

Adoção. Aspectos jurídicos e sociais.

Adoção e homoafetividade

*Artur Marques da Silva Filho*¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Considerações iniciais

O instituto da adoção, no passado remoto, não possuía a finalidade socioafetiva de inserir a criança no seio de uma família – com enfoque no interesse do próprio menor –, mas, sim, com a preocupação em assegurar-se a existência de herdeiros ou a perpetuidade do culto doméstico dos antepassados.

Foi somente a partir do século XX, mais precisamente após a Primeira Guerra Mundial, que a adoção passou a merecer maior atenção dos legisladores, com o intuito de amparar os órfãos de guerra. O instituto recebeu nova roupagem, porém ainda ostentando um cunho de caridade aos órfãos. A Segunda Guerra Mundial reavivou o drama das crianças sem família, o que reforçou a ideia básica da adoção como meio ou instrumento para beneficiar relações parentais de crianças privadas do convívio familiar. Essa questão relacionada à orfandade foi rapidamente apreendida e largamente aceita.

Desde então, inúmeros foram os avanços por que passou o instituto da adoção no mundo. No Brasil, por exemplo, a Constituição de 1988 proibiu a discriminação entre filhos adotivos ou naturais, garantindo-lhes direitos idênticos. O Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1992, e o Código Civil de 2002 trouxeram também importantes inovações ao instituto, e a Lei 12.010/2009 organizou as normas existentes, concentrando toda a matéria adicional no ECA.

Uma questão, contudo, que há alguns anos vem sendo objeto de discussões, é a possibilidade de adoção por homossexuais, individual ou

¹ Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no biênio 2018/2019. Livre-Docente em Direito Civil pela Universidade Estadual Paulista (Unesp). Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCCamp).

conjuntamente. Inúmeros são os argumentos favoráveis e contrários, tanto nas esferas jurídica, moral, psicológica. O objetivo do presente estudo é verificar, a uma, a adoção em seus aspectos jurídicos e sociais e se o ordenamento jurídico permite que casais de pessoas do mesmo sexo adotem conjuntamente, trazendo à luz entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema; e, a duas, cuidar de questões não necessariamente afetas à discussão estritamente jurídica, mas que possuem reflexos na área jurídica, pois dizem respeito ao direito das crianças e adolescentes ao convívio familiar.

Adoção: aspectos gerais

Embora haja divergência doutrinária quanto à natureza jurídica do instituto da adoção, é patente que, conforme bem apontou Pontes de Miranda², se trata de ato jurídico solene que estabelece entre o adotando e o adotado relação de paternidade e filiação para todos os efeitos de Direito. Cuida-se de medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa (art. 39, § 1º, do ECA).

Existe um procedimento prévio à adoção, que é a inscrição no cadastro nacional de adoção, um sistema no qual são registradas todas as pessoas que pretendem adotar e todos os menores que estão aguardando colocação em família substituta. O cadastro é organizado e mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, e a inclusão de pretendentes à adoção não é automática: é necessário que seja deferida pela autoridade judiciária após a realização de procedimento previsto no art. 50 do ECA e na Resolução nº 54 do CNJ.

Os principais requisitos quanto aos adotantes são: maioridade (somente maiores de 18 anos podem adotar), diferença etária de pelo menos 16 anos entre o adotante e o adotado, compatibilidade com a natureza da medida e ambiente familiar adequado. O adotando, por sua vez, deve contar com menos de 18 anos à data do pedido (salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes).

Outro requisito objetivo para a adoção é o consentimento dos pais ou representante legal do adotando, ou, na falta destes, a decretação

² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família Campinas*: Bookseller, 2001. v. III, p. 217.

da destituição do poder familiar quando os pais forem conhecidos. E, embora o § 2º do art. 45 do ECA mencione expressamente que é necessário o consentimento do adotando maior de 12 anos, tal regra é adotada com parcimônia pelo Poder Judiciário, pois não necessariamente a falta de consentimento do adotando seja um impeditivo à adoção, servindo mais como um norte para indicar se, naquele caso, a adoção irá ou não constituir efetivo benefício ao adotando.

