente depreende-se de que não há qualquer restrição quanto à orientação sexual dos adotantes, pois a sexualidade da

pessoa não é óbice para que a mesma possa prover o menor com recursos materiais e pessoais, incluindo-se os de ordem emocional e moral. De acordo com Tânia da Silva Pereira (1996, p.58), os juristas provavelmente poderão se deparar com “[...] situações fáticas onde deverão optar por soluções que representem o menos prejudicial para a criança e para o jovem [...]”, pois no entender de alguns, poderá não ser a melhor solução, porém merece ser reconhecida como menos prejudicial do que a permanência em instituições.

O art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) reformado pela Lei 12.010/2009 prescreve que, “podem adotar os maiores de 18 anos, independentemente do estado civil”. No caso, concorrem à adoção tanto homens ou mulheres, em conjunto ou isoladamente, exigindo-se que sejam preenchidos os requisitos do art. 39 e seguintes do Estatuto:

Art. 39 – A adoção da criança e do adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta lei.

Além da exigência de que os adotantes sejam maiores de 18 anos, exige-se de que sejam ambos dezesseis anos mais velhos do que os adotados, sejam capazes, não se permitindo a adoção por ascendentes ou irmãos do adotando.

Entretanto, a condição mais importante e ressaltada é que só se defira a colocação em família substitutiva, se houver reais vantagens para os adotados e fundada em motivos legítimos.

Cumprido destacar que, a Lei 10.406/2002 ao regular o instituto da adoção não revogou o Estatuto da Criança e do Adolescente, e em verdade, reproduz vários de seus dispositivos.

O Código Civil permite através do art. 1.622, que o casal formado por homem e mulher, independente do vínculo matrimonial, possa adotar, bastando apenas que um dos consortes tenha preenchido os requisitos legais. Entretanto, este artigo, *a priori*, pode ser entendido como um obstáculo à adoção por casal homoafetivo, que contextualiza:

Art. 1.622- Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável. (grifo nosso)

Insta destacar que a interpretação da norma infraconstitucional, no que tange à exigência da diversidade de sexos do casal adotante como requisito à adoção, deverá alinhar-se à interpretação concedida à Constituição Federal, em especial, a da igualdade entre os indivíduos.

De igual forma, o STF em decisão recente reconheceu o direito às pessoas com união homoafetiva de ter tratamento paritário às pessoas com união estável

Mister também destacar que o art. 42, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece como requisito para a adoção conjunta que os candidatos sejam unidos pelo matrimônio ou vivam em união estável, comprovada a estabilidade da família. A união homoafetiva foi equiparada à união estável para todos os efeitos. Portanto, qualquer impedimento legal que se vislumbrasse, já não cabe mais dentro do ordenamento brasileiro hodierno.

Ressalta-se que o princípio da igualdade deve ser entendido em suas duas vertentes: igualdade formal e igualdade substancial.

Enquanto a igualdade formal decorre da proibição de discriminação em razão de sexo, raça, cor, origem, religião, língua, instrução, situação econômica ou social, portanto proíbe de forma absoluta tratamento diferenciado entre os cidadãos, a igualdade substancial importa na obrigação do Estado de promover a igualdade real, na esfera econômica, social e cultural, dos cidadãos. (PRATA, 1982, p.99-104)

Destarte, há na sociedade e no mundo jurídico, muitos que condenam ou questionam a possibilidade de adoção por casais homoafetivos, alertando para “[...] o perigo de identificação das crianças com o modelo dos pais, o que as levaria por lealdade afetiva, a se tornarem também, homossexuais, o que se configura num argumento absolutamente falso.” (MASCHIO, 2002, p. 6).

Refutando tal análise, comparece Silva Júnior (2007, p. 114) defendendo que na perspectiva psicológica, essa identificação não se processa em razão de a criança “[...] perceber e interagir com um pai (um corpo masculino) e uma mãe (um corpo feminino)” – mas, que a identificação ocorre através de simbologias, ou seja, com base

em desempenho dos papéis culturalmente definidos como masculinos (para o papel do pai), e femininos (para o papel da mãe).

Jane Justina Maschio (2002, p. 6) questiona a identificação com o argumento que “[...] se os filhos imitassem os pais fosse uma verdade inexorável, como se explica que crianças, geradas, criadas e educadas por casais heterossexuais, se descubram e se proclamem mais tarde homossexuais?”

Corroborando com a assertiva, Tereza Rodrigues Vieira (2005, p. 14) lembra que “[...] todos os homossexuais que conhecemos são filhos de heterossexuais convictos, portanto a orientação sexual não exerceu nenhuma influência. O que importa é o afeto e o carinho, quer venham de família hetero ou homossexual.”

Na esteira da análise sobre o a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente ao ser adotado, Silva Júnior conclama Anna Paula Buchalla⁴ (*apud* SILVA JUNIOR, 2007) afirmando que o bom senso deve prevalecer aos magistrados quanto à análise entre a colocação do menor em lar material e afetivamente bem estruturado, amparando-o dentro dos princípios constitucionais de uma vida digna, em confronto com a realidade de um país com graves desrespeitos aos direitos humanos, inserindo o menor, no seio de uma família, independente do sexo dos adotantes.

O que se discute não é apenas a “letra fria” da lei, mas a obrigatoriedade de, com a aplicação dos princípios constitucionais, permitir alterar a realidade das crianças e adolescentes em situação de abandono, proporcionando-lhes uma vida digna com possibilidades afetivas, psíquicas, materiais.

⁴ BUCHALLA, Anna Paula. Meu pai é gay, minha mãe é lésbica. In : Revista Veja, São Paulo, 11 julho de 2001

4. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE EM ESTADO DE ABANDONO E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Na busca da efetividade dos direitos fundamentais da criança e do adolescente em estado de abandono ressalta-se os direitos sociais enquanto direitos subjetivos à prestações exigíveis do Estado, ou seja, a possibilidade de a partir da norma constitucional e independente de qualquer situação legislativa reconhecer um direito subjetivo à prestação que se constitui no objeto precípua do direito fundamental consagrado pela Constituição. (SARLET, 2011, p. 299)

O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei da Adoção 12.010/2009 – afinado com a vontade do constituinte, foram elaborados segundo os Princípios da Proteção Integral, sendo este um conjunto amplo de mecanismos jurídicos que visam tutelar a criança e o adolescente, e do Melhor Interesse do Menor, que configura a busca, no caso concreto que envolva a criança e o adolescente, pela solução que mais lhes traga benefícios.

