ADOÇÃO POR CASAL DE HOMOSSEXUAIS

Ítalo Augusto Ferreira de Melo, Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes, Assessor de Juiz de Direito.

RESUMO: A demanda envolvendo união entre pessoas de mesmo sexo vem aumentando de forma gradativa, surgindo, para o Poder Judiciário, o dever de prestar a tutela jurisdicional, buscando soluções para os casos concretos, apesar de não haver normatização específica a esse respeito, principalmente quando o assunto é a adoção de menores por casal de homossexuais.
Nesse contexto, os paradigmas do Direito das Famílias, que foram alterados com o advento do Direito Constitucional Civil, são os nortes que vêm orientando as decisões do Judiciário, diante da priorização da dignidade humana, da solidariedade, do direito à intimidade e das relações de afeto.
Foi nesse sentido que o Superior Tribunal de Justiça salvaguardou a adoção de um menor por casal que mantinha união homoafetiva, visto que os requisitos da união estável estavam presentes, exceto a heterossexualidade, mas que foi devidamente suprida pelo instituto da analogia, pois o que deve prevalecer são os interesses do menor, materializados pelas vantagens reais ao adotando.

PALAVRA-CHAVE: Adoção; união homoafetiva.

ABSTRACT: Demand evolving union between same-sex couples has been increasing gradually, appearing, for the Judiciary, the duty to provide judicial protection, searching solutions for specific cases, although there are no specific norms about this theme, especially when the issue is the adoption of children by gay couples.
In this context, the paradigms of the Law of Families that have changed with the advent of the Civil Constitutional Law, is the north that has guided the decisions of the courts, cause by the prioritization of human dignity, solidarity and the right to intimacy and to relationships affection.
It was this sense that Superior Tribunal de Justiça has safeguarded the adoption of a child for couples who kept homo marriage, as the requirements of stable unions were present, except heterosexuality, but that was duly filled by the institute of analogy, because the interests of the child should prevail,

embodied by the real advantages to adopting.

KEYWORDS: Adoption; homosexual marriage.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A família à luz do Direito Constitucional Civil; 3. Direito da criança e adolescente a convivência em família; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A união entre pessoas de mesmo sexo constitui fato social que o Estado deve regulamentar como forma de pacificação social, bem como para salvaguardar os direitos desta classe que vem aumentando consideravelmente nos últimos anos, garantindo, assim, a segurança jurídica e a justiça social.

Como é cediço, o engessamento no direito de família decorre da influência da religião na vida de seus súditos, sendo um meio eficaz de controle social, contudo o direito não pode manter dogmas religiosos que violem a dignidade de qualquer ser humano.

Diante da falta de regulamentação, em razão do preconceito e discriminação, que imperam na sociedade brasileira, existe uma forte celeuma doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de adoção de menores por casal de homossexuais, originando uma exclusão social deste segmento da sociedade.

A Lei nº 8.069/90, visando à proteção integral à criança e ao adolescente, assegura o direito à convivência em família pelos menores, demonstrando, não só a importância da adoção como forma de inserção da criança em um seio familiar, mas, também a sua natureza nitidamente assistencialista e protetora dos interesses dos menores.

Nesse sentido, é notório que o legislador infraconstitucional visou tutelar de forma absoluta os menores, garantindo que estes, por meio do instituto jurídico da adoção, possam ter o seu direito à convivência e estabilidade familiar assegurados. Assim, deve-se sempre analisar as vantagens para o menor, observando-se se a adoção irá atender aos interesses da criança e/ou adolescente, independentemente da orientação sexual do casal adotante.

2. A FAMÍLIA À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL CIVIL

O Direito Constitucional Civil trouxe mudanças significativas no

Direito das Famílias, suprimindo várias formas de discriminações, tais como a hierarquização entre homens e mulheres, filhos legítimos e ilegítimos, afastando, portanto, séculos de preconceitos e hipocrisia.

Atualmente tem-se a pluralização do conceito de família (art. 226, § 3º CF), sendo a solidariedade o princípio fundamental na busca da convivência harmônica e igualitária, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana a pedra angular de todo o ordenamento jurídico, razão pela qual as relações extramatrimoniais vêm recebendo tratamentos igualitários, prevalecendo a afetividade e surgindo a família como fato cultural e não, essencialmente, biológico.