Há, ainda, a obrigatoriedade de, precedentemente à adoção, ocorrer o estágio de convivência, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar. O estágio de convivência é medida indispensável no procedimento adocional, pois será um dos principais indicativos de se tratar ou não de medida que prestigie o melhor interesse da criança, e servirá de norte tanto ao laudo da equipe interprofissional como à avaliação do próprio magistrado. O estágio de convivência somente pode ser dispensado se o adotando já estiver sob a guarda legal ou tutela do adotante durante tempo suficiente que permita avaliar o estabelecimento de vínculo afetivo, sendo que a guarda de fato, por si só, não autoriza a dispensa do estágio.

Vale lembrar, também, que a legislação adocional estabelece algumas restrições de caráter objetivo: não podem adotar os irmãos e os ascendentes dos adotandos, embora haja precedentes autorizando, excepcionalmente, a adoção de netos pelos avós³. Somente podem adotar em conjunto pessoas casadas ou em união estável, com exceção feita a divorciados, judicialmente separados e ex-companheiros quando o estágio de convivência com o adotando tiver se iniciado no período de convivência, e desde que haja comprovação da existência de vínculo afetivo do adotando com ambos os adotantes.

A adoção é verdadeira categoria jurídica, que, assim, apresenta diversas espécies. Pode ser conjunta, singular ou unilateral. Consoante a nomenclatura já deixa evidente, a primeira ocorre quando são dois os adotantes, e a segunda, quando existe apenas um adotante. Em ambos os casos os vínculos do adotando com a família consanguínea cessam por completo, ressalvados os impedimentos matrimoniais. A adoção unilateral, contudo, ocorre quando o adotando é o filho do cônjuge ou companheiro do adotante. Assim, é possível que os filhos já existentes de uma pessoa sejam adotados por seu cônjuge ou companheiro, e neste caso, evidentemente, os vínculos do adotando com a família consanguínea são mantidos.

3 STJ, REsp 1448969/SC, 3ª T., rel. Min. Moura Ribeiro, j. 21/10/2014, DJe 03/11/2014.

A legislação pátria admite a adoção póstuma, desde que o adotante tenha manifestado a vontade de adotar de maneira inequívoca, porém tenha falecido no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. Não se deve confundir essa modalidade de adoção com o reconhecimento póstumo de filiação socioafetiva, que possui outros requisitos muito distintos da adoção póstuma.

Na adoção *intuitu personae* existe um prévio acordo entre os pais do adotando e os adotantes, visando que estes adotem a criança. Inicialmente, essa modalidade de adoção parece ferir as regras legais do procedimento prévio à adoção, pois o art. 50, § 13, do ECA, prevê expressamente que somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente quando se tratar de pedido de adoção unilateral, ou quando for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade, ou, ainda, quando oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé. Parece-nos que a escolha dos pais quanto ao adotante deve ser ao menos considerada, desde que o adotante cumpra todos os requisitos objetivos e subjetivos previstos em lei.

A adoção à brasileira, por seu turno, é uma forma de adoção direta, naquela em que o “adotante” registra como seu filho de outrem. A prática é considerada crime (art. 242 do Código Penal), porém a depender de quando a realidade é descoberta, a desconstituição do vínculo se torna inviável em razão da formação de fortes vínculos afetivos entre o menor e o “adotante”. A questão é controvertida, pois, apesar de esse tipo de adoção – irregular – não ser, aparentemente, vista com maus olhos pela sociedade brasileira, trata-se de uma conduta criminosa, que foi tipificada como tal justamente para proteger os interesses das crianças.

Adoção conjunta por casais homoafetivos: aspectos legais e sociais sob o ponto de vista doutrinário

O instituto da adoção sofreu profunda alteração através da história. Antes do Cristianismo, nenhum direito protetivo existia com proeminência em favor do menor. Só após o Cristianismo, com sua filosofia humanista, continuada pelas ideias e sentimentos decorrentes da Revolução Francesa, delineou-se a preocupação pelo cuidado tutelar de *les jeunes gens*. Na atualidade, toda a legislação, inclusive estrangeira,

referente ao menor, busca protegê-lo, sendo a adoção forma jurídica de constituição de filiação, de grande relevo para a consecução do propósito de integrar a criança ou o adolescente no seio de uma família, visando resguardá-los. Após um período em que a matéria foi tutelada tanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente quanto pelo Código Civil, hoje, após a edição da Lei nº 12.010/2009, todo o regramento tocante à adoção de crianças e adolescentes concentra-se no ECA.