Destaca-se que, a norma existente e válida será eficaz tão logo esteja apta a produzir os efeitos que lhe são próprios, o que se dará no momento em que se implementarem as condições previstas em seu texto ou em outra norma. Não obstante existente, válida e eficaz, a norma somente terá efetividade (ou eficácia social como preferem alguns) quando seus efeitos, concebidos em estado latente, se materializarem no plano fático.

Adota-se uma concepção principiológica da Constituição apta a maximizar a efetividade das normas que veiculam direitos fundamentais sociais. A investigação abrange o exame da norma constitucional que prescreve a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, bem como a hipótese de concretização de direitos prestacionais diretamente do texto constitucional.

A natureza constitucional, por óbvio, não desvirtua ou enfraquece a sua normatividade, estendendo-se a elas as características inerentes às demais normas jurídicas.

A análise da efetividade das normas constitucionais pressupõe uma breve referência à classificação das referidas normas.

José Afonso da Silva (2000, p. 261) elaborou, quanto à sua eficácia e aplicabilidade, uma divisão tripartite das normas constitucionais. Segundo essa classificação, tem-se: a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas restringíveis; e c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que se subdividem em normas definidoras de princípio institucional e normas definidoras de princípio programático.

Normas constitucionais de eficácia plena são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata, produzindo ou tendo a possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais nelas previstos. Não necessitam de integração normativa ulterior para a sua aplicação e criam situações subjetivas de vantagem ou vínculo, exigíveis de imediato.

As normas constitucionais de eficácia contida, embora tenham igualmente recebido normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, também criando situações subjetivas de vantagem caracterizadoras de direitos subjetivos, podem ter sua eficácia e aplicabilidade limitadas por outras normas. Enquanto não editada a legislação restritiva, terão eficácia plena.

Quanto às normas de eficácia limitada, em geral, não receberam normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário o ônus de completar a regulamentação da matéria nelas prevista em princípio ou esquema.

Silva (2000, p. 262) ressalta que:

as de princípio institucional encontram-se principalmente na parte orgânica da constituição, enquanto as de princípio programático compõem os elementos socio-ideológicos que caracterizam as cartas magnas contemporâneas. Todas elas possuem eficácia ab-rogativa da legislação precedente incompatível e criam situações subjetivas simples e de interesse legítimo, bem como direito subjetivo negativo. Todas, enfim, geram situações subjetivas de vínculo.

As normas constitucionais de princípio institucional podem deixar uma margem maior de liberdade ao legislador ou indicar desde logo o conteúdo da lei. As de princípio programático limitam-se a traçar os princípios a serem cumpridos pelas diferentes

funções estatais, sempre com o objetivo de realizar os fins inerentes à organização estatal.

As normas programáticas, apesar de não possuírem eficácia suficiente à regulação de uma situação fática ou jurídica previamente definida, a exemplo das demais normas jurídicas, possuem o atributo da imperatividade. Assim, além de prestarem um relevante auxílio na interpretação das normas infraconstitucionais, exigem que todos os atos emanados do Poder Público, de natureza normativa ou não, sejam com elas compatíveis. (SILVA, 2000, p. 263)

Conforme dispõe o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”

Destaca-se que o dispositivo que dispõe acerca da aplicação imediata dos direitos fundamentais tem suscitado acirrada controvérsia no seio da doutrina e da jurisprudência brasileira. (SARLET, p. 235)

Sarlet (2011, p. 261) afirma que a doutrina pátria (a exemplo do que ocorre no direito comparado, embora de forma menos acentuada) ainda não alcançou um estágio de consensualidade no que concerne ao significado e alcance do preceito em exame.

Nesse contexto, questão a ser examinada diz respeito à abrangência da norma, isto é, se aplicável a todos os direitos fundamentais, ou se restrita aos direitos individuais e coletivos do art. 5º da Constituição Federal.

Sarlet (2011, p. 262) afirma que o argumento de uma aplicação de norma contida no art. 5º, §1º, da CF apenas aos direitos individuais e coletivos não se sustenta, seja através de uma interpretação cingida à letra do texto constitucional ou baseada em uma interpretação sistemática e teleológica.

Nesse diapasão, o significado do art. 5º, § 1º, da CF não poderá ser reduzido ao que se atribui ao princípio da constitucionalidade, sob pena de equiparação entre os direitos fundamentais e as demais normas constitucionais.

Nesse contexto, as normas constitucionais que dispõem direitos sociais, na medida em que asseguram a imediata fruição desse direito têm eficácia plena e aplicabilidade imediata, prescindindo de integração pela legislação infraconstitucional.

Com efeito, ressalta-se que, a Lei Federal 8.069/90 (ECA) prevê o direito de exigir do Estado a efetividade dos direitos sociais da criança e do adolescente.

Art. 98 – As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II- por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis;

III – em razão de sua conduta.

Verifica-se, portanto, que, o Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta as ações voltadas para o melhor interesse destes em face das circunstâncias, colocando a adoção em um patamar novo, como medida de realização de direito fundamental.

Não bastasse isso, essa conclusão é reforçada por integrarem o rol mínimo de direitos imprescindíveis a uma existência digna, o que afasta qualquer tentativa de postergar a sua efetivação. Igual conclusão, aliás, deverá prevalecer quanto aos já mencionados preceitos da Lei nº 8.069/90.

Ressalta-se que a efetividade do direito à educação é um dos instrumentos necessários à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais; e à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A principal tarefa estatal, atualmente, é de desligar a soberania popular de sua controvertida origem histórica e contemplá-la em concomitância com a dignidade humana, em específico, e com direitos fundamentais, em geral (HÄBERLE, 2002, p.25).

Para Fachin (2006, p. 181), os direitos fundamentais, neles incluídos os direitos sociais, são invioláveis e inerentes à dignidade da pessoa humana; neles se traduzem e concretizam as faculdades que são exigidas pela dignidade, assim como circunscrevem o âmbito que se deve garantir à pessoa para que aquela se torne possível.