Sendo assim, ampliou-se o conceito de entidade familiar, por meio de interpretação teleológica-sistemática, com a inserção do instituto da união estável no nosso ordenamento jurídico e com a admissão da união homoafetiva como uma espécie do gênero união estável pela jurisprudência pátria.

Nesse diapasão, cumpre ressaltar que a Constituição somente é legítima quando garante "a somatória dos fatores reais do poder dentro de uma sociedade[1]", caso contrário, não passa de mero papel em branco (Ferdinand Lassale), motivo pelo qual torna-se indispensável a previsão constitucional que assegure os direitos deste grupo social que integra uma classe de vulneráveis, como forma de garantir o respeito necessário à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, o Poder Judiciário, que vêm reconhecendo a união estável nas relações homoafetivas, como adiante se demonstrará, assumiu o papel de criador e protetor dos direitos dos homossexuais, "suprindo" o Legislativo, que, ainda de forma tímida, começa a discutir a possibilidade de regular a união entre pessoas de mesmo sexo, mas, que, por motivos eleitoreiros, não debate o tema com a seriedade que merece.

Na atualidade, apesar de existir o reconhecimento de fato destas uniões homoafetivas pela maioria da jurisprudência pátria, como ainda não há qualquer dispositivo legal regulamentando o tema em análise, persiste discordâncias na doutrina.

Não se pode olvidar que há países que admitem, expressamente, o casamento civil entre pessoas de mesmo sexo, quais sejam, Argentina, Portugal, Espanha, dentre outros, bem como que alguns países já

[1] LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 11ª edição. São Paulo, 2007, p 53.

regulamentaram a matéria, demonstrando, assim, que o homossexualismo é um fato social mundial e que o Legislativo brasileiro também deve acordar para as novas realidades existentes na sociedade, regulando-as adequadamente.

Enquanto a norma não é materializada, cabe ao Estado-Juiz dizer o direito, o que vem fazendo, como se infere das judiciosas decisões do Superior Tribunal de Justiça abaixo colacionadas, *in verbis*:

> DIREITO CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIOS. COMPLEMENTAÇÃO. PENSÃO POST MORTEM. UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS. EMPREGO DE ANALOGIA PARA SUPRIR LACUNA LEGISLATIVA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA PRESENÇA DOS ELEMENTOS ESSENCIAIS À CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL, COM A EVIDENTE EXCEÇÃO DA DIVERSIDADE DE SEXOS. IGUALDADE DE CONDIÇÕES ENTRE BENEFICIÁRIOS. (STJ, EDcl no Resp 102981 – RJ, 4ª T, Min. Rel. Luis Filipe Salomão, DJ 02.09.2008).
>
> PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. (STJ, Resp 820475 – RJ, 3ª T, Minª. Relª. Nancy Andrighi, DJ 22.06.2010).

Sendo assim, percebe-se que os Tribunais reconhecem a união estável nas relações homoafetivas, utilizando-se da analogia, ante a lacuna da lei, visando a aceitar esta união como entidade familiar, como meio de garantir a

igualdade jurídica nestas relações e, por conseguinte, alcançar a estabilidade familiar.

Desse modo, o Poder Judiciário, através dos princípios gerais de direito, vem fixando as diretrizes interpretativas, aplicando os princípios da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da igualdade, da autodeterminação, da solidariedade e da busca pela felicidade, sem olvidar do reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual.

3. DIREITO DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE A CONVIVÊNCIA EM FAMÍLIA

Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família ou de família substituta (art. 19 ECA), como forma de assegurar o direito à liberdade e ao respeito à dignidade como pessoa humana, razão pela qual o Estatuto da Criança e Adolescente estabelece, em seu art. 1º, o princípio da proteção integral.

A adoção é uma das formas de colocar a criança em família substituta, a fim de inserir o menor em convivência familiar.

O § 2º do art. 42 da Lei nº. 8069/90 dispõe que, para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, desde que comprovada a estabilidade familiar.

Do dispositivo citado, infere-se que é perfeitamente cabível a adoção de menores por casal de homossexuais, visto que estes integram o instituto da união estável, a partir de uma interpretação sistemática-teleológica, onde utiliza-se a analogia, pois a união homoafetiva nada mais é do que a convivência duradoura entre duas pessoas do mesmo sexo, com o intuito de constituir família.