Há, no entanto, dispositivos legais constantes de outros diplomas que, direta ou indiretamente, interferem no regramento da adoção. O art. 1.565 do Código Civil, por exemplo, ao tratar da eficácia do casamento, faz referência explícita à diversidade de sexos, ao estatuir que pelo casamento “homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”, enquanto o art. 1.723 do mesmo diploma enuncia que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

De tais dispositivos pode-se inferir que o casamento, assim como a união estável, só seria possível entre pessoas de sexos distintos, ou seja, homem e mulher. Assim, dir-se-ia que não se pode reconhecer união estável entre pessoas do mesmo sexo porque a união estável só existe entre homem e mulher, segundo as normas civis.

Justamente por isso estaria vedada a adoção por casais homoafetivos, uma vez que o art. 42, § 2º, do ECA estatui expressamente que “para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”. Logo, se fosse adotada interpretação literal dos mencionados dispositivos, parece-nos que existiria disposição legal *contra* a adoção por casais homossexuais.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em 2011, ao julgar em conjunto a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, dando interpretação conforme à constituição ao art. 1.723 do Código Civil, para a finalidade de excluir qualquer significado do referido dispositivo que pudesse impedir o reconhecimento como entidade familiar das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

Dessa maneira, uma pá de cal foi colocada sobre o assunto - embora ainda haja decisões judiciais que desafiem a orientação da suprema corte. É evidente, no entanto, que, ao se negar validade e eficácia

jurídica à união estável, para efeitos de proteção do Estado, entre pessoas do mesmo sexo, estar-se-ia atentando contra o preceito fundamental da igualdade, insculpido nas cláusulas pétreas da Constituição Federal.

A proteção que o legislador dá à família obviamente não decorre da possibilidade de ela *gerar* descendentes. A entidade familiar recebe proteção do Estado não porque pode gerar filhos, mas, sim, porque se trata da célula-base da sociedade. Se o legislador realmente pretendesse proteger, como entidade familiar, aquela formada pelo casal heterossexual e seus descendentes, não teria criado duas outras entidades familiares que se baseiam no afeto entre seus membros: a união estável e a família monoparental.

A proteção estatal, pois, foi ao sentimento que une as pessoas em torno da menor célula social existente: a família. Nesse sentido, Ana Paula Ariston Barion Peres, citando Marie-Élisabeth Handman, diz: “Assim como o casamento pode estar dissociado da procriação, a parentalidade pode prescindir do ato de procriar.”⁴ Dessa maneira:

[...] as entidades familiares que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade também têm proteção constitucional, sem hierarquização axiológica entre elas, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família, com fundamento nos princípios da concretização constitucional e da dignidade da pessoa humana.⁵

Advogando a tese da necessidade de mudanças legislativas com o escopo de levar a proteção jurídica a situações de fato que já não podem mais ser ignoradas, Fernanda de Almeida Brito, citando Basílio de Oliveira, diz que:

[...] a legislação, máxime a de família, deve acompanhar a evolução dos usos e dos costumes, as mudanças da mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, refletindo a nova realidade social, e atender aos anseios de grupos sociofamiliares, ainda que minoritários.⁶

⁴ PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 14 (nota de rodapé n. 38).

⁵ PERES, Ana Paula Ariston Barion. Op. cit., p. 30.

⁶ BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000. p. 50.

Abordando o tema, que mais nos interessa neste estudo, a autora disserta sobre a possibilidade de um casal homossexual adotar uma criança:⁷

Não nos resta dúvida quanto a ser negativa a resposta. Em primeiro lugar porque a lei expressamente o veda; em segundo lugar porque um casal homossexual não é um bom referencial para o menor adotado. Esta visão não decorre de nenhuma impressão preconceituosa sobre a qualidade ou moralidade das relações sexuais que os adotantes manteriam; decorre sim da constatação de que a conduta sexual do adotante norteia o desenvolvimento da sexualidade do menor. A afirmativa de que a homossexualidade é uma opção, livremente manifesta por qualquer um, não pode ser levada em consideração, já que o adotante, quer no papel de pai se for homem, quer no papel de mãe se for mulher, com certeza influenciará e condicionará o comportamento do adotado.

No parágrafo seguinte, a mesma autora acrescenta que:

[...] no tocante à possibilidade jurídica de adoção de filho por uma única pessoa homossexual, entendemos não haver impedimento, quer seja no Estatuto da Criança e do Adolescente, quer seja no Código Civil, visto que a capacidade de adoção nada tem a ver com a sexualidade do adotante.