Também preocupado com a vacatura no conceito da dignidade da pessoa humana, Sarlet (2006, p. 223) apresenta uma conceituação jurídica que reúne a perspectiva ontológica e a busca da sua faceta intersubjetiva (relacional) e das suas dimensões negativa (defensiva) e positiva (prestacional):

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Em relação aos direitos sociais a prestações encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como a criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem. (SARLET, 2011, p. 284)

Nessa esteira de intelecção é possível aduzir que os direitos fundamentais sociais, diversamente dos direitos civis e políticos, exigem prestações positivas por parte do Estado para serem concretizados. A adoção dessas novas funções caracteriza o Estado Social, que busca a promoção da igualdade material entre os cidadãos. (BONAVIDES, 2003, p. 564)

De acordo com Barroso (1993, p. 83)

[...] a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.

Trata-se, portanto, com base em uma norma proclamatória de direito fundamental social, reconhecer ao particular, no caso, à criança e ao adolescente, assim como o casal homoafetivo, um direito subjetivo individual, isto é, a possibilidade de exigir judicialmente do Estado uma determinada prestação material (SARLET, 2011, p.299)

Nesse diapasão, como decorrência lógica da própria consagração de um direito, que é violável por excelência, tem-se como indispensável a possibilidade de utilização do poder de coerção estatal para assegurar a sua efetiva implementação no plano fático.

Entendendo desatendido um direito seu em razão da inobservância de um dever jurídico que recaía sobre outrem, poderá o interessado deduzir sua pretensão em juízo. (CARNELUTTI, 2000, p. 30)

Contudo, a exigibilidade de sua implementação dependerá do concurso de uma complexa rede de circunstâncias fáticas e jurídicas.

Em linhas gerais, exigirá, como antecedente lógico, o atendimento de outros direitos igualmente integrantes do mínimo existencial, que correspondem a valores de indiscutível fundamentalidade e preeminência em qualquer sociedade.

Em um segundo momento, exigirá, à luz do caso concreto, a realização de um juízo de ponderação em relação a outros princípios que igualmente incidem na espécie.

Além desses juízos valorativos, torna-se necessária a análise das possibilidades materiais do ente estatal, o que permitirá a transposição dos direitos normativamente previstos de um campo dominado pela retórica para uma seara ao alcance da realidade e da fruição social. (CARNELUTTI, 2000, p. 33)

4.1 O Mínimo existencial da criança e do adolescente

Os direitos sociais são essenciais para o bom desenvolvimento social. Essas necessidades fundamentais são determinadas pela sociedade e está intimamente relacionada à vida e à dignidade da pessoa humana. Por este motivo, pela perspectiva objetiva, estes direitos serão caracterizados como núcleo axiológico da Constituição. Deixar de atendê-los pode causar na sociedade um sentimento de injustiça. E, nesse sentido, compreender a noção de mínimo existencial será essencial para exigir tais prestações do Estado de forma razoável.

Se os direitos sociais estão fundamentados no conceito de dignidade da pessoa humana, estudar o mínimo existencial é estabelecer os limites impostos pela Constituição como garantias sociais mínimas aos indivíduos para que tenham realizada a sua própria dignidade. Trata-se do desenvolvimento lógico e direto do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este protegido pela intervenção estatal. Além disso, o fato da garantia ao mínimo existencial não estar reconhecida expressamente no texto constitucional, não significa que o constituinte deixou de considerar tal direito.

O núcleo fundamental de tal conceito é o fato de que a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. Esta existência deve ser digna, muito além da mera sobrevivência física e do limite da pobreza absoluta. Como exemplo, o óbvio: não deixar alguém sucumbir pela fome não é o suficiente. O indivíduo necessita de conhecimento para a fruição de todos os direitos fundamentais de forma a se desenvolver plenamente, foco este que pode ser dado primeiramente pelas condições básicas de vida como moradia, saúde e complementado pela educação.(SARLET, 2008, p. 19)

Ingo Sarlet (2008, p.19) relata que “a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna” foi sustentada pelo jurista alemão Otto Bachof, no início da década de 1950, e, desde então, a noção de garantia fundamental ao mínimo existencial passou a ser reconhecida pela jurisprudência alemã.

Não existe definição apriorística do mínimo existencial, posto que pode ser variável no tempo e no espaço, de acordo com o patamar de evolução econômico-social de determinada comunidade, devendo sua interpretação “levar em consideração a realidade circundante (cultura, social, geográfica e climática, etc.) e as circunstâncias pessoais do titular.”(SARLET, 2008, p.22)

A amplitude do conceito de mínimo existencial refletirá o consenso social sobre o núcleo material do princípio da dignidade humana em determinado momento histórico. Além de ser concebido como uma proteção à integridade física do indivíduo, o mínimo existencial representa a obrigação do Estado em propiciar meios que estimulem o desenvolvimento da autonomia do ser humano. (BARCELLOS, 2002, p. 197-198)

A noção de mínimo existencial constitui um *topoi* que reforça a tese do reconhecimento judicial de pretensões jurídico-subjetivas a prestações materiais do Estado.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já proferiu decisões que se fundamentam expressamente na noção de mínimo existencial, como é caso da decisão paradigmática proferida pelo Ministro Celso de Mello na ADPF n. 45, na qual se encampou a

possibilidade do controle judicial de políticas públicas quando em causa a proteção ao mínimo existencial.⁵

Sarlet (2002, p. 194) afirma que a reserva do possível não pode obstar a concretização judicial de direitos prestacionais afetos ao mínimo existencial. A afirmativa do autor, no sentido de que o mínimo existencial se configura em direito subjetivo que se sobrepõe ao obstáculo da reserva do possível guarda coerência com o princípio da dignidade humana e com o princípio do Estado Social. Contudo, a indeterminação do alcance e conteúdo de proteção do mínimo existencial relativiza esse postulado. (SARLET, 2002, p. 43)

Nesse sentido, Galdino (2007, p. 248-249) e Amaral (2010, p.185) questionam a corrente que entende ser o mínimo existencial sempre exigível. Segundo o autor, da mesma forma que os demais direitos sociais, a exigibilidade do mínimo existencial está condicionada à limitação de recursos, ressalvando, apenas, que a característica essencial e prioritária inerente ao mínimo existencial torna mais difícil sua restrição pela incidência da cláusula da reserva do possível.