Ademais, o que deve ser observado, sempre e independente da orientação sexual dos adotantes, é a estabilidade familiar do casal, bem como os interesses dos menores, porque a adoção deve ser representada por ato de afetividade e humanidade, para que o adotando possa desfrutar de um convívio familiar.

O que é inadmissível é a utilização de critérios nitidamente discriminatórios e preconceituosos para que seja denegada a adoção por casal de homossexuais, situação na qual o maior prejudicado é o adotando, que passa a não ter seus direitos assegurados por hipocrisia dos operadores do direito, sem olvidar a violação da dignidade dos adotantes, que tem o

seu direito de ter um filho tolhido. O Superior Tribunal de Justiça, na busca do ideal de justiça, tende a não chancelar essas situações discriminatórias, consoante restou demonstrado no brilhante julgado abaixo transcrito, *in totum*:

> DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.
> 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.
> 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.
> 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".
> 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.

5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitados estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores". 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado

> o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido. (STJ. Resp. 889852/ RS. Mn. Rel. Luis Filipe Salomão. DJ 27.04.2010)

Desse ínterim, analisando-se o acórdão, denota-se que a finalidade da norma foi atingida, porque restou demonstrada a estabilidade familiar, conforme o parecer da assistente social favorável à adoção, prevalecendo, assim, a relação de afetividade em detrimento do preconceito enraizado na nossa sociedade.

Percebe-se, portanto, que estando presente o requisito legal da adoção, qual seja, a estabilidade familiar (fundada em motivos legítimos de reais vantagens ao adotando), pouco importa a orientação sexual dos adotantes, posto que deve-se sempre priorizar os interesses do menor, à luz do princípio da proteção integral, estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. CONCLUSÃO

Enquanto o Estado não regulamentar as uniões homoafetivas, o Poder

Judiciário deverá materializar a tutela jurisdicional na defesa dos direitos dos homossexuais em sua plenitude, observando a dignidade humana, a igualdade substancial e a solidariedade, porque a orientação sexual é um direito fundamental do cidadão (princípio da liberdade sexual), que deve ser respeitado por todos.

Em relação à adoção por pessoas de mesmo sexo, é notório que só vantagens terá a criança que poderá desfrutar de uma vida digna, com convívio num seio familiar, ao invés de permanecer nos abrigos. Assim, deve o Estado salvaguardar as crianças e adolescentes, seres vulneráveis e em desenvolvimento, fazendo prevalecer os interesses dos menores em detrimento do mero preconceito da sociedade.

Portanto, a intervenção ponderada do jurisdicionado, utilizando-se das diretrizes da integração da norma lacunosa, através da analogia e, impelido pela nova dinâmica jurisdicional, prioriza as relações afetivas em detrimento do mero legalismo exacerbado, que muitas vezes leva a injustiça para uma parcela da sociedade, sendo um *contra sensu* a ciência do Direito.

5. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 820475 – RJ. Minª. Relª. Nancy Andrighi. DJ 22.06.2010.

_____ Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial 102981 – RJ. Min. Rel. Luis Filipe Salomão. DJ 02.09.2008.

_____ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. 889852/RS. Mn. Rel. Luis Filipe Salomão. DJ 27.04.2010.

DEUS, Enézio. *Nova lei da adoção e homoafetividade*. IBEDEFAM, Minas Gerais. (12.08.2009) Disponível <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 20 nov. 2010.

DIAS, Maria Berenice. *As uniões homoafetivas frente à Constituição Federal*. IBEDEFAM, Minas Gerais. (14.10.2010) Disponível <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 20 nov. 2010.

DUARTE, Marcos. *Nova Lei Nacional de Adoção: a perda de uma chance de fazer justiça.* IBEDEFAM, Minas Gerais. (21.07.2009) Disponível <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 20 nov. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – Direito de família*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2006.

GUERIN, Camila Rocha. *Adoção e união estável*. IBEDEFAM, Minas

Gerais. (08.07.2009) Disponível <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 20 nov. 2010._
LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* 11ª edição, São Paulo: Método, 2007.
NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito.* 21ª edição: Rio de Janeiro, 2001.
PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Famílias homoafetivas*. IBEDEFAM, Minas Gerais. (06.10.2010) Disponível <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 20 nov. 2010.