Se a sexualidade do adotante nada tem a ver com a capacidade para adoção, como poderia influenciar a sexualidade do adotando? A mencionada autora, tratando da possibilidade de um homossexual, embora viva com um companheiro que também deseja a adoção, adotar uma criança individualmente, afirma que, “muito embora não haja nenhum impedimento legal, entendemos que essa adoção não deveria ser possível, pois o adotante teria um referencial desvirtuado do papel de pai e mãe”.

⁷ BRITO, Fernanda de Almeida. Op. cit., p. 55.

Com a devida vênia, não se pode concordar com tal assertiva. Ora, como é possível admitir que a orientação sexual dos pais influencia necessariamente a dos filhos se, na maioria dos casos, os indivíduos homossexuais provêm, por óbvio, de famílias constituídas por casais heterossexuais? Ademais, o argumento de que a vedação da adoção de crianças por casais homossexuais não decorreria de preconceito, mas apenas seria melhor que uma criança não convivesse com pais homossexuais para que não corresse o risco de também vir a ser homossexual, não pode prevalecer. Impossível negar que não haja preconceito no fato de que, nessa hipótese, de antemão, já se rotula a homossexualidade como algo por si só depreciativo e indesejável. Se a lei não faz diferença entre heterossexuais e homossexuais na adoção singular, se tanto se reitera que inexistente preconceito quanto à orientação sexual do adotante, por que criar esse estigma de que uma criança vir a se tornar homossexual é algo completamente indesejado?

Conforme reafirma Ana Paula Peres:

[...] a criança se alimenta e se enriquece em função da qualidade do relacionamento dos seus pais. Nesse aspecto, adverte a sociedade para o perigo de se pressupor que a heterossexualidade dos pais representa por si só uma garantia mínima do bom desenvolvimento da criança e que, inversamente, a homossexualidade seja um indício de uma parentalidade perversa.⁸

É de se ressaltar que existem estudos científicos apontando para o caráter biológico, congênito da orientação sexual dos indivíduos. A homossexualidade era outrora encarada como doença, quando levava o nome de homossexualismo. A medicina, porém, deixou de considerá-la como uma patologia quando, em 1985, o Código Internacional de Doenças (CID) foi revisado.

Descartou-se, ainda, a possibilidade de se tratar de uma escolha do indivíduo. Alguns estudos vêm dando nova direção às causas da homossexualidade, que podem ter, de fato, origem genética. Um renomado neurologista norte-americano alega ter encontrado uma diferença considerável de tamanho entre os hipotálamos – que, se

⁸ PERES, Ana Paula Ariston Barion. Op. cit., p. 137.

acredita, controlam o comportamento sexual – dos heterossexuais e dos homossexuais.⁹

Mister ressaltar, também, uma situação fática não difícil de ser verificada nas adoções por homossexuais. O homossexual A, que vive com o B, adota, singularmente, uma criança. Esta passará a conviver com os dois companheiros, os três indiscutivelmente integrando uma entidade familiar de fato. A legislação adicional, por sua vez, tem por finalidade máxima a proteção integral da criança, sempre resguardando o seu melhor interesse. Contudo, a situação fática vivida por essa criança, ao longo de seu desenvolvimento num seio familiar que contava com os dois companheiros homossexuais, será descartada pelo direito, pois o menor, apesar de viver como filho dos dois homossexuais, só terá direitos e deveres legais para com aquele que o adotou formalmente. Não nos parece que o direito, ao ignorar situações fáticas como essa, estaria realmente resguardando os melhores interesses da criança – antes pelo contrário.

Nesse sentido, entende Maria Berenice Dias que:

[...] permanece a resistência em conceder a adoção a um casal que mantenha união homoafetiva. As justificativas são muitas: problemas que a criança poderia enfrentar no ambiente escolar, ausência de referenciais de ambos os sexos para o desenvolvimento do adotando, obstáculos na lei dos registros públicos, entre outros. Mas o motivo é um só: preconceito. É enorme a dificuldade em aceitar os pares de pessoas do mesmo sexo como família. Há a crença de que se trata de relacionamento isento de perfil de retidão e moralidade. Isso tem o nome de discriminação. A aparente intenção de proteger as crianças só as prejudica. Vivendo o infante em família homoafetiva e possuindo vínculo jurídico com somente um do par, resta absolutamente desamparado com relação ao outro, que também considera pai ou mãe. O não estabelecimento de uma vinculação obrigacional gera a absoluta irresponsabilidade de um dos genitores para com o filho que também é seu.¹⁰

⁹ SWIDEY, Neil. What makes people gay? *The Boston Globe*, 14 Aug. 2005. Disponível em: <http://www.boston.com/news/globe/magazine/articles/2005/08/14/what_makes_people_gay/>. Acesso em: 28 jul. 2008.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 397.