Barcellos (2002, p. 126) buscou nas teorias de Rawls e Walzer o conceito de mínimo existencial. Segundo a autora, Rawls propõe uma teoria liberal de justiça. Acredita em um novo pacto social no qual os homens deixam de lado suas posições sociais, riquezas e profissões e estabelecem novas regras sociais que prevêm que todos detêm condições iguais de participação na sociedade. Este estado do indivíduo seria a cobertura por um “véu de ignorância” fundado nos princípios da igualdade ao sistema de liberdades básicas, desigualdades econômicas e sociais distribuídas de forma a garantir a todos a expectativa de benefícios e oportunidades.

Na teoria de Rawls, trabalha-se com o conceito de mínimo existencial em dois momentos. Primeiramente como uma condição pré-existente aos princípios da diferença e do arbítrio do legislador.

⁵ STF. ADPF 45 MC/DF. Rel. Celso de Mello. 29 de abril de 2004. Conferir também: STF. RE-AgR 410715/SP. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento: 22/11/2005. Segunda Turma. DJ 03.02.2006

Ainda de acordo com Barcellos (2002, p. 127), o filósofo traduz o princípio da diferença em três elementos: maximização do bem-estar dos menos favorecidos, posições e funções abertas a todos e igualdade equitativa de oportunidades. Estes elementos determinariam um fim estabelecido pelo constituinte e dirigido ao legislador. Neste ponto, o conceito de mínimo existencial seria um pressuposto lógico da construção destes princípios.

Em um segundo momento, irá distinguir dentro do princípio da diferença um conteúdo mínimo e este mínimo terá status de direito subjetivo constitucional. A importância disso é que esse mínimo deixa de ser uma vinculação à atuação do legislador para se tornar um direito constitucionalmente assegurado, independente da intervenção legislativa. Essa tese, aliás, vem corroborar o fato de que o mínimo existencial não precisaria estar taxativamente exposto na Constituição Federal. (BARCELLOS, 2002, p. 127)

Alexy (2011, p. 513) também trabalha com o conceito do mínimo sopesando os princípios da dignidade da pessoa humana, de um lado, e da separação dos poderes, de outro. Para o autor, “direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras” e, além disso, para o autor, o princípio da separação dos poderes e vinculação orçamentárias não são absolutos: são meios para atingir fins constitucionais. Complementa seu raciocínio, ainda, afirmando que o conteúdo da dignidade humana é importante demais para ser deixado a encargo do legislador.

Neste passo, mostra-se útil a adoção da teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy (2011, p. 517-518), na qual os direitos prestacionais são considerados direitos subjetivos *prima facie* - mandados de otimização - que poderão ser restringidos no caso concreto, sobretudo, em virtude dos limites de cunho econômico e político.

Enfim, embora possa variar na doutrina de acordo com o alcance, parece possível reconhecer um núcleo mínimo de direitos sociais que devem ser reconhecidos para as crianças e adolescentes para que possa ele se dar por devidamente garantido diante do Estado. Determinações constitucionais nesse sentido existem várias espalhadas no texto constitucional parecendo impossível reconhecer que essa não seja uma vinculação real ao poder público.

4.2 Políticas públicas, reserva do possível frente aos direitos fundamentais sociais da criança e do adolescente em estado de abandono.

No Direito, a maioria dos teóricos que tratam sobre o instituto da adoção aborda de forma superficial a questão das crianças institucionalizadas e de como as políticas públicas poderiam estar relacionadas com o tema.

Alguns dos componentes destas políticas encontram-se relacionados no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (traduzidos em ações, serviços e programas de atendimento, que por sua vez correspondem às medidas de proteção, sócio-educativas e destinadas aos pais ou responsável, nos moldes dos arts. 101, 112 e 129) e em outras normas.

Assim sendo, cabe ao Poder Público proporcionar - e assim deve fazê-lo espontaneamente - a plena efetivação de tais direitos (art. 4º, caput, do ECA), por intermédio de políticas públicas materializadas nas mais diversas ações, programas e serviços a serem implementados com a mais absoluta prioridade, numa perspectiva eminentemente preventiva e coletiva, inclusive sob pena de responsabilidade pessoal, administrativa, civil - inclusive por dano moral individual e/ou coletivo e mesmo criminal) do agente omissor, nos moldes do previsto nos art. 5º, 208 e 216, do ECA, sem prejuízo do ajuizamento de demanda específica quanto à obrigação de fazer/não fazer.

Salienta-se que, no tocante à política da infância, a Convenção sobre os Direitos da Criança trouxe grandes mudanças no tratamento jurídico até então dispensado a esses sujeitos. As leis infante-juvenis, especialmente na América Latina, serviram muito mais para reforçar e contribuir para a exclusão social, alimentando a adoção de políticas assistencialistas em vez de políticas básicas. As crianças eram vistas como o objeto do direito e não como os sujeitos de direitos.

O artigo 4º da Convenção dispõe que

“os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra natureza, com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os

recursos disponíveis e, quando necessários, dentro de um quadro de cooperação internacional”.

No Brasil, a obrigação de priorizar as políticas públicas da infância e da juventude encontra-se estabelecida constitucionalmente, conforme previsão do artigo 227, da Constituição Federal que impõe prioridade absoluta na garantia dos direitos da criança e do adolescente. Posteriormente, ao reafirmar o princípio constitucional da prioridade absoluta, o legislador ordinário, por intermédio do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), especificou em que situações a prioridade absoluta deve ser observada, determinando a observância da preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e na destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Ressalta-se, ainda, que o art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) traz uma norma de interpretação, em que obriga ao aplicador desta lei a observância dos fins sociais a que se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente de pessoas em desenvolvimento.