Assim, concordamos com Viviane Girardi quando diz que “as uniões homossexuais podem ser consideradas como uma modalidade de família se nelas estiverem presentes a afetividade, a solidariedade, a publicidade e a mútua assistência entre seus membros”.¹¹

Nosso entendimento não poderia ser outro que não aquele que defende a ideia de que, de acordo com uma interpretação sistemática da Constituição Federal, todos os direitos garantidos pela lei aos casais heterossexuais devem ser estendidos também aos homossexuais, por assim determinarem os máximos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, que não podem ser sobrepujados por regras – legais ou constitucionais – de hierarquia ou valoração inferior. Justamente por esse motivo é que consideramos haver amparo legal não apenas à possibilidade da existência de união estável entre pessoas do mesmo sexo,¹² mas também à adoção conjunta por tais pessoas.

Vale apontar que, segundo as estatísticas do Conselho Nacional de Justiça, há 41.104 pretendentes à adoção no Cadastro Nacional da Adoção. Enquanto isso, há 8.018 crianças ou adolescentes cadastrados. Ou seja, há cinco vezes mais pessoas interessadas em adotar do que crianças e adolescentes aguardando colocação em família substituta.¹³

Contudo, embora tais dados pareçam um alento, uma análise mais detalhada das estatísticas torna a situação bem menos satisfatória: 88,34% dos pretendentes à adoção somente aceitam crianças com até 6 anos de idade, sendo que estas somam apenas 26,04% dos menores aguardando colocação em família substituta. Os adolescentes (de 12 a 18 anos incompletos) perfazem 46,11% do total de menores, sendo que, no entanto, os adotantes que aceitam receber adolescentes desta faixa etária perfazem apenas 0,82% do total - o que significa, para fins estatísticos, que, no cenário atual, quase metade dos menores

¹¹ GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto*: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 159.

¹² “Apelação cível – União homoafetiva – Reconhecimento – Princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo (segredo de justiça)” (TJRS, 7ª Câmara Cível, Ap. Cível. 70012836755, rel. Maria Berenice Dias, j. 21.12.2005).

¹³ Dados disponíveis em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>, acesso em: 20 set. 2017.

aguardando colocação em família substituta possuem chances diminuídas de serem adotados.

Portanto, é perceptível que o número de pretendentes à adoção seja, hoje, muito maior que o de menores aguardando colocação em família substituta, as restrições dos adotantes acabam por inviabilizar a adoção da maior parte dos menores. São, pois, salutares as medidas que permitem a ampliação da quantidade de pretendentes à adoção, o que significa, ao menos em termos estatísticos, um acréscimo nas chances de muitos menores em serem recebidos no seio de uma família.

Duas dessas medidas são a) a facilitação da adoção por estrangeiros, que, via de regra, possuem menos restrições quanto à idade dos adotandos - justamente porque o processo de adoção internacional apresenta diversos complicadores, que acabam por filtrar positivamente os estrangeiros que recorrem a essa modalidade de adoção -; e b) a possibilidade de adoção por casais homossexuais, que, via de regra, necessitam recorrer à adoção para que tenham filhos (ressalvadas as hipóteses de fecundação artificial ou a gravidez por substituição - a chamada "barriga de aluguel").

Ainda do ponto de vista normativo, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5860/2016, de autoria do Deputado Augusto Coutinho, que busca agilizar os processos de destituição do poder familiar e adoção de crianças e adolescentes. A proposição legislativa busca inserir modificações no Estatuto da Criança e do Adolescente com o objetivo de reduzir prazos e estabelecer procedimentos específicos de citação e oitiva de testemunhas, visando, assim, diminuir, onde possível, a burocracia atualmente existente nos procedimentos relativos à adoção.

Verifica-se, portanto, que tem havido avanços legislativos no sentido de se emprestar maior efetividade ao direito fundamental do convívio familiar dos menores que se encontram aguardando colocação em família substituta.

Adoção conjunta por casais homoafetivos: aspectos legais e sociais sob o ponto de vista jurisprudencial

Se por um lado o Poder Legislativo encontra maiores dificuldades em modificar a legislação pertinente à matéria da adoção para albergar expressamente - ou ao menos retirar as restrições implícitas - a adoção por casais homossexuais, o Poder Judiciário adiantou-se.

Um caso em que tive a oportunidade de atuar, na Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁴, versava sobre a inscrição de um casal homoafetivo no cadastro de adotantes, à época a cargo da Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional – CEJAI. Embora com pareceres favoráveis tanto da equipe interprofissional quanto do Ministério Público, o magistrado decidiu pelo indeferimento da inscrição, sob a alegação de que somente poderiam adotar em conjunto pessoas casadas ou em união estável. Ocorre que, naquele caso específico, as pretendentes *eram* casadas – com certidão de casamento juntada aos autos. A decisão evidentemente foi revertida, pois todos os requisitos objetivos e subjetivos haviam sido satisfeitos, e a decisão de primeira instância baseara-se numa visão pessoal do magistrado – que, embora respeitável, era digna de reversão pelo Tribunal, como acabou ocorrendo.

O Superior Tribunal de Justiça vem, já há algum tempo, reiteradamente admitindo a adoção por casais homoafetivos, afastando a interpretação literal da lei vigente, e enfatizando a necessidade de observância dos critérios subjetivos e objetivos elencados na legislação adocional.

No caso do REsp 889.852/RS, o STJ entendeu que:

[...] 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. 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 [...],

e que, naquele caso concreto:

[...] 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

¹⁴ ApCiv 3003298-22.2013.8.26.0477.

reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida¹⁵.

Noutro precedente, a Ministra Nancy Andrighi ponderou que:

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

consignando expressamente que:

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

Em seu voto a Ministra ressaltou que:

[...] a confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas

¹⁵ STJ, REsp 889.852/RS, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010, DJe 10/08/2010.

por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral¹⁶.

Em decisão mais recente, de setembro de 2017, porém ainda provisória, o mesmo STJ houve por bem manter a guarda de bebê com um casal homoafetivo que encontrou o infante em uma caixa de papelão. No *habeas corpus* relatado pelo Ministro Villas Bôas Cueva apontou-se que:

[...] o menor foi recebido em ambiente familiar amoroso e acolhedor, quando então recém-nascido, não havendo riscos físicos ou psíquicos neste período, quando se solidificaram laços afetivos, até mesmo porque é cediço que desde muito pequenas as crianças já reconhecem as pessoas com as quais convivem diariamente [...],

e que:

[...] admitir-se a busca e apreensão de criança, transferindo-a a uma instituição social como o abrigo, sem necessidade alguma, até que se decida em juízo sobre a validade do ato jurídico da adoção, em prejuízo do bem-estar físico e psíquico do infante, com risco de danos irreparáveis à formação de sua personalidade, exatamente na fase em que se encontra mais vulnerável, não encontra amparo em nenhum princípio ou regra de nosso ordenamento¹⁷.

Digna de menção, também, a decisão de primeira instância proferida em processo que tramitou na comarca de Assis, SP, em que um casal homoafetivo ingressou com ação de destituição do poder familiar cumulada com adoção. Na sentença de procedência o magistrado ponderou que:

[...] em que pese a sugestão apresentada por uma interpretação meramente literal do texto constitucional, a heterodoxia dos poros constitucionais parece encampar, como de fato encampou, a possibilidade de que uma família formada por pessoas

¹⁶ STJ, REsp 1.281.093/SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18/12/2012, DJe 04/02/2013.

¹⁷ Notícia disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-mant%C3%A9m-com-casal-homoafetivo-guarda-de-beb%C3%AA-encontrado-em-caixa-de-papel%C3%A3o>, acesso em: 20 set. 2017.

do mesmo sexo receba proteção jurídica idêntica àquelas modalidades consideradas tradicionais [...],

e que:

[...] a possibilidade da adoção por casais homoafetivos parece ser colorário lógico do reconhecimento da união estável, conforme estabelece o art. 1.724 do Código Civil, encontrando esteio, como “ultima ratio”, no postulado da dignidade da pessoa humana, “ex vi” do art. 1º, III, da Constituição da República.