No que tange à "Lei de Adoção"/Lei da Convivência Familiar (Lei nº 12.010/2009), além de dispor, de maneira expressa, que o não oferecimento ou a oferta irregular "de ações, serviços e programas de orientação, apoio e promoção social de famílias e destinados ao pleno exercício do direito à convivência familiar por crianças e adolescentes", dá ensejo à responsabilidade civil e administrativa do gestor da política pública correspondente (arts. 208, inciso IX c/c 216, do ECA), incorporou ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) alguns princípios relativos à intervenção estatal que reforçam tal idéia, valendo observar o contido no art. 100, §. Único, assim como dispositivos como o art. 90, §2º e 260, §5º, que reafirmam a necessidade (já contemplada pelo art. 4º, § Único, alínea "d", do mesmo Diploma Legal) de investimento de recursos públicos orçamentários - em caráter prioritário, como anteriormente mencionado, para fazer valer tais disposições.

Contudo, a efetivação dos direitos sociais e o cumprimento do mínimo existencial da criança e do adolescente encontra obstáculo frente à denominada reserva do possível.

A expressão “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) foi cunhada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em caso paradigmático que versou sobre “pedido de um cidadão de que lhe fosse assegurado a liberdade de escolha da profissão com a garantia de vaga no ensino superior público embora não houvesse vagas suficientes.” (BRANDÃO, 2007 *apud* COUTINHO, 2007, p. 319)

Na ocasião, o Tribunal alemão decidiu pela negativa à prestação reclamada, sob o entendimento de que a possibilidade de concessão de um direito está diretamente relacionada àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade ou da responsabilidade do destinatário em prover seu próprio acesso a um direito. (CALIENDO, 2008, *apud* SARLET, 2008, p.319)

Para SARMENTO, (2008), como os recursos são escassos e inúmeras as demandas sociais, ao legislador cabe determinar a melhor forma de empregar os recursos disponíveis, de modo que todas as áreas sociais sejam satisfatoriamente atendidas por meio das políticas públicas posteriormente implementadas pelo Poder Executivo. Nesse ponto, conforme leciona SARLET, (2011, p. 389), a reserva do possível funciona como um limite fático e jurídico dos direitos fundamentais: fático, porque os recursos a serem empregados nas prestações exigidas à concretização dos direitos sociais são insuficientes; jurídico, porque o legislador – destinatário da norma programática constitucional – deve ter o poder de disposição desses recursos, ou seja, deve ter a capacidade jurídica para tanto.

Desta forma, a reserva do possível está intrinsecamente relacionada aos Princípios Orçamentários, que se referem às premissas que devem ser respeitadas na elaboração e execução das leis orçamentárias que, por sua vez, determinarão a alocação dos recursos estatais. Por meio desse princípio, busca-se um equilíbrio nas finanças do Estado, sendo curial sua observação para a saúde financeira do país.

Neste sentido, não obstante a existência de recursos financeiros para a satisfação de direitos prestacionais invocados em juízo, a reserva do possível jurídica conduziria à impossibilidade de o Poder Judiciário intervir nos critérios de alocação de recursos propostos pelo Poder Executivo e votados pelo Legislativo (art. 165, CR/88), em

respeito ao princípio de reserva parlamentar em matéria orçamentária - reflexo do princípio da separação dos poderes.

De acordo com o modo em que foi absorvida pela doutrina brasileira, além da escassez de recursos, a cláusula da reserva do possível abarca o obstáculo jurídico representado pela competência parlamentar em matéria de lei orçamentária, que envolve controvérsia acerca da legitimidade do Poder Judiciário para operacionalizar a imediata alocação de recursos por meio de decisões judiciais que concretizam direitos prestacionais.

No que tange ao mínimo existencial afeita à infância e à juventude e sendo dever do Poder Público o atendimento prioritário às crianças e aos adolescentes, somente em situações excepcionalíssimas será possível, em um juízo de ponderação, prestigiar interesses outros, com o conseqüente comprometimento dos recursos existentes. Assim, a importância dos valores envolvidos confere uma relativa simplicidade a essa operação, conferindo ao *extraneus - in casu* o Juiz - uma ampla possibilidade de realizá-la.

4.3 Os limites contrapostos a efetivação dos direitos fundamentais sociais da criança e do adolescente e o modelo ponderativo de Robert Alexy

A teoria do “mínimo existencial” como um parâmetro de proteção à dignidade humana encontra-se em permanente tensão com a cláusula da reserva do possível. A análise do modelo ponderativo de Robert Alexy (2011) objetiva desmistificar o absolutismo que permeia a interpretação dos limites contrapostos à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

A ascensão do novo Direito Constitucional decreta que a Constituição Federal deve ocupar o centro do sistema voltando-se à defesa dos princípios fundamentais que, de um modo geral, dão sustento a uma sociedade inclusiva.

Barroso (*apud*, Sarmiento, 2005, p. xi- xii) destaca que após a Carta de 1988 a Constituição passou a estar ao centro do sistema jurídico, fenômeno denominado constitucionalização do direito, o que ocasionou uma verdadeira mudança de paradigma no sentido e alcance a ramos tradicionais do direito, *in verbis*:

À supremacia até então meramente formal da Lei Maior, agregou-se uma valia material e axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e

pela normatividade de seus princípios. Compreendida como ordem objetiva de valores e como sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional. (BARROSO, 2005 *apud* SARMENTO, 2005, p. xii)

Nessa esteira de entendimento, qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição.

Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; E indireta, quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais. (BARROSO, 2005 *apud* SARMENTO, 2005, p. xii-xiii)

No entanto, entre a declaração desses direitos e a sua efetiva concretização ainda existe um grande vácuo, sobretudo causado pelas deficiências financeiras dos Estados, bem como pelo apego à hermenêutica positivista- legalista que não mais condiz com a realidade constitucional contemporânea.

Nesse diapasão, resta claro que o surgimento do Estado Social trouxe consigo um novo tipo de constitucionalismo, com matriz essencialmente principiológica, mais afinado com diretrizes hermenêuticas de natureza concretista, ancoradas no princípio da dignidade humana.

Por conseguinte, em virtude da Constituição brasileira ostentar natureza compromissária, abarcando idéias por vezes conflitantes, não há como conceber um sistema autônomo de direitos fundamentais (lógico - dedutivo), pelo contrário, o sistema se apresenta em um contexto principiológico “aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante.” (SARLET, 2011, p.77)

Fato é que o neoconstitucionalismo resultou em duas grandes transformações. A primeira diz respeito à reformulação do conceito de normas constitucionais distinguindo princípios e regras; a segunda é constatação da criação de uma nova interpretação

constitucional. A concepção do sistema normativo como estrutura formada por regras e princípios alterou de forma significativa as bases do positivismo jurídico.

Segundo Robert Alexy (2011, p.85) a distinção entre regras e princípios é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.

Alexy (2011, p.87) desenvolveu a teoria dos direitos fundamentais que se utiliza da distinção qualitativa entre regras e princípios, na qual “[...] tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser.”

A diferença reside no fato de que os princípios atuam como mandados de otimização, ou seja, normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, ao passo que as regras se comportam como normas que ou são cumpridas ou não o são. (ALEXY, 2011, p.90-91)

Quando em conflito, os princípios apresentam a dimensão do peso, a prevalência de um princípio sobre outro se fará por meio da técnica da ponderação no caso concreto. Já no caso das regras o conflito será resolvido pela exclusão (tudo ou nada), com base nos critérios da hierarquia, da cronologia e da especialidade.

Corroborando com essa linha de entendimento Galdino (2005, p.35) afirma que

é possível o reconhecimento de que os direitos fundamentais consistem em normas, predominantemente estruturadas em forma de princípios e ainda que as colisões de direitos fundamentais são solucionadas através de ponderação entre princípios fundamentais.”

Na teoria de Alexy (2011, p. 87) não se colocam princípios e regras em situação de hierarquia. Simplesmente são qualificados como espécies normativas. A diferença é qualitativa e não de grau.

Em uma sociedade pluralista a ponderação de interesses ganha maior importância e utilidade prática, abandonando-se o método subsuntivo.

A tensão entre princípios é dissipada no Estado democrático através da regra de proporcionalidade. Sua função é a de solucionar os *hard cases* mediante um processo racional, guiado pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse diapasão, o § 1º do artigo 5º da CR/88, que determina a auto-aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais, pode ser interpretado, no sentido da teoria de Alexy (2011, p.93-94), como uma norma-princípio (mandado de otimização), a ser realizada na maior medida possível, levando-se em conta as “[...] possibilidades econômicas, sociais e administrativas subjacentes ao problema.”

A interpretação da aplicabilidade imediata como um mandado de otimização se mostra adequada para a solução dos conflitos que envolvem a efetivação dos direitos fundamentais sociais das crianças e adolescentes sem família, pois, diante dos óbices representados pelo princípio da separação dos poderes e pela reserva do possível, poder-se-á aferir qual o grau de aplicabilidade imediata desses direitos, a fim de possibilitar sua máxima concretização.

5. ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E DO MÍNIMO EXISTENCIAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ATRAVÉS DA ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS

O ativismo judicial pode ser descrito como uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões - *prima facie* - de competência de outras instituições.

Barroso (2008, p.6) afirma que

[...]o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Nesse sentido, o ativismo judicial visa tornar efetivo o projeto de Estado Democrático de Direito traçado pelas constituições guardando estreita relação com a participação ativa do Poder Judiciário na proteção dos princípios constitucionais, através do controle

da atividade dos demais poderes (notadamente sobre suas omissões e excessos), por meio do viés constitucional.

5.1 O Ativismo Judicial

O ativismo judicial é a postura adotada por juízes e tribunais – intérpretes da Constituição Federal – de forma a expandir seus conceitos e retirar-lhe o máximo de benefícios para embasar as decisões judiciais proferidas, BARROSO, (2008).

Barroso (2008, p. 7) explica que a idéia ativismo judicial está associada a um Poder Judiciário mais atuante na concretização dos valores e fins constitucionais, interferindo, dessa forma, com maior freqüência na esfera da atuação dos outros dois Poderes.

Ressalta, ainda, o autor que nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral. (BARROSO, 2008, p.9)

A face positiva desse fenômeno está diretamente ligada a satisfação de uma demanda que não pode ser satisfeita pelo Poder Público – Poder Executivo e Poder Legislativo.

Barroso (2008, p. 10) ressalta que, “As críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário” podem ser opostas ao ativismo judicial no Brasil.

Quanto ao primeiro argumento Barroso (2008, p. 11) afirma que, *in verbis*

O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial.

Em relação ao segundo a crítica assevera que Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidárias.

E, por fim, a última crítica de Barroso (2008, p. 15) é que

No arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Nem muito menos legitima a arrogância judicial.

Os demais argumentos contrários à concretização dos direitos fundamentais sociais se referem ao fato de que o princípio da separação dos poderes impediria a atividade do Poder Judiciário nas funções reservadas ao Poder Executivo e Legislativo.

Os autores perfilhados a esta tese argumentam que os poderes do Estado possuem função própria e indelegável. Dessa forma, caberia apenas ao Legislativo e ao Executivo escolher as prioridades orçamentárias e implementar as políticas públicas, restando vedado ao Poder Judiciário interferir nas matérias reservadas aos representantes eleitos pelo povo.

A programação orçamentária elaborada pelo Poder Executivo (iniciativa e execução) e Legislativo (aprovação e controle), entretanto, não é imune à intervenção judicial quando em causa a proteção de direitos prestacionais diretamente ligados à dignidade humana.

Segundo Robert Alexy (2011, p. 450) os direitos fundamentais são posições tão relevantes que sua outorga ou não-outorga não pode ficar nas mãos de maioria parlamentar.

5.2 O Poder Judiciário e adoção por casal homoafetivo como instrumento da concretude dos direitos fundamentais sociais da criança e do adolescente

A discussão acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais referentes a infância e juventude suscita duas ordens de questões. A primeira se circunscreve ao vácuo produzido nesta seara em razão de omissões legislativas e à dificuldade de combatê-la por meio dos instrumentos jurídicos disponíveis. A segunda se refere à problemática encontrada na imposição judicial, ao administrador público, de obrigações tendentes a efetivar direitos fundamentais sociais da criança e do adolescente, assim como os direitos fundamentais do casal homoafetivo.

É precisamente neste último aspecto no que tange à questão relativa ao combate de omissões administrativas que vulneram os direitos fundamentais sociais. Sabe-se que a imposição ao Estado de prestações positivas tem encontrado obstáculos que podem ser sintetizados em três tópicos: (a) ferimento ao princípio da separação dos poderes, (b) infração à discricionariedade administrativa e (c) o limite da “reserva do possível”, representada pela escassez de recursos e pela competência parlamentar em matéria orçamentária.

Contudo, os atos administrativos podem ser controlados pelo Judiciário para obrigá-los a estar em conformidade com princípios insculpidos na Constituição Federal, ou seja, demonstra-se a necessidade do controle jurisdicional dos atos administrativos não vinculados quando da implantação ou não das políticas públicas para a concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente em face da doutrina da proteção integral e do princípio do interesse superior da criança e do adolescente, os quais devem ser observados com prioridade absoluta, em razão da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento desses sujeitos.

O ativismo judicial que, certamente, não pode ser exacerbado— devendo ser utilizado com prudência e moderação - e deve ter lugar em *ultima ratio*, na situação em tela se justifica, entre outras razões, pela inércia do legislativo. Trata-se, portanto, de uma maneira proativa de interpretar a Carta Magna, estendendo o seu alcance e sentido. Como referido, usualmente emerge na ocorrência de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sejam atendidas de maneira efetiva. Esse é o caso do Brasil.

A adoção por casais do mesmo sexo também pode ser facilmente equalizada dentro do atual contexto do ordenamento brasileiro. Antes de tudo, é importante lembrar que a idoneidade dos requerentes à adoção, assim como a sua capacidade para o exercício efetivo e afetivo da parentalidade são os fatores que deverão ser levados em conta, para materialização do melhor interesse da criança. Só um estudo aprofundado nessas questões —apartando-se do fato de o casal ser homossexual ou não — poderá evidenciar se o interesse daquela criança estará sendo atendido, o que poderá resultar da preterição ou não do exercício da parentalidade.

Insta destacar que o art. 42, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece como requisito para a adoção conjunta que os candidatos sejam unidos pelo matrimônio ou vivam em união estável, comprovada a estabilidade da família. A união homoafetiva foi equiparada à união estável para todos os efeitos. Portanto, qualquer impedimento legal que se vislumbresse, já não cabe mais dentro do ordenamento brasileiro hodierno.

Feitas essas considerações, a outra conclusão bastante simples nos leva o próprio ordenamento brasileiro atual: já não existem óbices legais de qualquer natureza para que um par homossexual pleiteie a adoção conjunta de um infante.

O papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos à criança e adolescentes em situação de abandono, através da adoção por casal homoafetivo é essencial.

6. CONCLUSÃO

O tema proposto ainda é complexo para a ciência jurídica, porém o Direito dialoga com a sociedade, e, embora esta seja eivada de preconceitos, há a necessidade de efetivação dos avanços sociais e jurídicos

Ao Direito cumpre acompanhar e regular as transformações que nesta sociedade se operam, pois este nasce embasado nos acontecimentos sociais e nas situações fáticas.

A existência do homossexualismo e dos casais homoafetivos é uma realidade, assim como também, a triste situação das crianças condenadas ao abandono, por terem tido o infortúnio de, por motivos diversos, estarem alijadas de seus lares de origem. O abandono decorrente da desestrutura familiar pode gerar conflitos internos no menor, e que poderá resultar, no futuro, em desvios de comportamento.

A mudança da dura realidade de milhares de crianças e adolescentes em situação de ameaça ou violação de direitos depende da conscientização da sociedade e dos governantes da necessidade de se estar constantemente identificando o real interesse desses sujeitos nas opções de implantação de políticas públicas.

À vista do exposto, conclui-se que, no Direito Brasileiro, o princípio constitucional da prioridade absoluta, materializado no artigo 227 da Constituição Federal e detalhado no

artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, vincula o Poder Legislativo e o Poder Executivo a respeitar a preferência estabelecida na formulação e na execução das políticas públicas sociais e na destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Assim, a possibilidade de cobrança judicial das políticas públicas para a infância ultrapassa a simples garantia do “mínimo existencial”, abrangendo, ainda, todos os direitos sociais.

É que, o advento do Estado Social trouxe em seu bojo o alargamento das atividades do Estado com o acúmulo de novas funções. Verifica-se que a atuação estatal em áreas vulneráveis da população carente deve ser entendida como obrigação irrenunciável do Poder Executivo.

De fato, as omissões estatais em áreas como a saúde, educação e assistência social, revelam-se como a principal entrave à implementação material do Estado Social. Essa situação se perpetua, sobretudo, pela falta de controle judicial dessas omissões administrativas. Diante deste cenário avulta a importância do Poder Judiciário como partícipe na construção do Estado Social.

A fundamentalidade dos direitos prestacionais importa na garantia de proteção em face de limitações não justificadas por parte do Estado. A tutela jurisdicional deverá garantir, em que pese a discricionariedade política do administrador público, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais – compreendido no conceito de mínimo existencial, assim como um exame preciso de ponderação, racionalidade e proporcionalidade acerca dos óbices levantados pelo Estado na limitação da aplicabilidade desses direitos.

De modo contrário, haveria frustração dos objetivos constitucionais, vez que a omissão do administrador público se tornaria mais eficaz do que a vontade do constituinte, ou seja, a inexistência de prestações positivas por parte do Estado seria mais vinculante do que a própria norma constitucional.

À vista do exposto, observamos que o legislador constitucional considerou como direitos fundamentais tudo aquilo que é necessário para se promover uma vida digna à pessoa humana. Dentre estes direitos fundamentais, considerou também que os direitos

de aplicação às crianças e aos adolescentes detêm prioridade absoluta face aos direitos das demais pessoas humanas.

Se estes Princípios entrarem em conflito, deve ocorrer uma hierarquização com base em uma ponderação racional face o caso concreto, estabelecendo-se em qual grau cada um dos Princípios deverá ser utilizado.

Não se pode perder de vista que a implementação dos direitos prestacionais se submete à reserva do possível, que limita e condiciona a efetividade desses direitos.

Contudo, essa limitação há de ser compreendida de forma dialética por meio da ponderação dos princípios em conflito, não podendo ser utilizada a ideia tudo ou nada.

Assim, na esteira da teoria desenvolvida por Robert Alexy, os direitos prestacionais elencados no texto constitucional, independentemente de intermediação legislativa ordinária, hão de ser concebidos como posições jurídicas *prima facie* (mandados de otimização), que comportarão graus variados de eficácia a depender do resultado da ponderação com os interesses colidentes no caso concreto, tendo sempre em conta a máxima eficácia dos direitos fundamentais sociais.

Dessa forma, não cumprindo o Poder Executivo o seu papel, cabe ao Poder Judiciário o controle da atividade administrativa com o fim de obrigar o Administrador a observar a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e os princípios correlatos, a saber, o do interesse superior da criança, o da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento e, no Brasil, o da prioridade absoluta na destinação de recursos e implementação de políticas públicas.

Com isso, não se estará atribuindo ao Poder Judiciário uma vontade de domínio, ou um arbítrio bloqueador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular. Pelo contrário, ao obrigar o Administrador a praticar os atos administrativos em conformidade com princípios basilares da Constituição, princípios especiais dispensados à população infanto-juvenil, estar-se-á garantindo um mínimo de inclusão social a uma população desprovida dos mais básicos direitos fundamentais positivados em nível nacional e internacional, em nível constitucional e infraconstitucional, e, não efetivados pelo Poder

Público. Isso, na verdade, apenas retrata uma das formas de manifestação de articulação entre direito e política exposta pela Constituição, de modo que cada Poder (Judiciário, Executivo ou Legislativo) possa minimizar os efeitos nefastos do outro, causado por omissões ou ações inadequadas.

A análise da conveniência e oportunidade da adoção não pode se transformar num mecanismo arbitrário, envolto em preconceitos de ordem moral ou religiosa.

Portanto, o objetivo deste trabalho é clamar pelo direito de amparo às crianças e adolescentes esquecido nas instituições de abrigo, oferecendo-lhes a possibilidade de inserção em uma família substitutiva formada por um casal homoafetivo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Moreira, Leonardo Barreto. A constitucionalização do direito de família. Disponível em : <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2441>> Acesso em: 25 outubro.2011.

AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez & Escolha. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: 2002.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n 29, 2000.

_____. Retrospectiva 2008 – Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. Revista Eletrônica do Direito do Estado. (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº.18, abril/maio/junho, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp> > Acesso em: 20 nov. 2011.

BRANCO, Elaine Castelo. A valoração da palavra do Adolescente à luz da doutrina de Proteção Integral: Uma perspectiva ideal a partir de um fato real. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/congresso2008/processo.php>> . Acesso em: 25 outubro de 2011.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Acesso à Justiça: Um problema ético- social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro- São Paulo: Renovar, 2001.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. A Produção do Direito no Brasil. 2. ed. Ilhéus: Editora da UESC, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional.13. Ed. São Paulo:Malheiros Editores, 2003.

BORGRS, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de Personalidade e Autonomia Privada. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Falta de recursos do estado, direitos fundamentais e escolhas democráticas. In **COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, Jose Luis B de; STRECK, Lenio Luiz(org.); Estudos Constitucionais, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.**

BRASIL. Constituição, (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Saraiva, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, Código Civil Comentado. São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL. Lei nº 11.340 de 07 ago. 2006. Lei Maria da Penha. Cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/ Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 25 de outubro de 2011.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: **SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANOTILHO, J. J.Gomes. Direito Constitucional e Teoria Constitucional. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Direito Processual Civil. vol. II, trad. de Hiltomar Martins Oliveira, 1ª ed., São Paulo: Classic Book Editora e Distribuidora de Livros Ltda., 2000.

CAVALCANTI, Teresa de Oliveira. Crianças e Adolescentes que estão no abrigo. 19 set.2005. Disponível em: <<http://www.ibvivavida.org.br/artigos.asp?id=524>>. Acesso em: 03 novembro de 2011.

CHAVES, Antonio. Adoção. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre o Direito das Famílias: Novos tempos, novos termos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Manual de direito das famílias. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. União homossexual – Aspectos Sociais e Jurídicos. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/escritório/outros21.html>. 2004>. Acesso em: 23 outubro de 2011.

DINIZ, Maria Helena. Direito de Família. In: Curso de Direito Civil Brasileiro. 20.ed., São Paulo: Saraiva, vol. 5, 2005.

DONADLI, Paulo Henrique; RISSI, Rosiane Sasso. O direito à convivência familiar e o direito de visita dos avós. In: Revista Jurídica Consulex. Brasília, ano 12, n. 278, p. 40-43, 15 ago. 2008.

FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GALDINO, Flavio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) Legitimação dos Direitos Humanos. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. Adoção: doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2008.

GOMES, Orlando. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. pp. 13-62. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIRARDI, Viviane. Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

GOMES, Orlando. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Antônio Fabris, 2002.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além de numerus clausus. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 16 de novembro de 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MASCHIO, Jane Justina. A adoção por casais homossexuais. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2764>>. Acesso em: 16 de novembro de 2011.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MONREAL, Eduardo Nova. O Direito como Obstáculo À Transformação Social. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. O Direito Como Fator de Desenvolvimento. In Revista do Instituto Dos Advogados de Pernambuco, 1990.

PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. Adoção por Homossexuais: Fronteiras da Família na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil tradução de Maria Cristina De Cicco, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRATA, Ana. A Tutela Constitucional da Autonomia Privada. Almedina: Coimbra, 1982.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Dignidade da pessoa humana – parte II. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

_____. Os Direitos Fundamentais Sociais como 'Cláusulas Pétreas', in Revista Interesse Público nº 17/56, 2003.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Lúmen Juris, 2006.

SGARBI, Adrian. Teoria do Direito (Primeiras Lições). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA, Vinicius Roberto Prioli de. Célula-Tronco e o Ordenamento Jurídico. In: Revista Prática Jurídica. Brasília, ano 6, n. 59, 28 fev.2007.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de Personalidade e sua Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: Temas de Direito Civil. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. 5 ed, vol. 6. São Paulo:Atlas, 2005.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. A novela Senhora do Destino e a adoção por homossexuais. Revista Jurídica Consulex. Brasília, DF, ano 9, n. 198, 15 abr. 2005.

VILLAS BOAS FILHO, Orlando. Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZISMAN, Meraldo. Pequenos escritos de um médico. Recife: Livro Rápido, 2007.