Dessa maneira, em razão da inexistência de previsão legislativa específica, e da possibilidade de violação dos direitos e garantias fundamentais decorrente de interpretação meramente literal dos dispositivos legais, o Poder Judiciário – inicialmente nas instâncias inferiores, culminando com o julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132 pelo Supremo Tribunal Federal –, muitas vezes utilizando-se dos fundamentos lançados pela doutrina, antecipou-se ao legislador, para garantir a observância dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

É de se frisar que tal antecipação não viola o princípio da separação dos poderes, pois o Judiciário, ao reconhecer o direito de casais homoafetivos de adotarem em conjunto, não está inovando a legislação existente, mas, sim, aplicando as normas existentes de forma equânime, sem diferenciar aqueles que se encontram em situação idêntica.

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf aponta que:

[...] uma vez que bem ajustados os papéis de gênero não há que se falar em prejuízo à normal estruturação da personalidade da criança, pois sob o prisma da orientação afetivo-sexual os referenciais masculino e feminino (pai/mãe) são “representações simbólico-comportamentais de gênero”, que não se exaurem no corpo físico da família, mas se veem influenciadas pelo relacionamento social com amigos, parentes ou mesmo com terceira pessoa próxima do lar familiar que integram o seu cotidiano¹⁸.

¹⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.2.2010.tde-31012011-154418. Acesso em: 18 set. 2017.

Insta ressaltar que, como em *qualquer* caso de adoção, os adotantes – individualmente ou em conjunto – deverão comprovar o cumprimento dos requisitos objetivos, sendo que ao magistrado caberá, auxiliado por uma equipe interprofissional, apreciar a oportunidade e a admissibilidade da outorga da adoção em favor de qualquer pessoa ou casal, após a aferição dos critérios subjetivos.

Apenas se a adoção for constituir real benefício ao adotando é que ela deve ser efetivada, dado o princípio da proteção à criança e ao adolescente. Fato é que, especialmente nos nossos tempos, o direito, e principalmente aqueles que o aplicam, transportando-o do mundo das ideias para a realidade do dia a dia, não pode se quedar inerte ante as ocorrências que clamam por sua intervenção.

É imprescindível, contudo, que o Poder Judiciário não sirva, em hipótese alguma, de palanque para discursos ideológicos que, em que inexistente o preconceito, o Magistrado decida por pressão de grupos organizados que se pautam não pelo interesse dos menores, mas por agendas políticas. É dizer, assim como de forma alguma pode ser vedado discriminar os homossexuais por sua orientação sexual, da mesma forma não se lhes deve estender benefícios em função do mesmo motivo, sob o pretexto – ostensivo ou não – de se compensar inegáveis situações de real preconceito.

Tal questão assume relevo especialmente nos dias atuais, em que a chamada “ditadura do politicamente correto”, que há tempos governa a sociedade ocidental, exerce um papel importante no alargamento do lamentável abismo entre os diferentes, por meio da sagaz – porém cruel – imposição de uma cultura de autocensura, em que os dissonantes são, via de regra, compelidos a se silenciar, pois ao primeiro sinal de discordância da opinião prevalente nos circuitos intelectuais – notadamente os acadêmicos e midiáticos – a militância, que é muito organizada, apressa-se em tachar tais vozes divergentes de autoritárias, intolerantes, retrógradas, e, como vem ocorrendo atualmente, de fascistas ou nazistas.

Dessa maneira, o Poder Judiciário deve ater-se exclusivamente à Lei e à Justiça. Se um casal homoafetivo pretender a adoção de uma criança, e por qualquer razão esta adoção pudesse ser indeferida independente da orientação sexual dos postulantes, ela **deve** ser indeferida, ainda que haja uma miríade de manifestações de cunho político-ideológico alegando que a decisão foi discriminatória. Estando presentes, contudo, os requisitos objetivos e subjetivos, a adoção **deve** ser deferida, independente da orientação sexual dos postulantes. A lógica de tais afirmações, em função do acirramento entre posições ideológicas contras-

tantes, nem sempre fica autoevidente, pois não raro questões completamente dissociadas das divergências ideológicas são gravemente atingidas pelo embate que nada lhes diz respeito, e a adoção é uma delas.

Assim como os critérios não podem ser mais severos para os postulantes homossexuais, também não podem ser mais permissivos, pois o que importa, primordialmente, é o bem-estar das crianças ou adolescentes que serão adotados, e este espírito protecionista só se garante com um processo severo – porém não excessivamente burocrático – de avaliação dos postulantes à adoção. Tal processo, comandado com rigor pelo Poder Judiciário, visa única e exclusivamente facilitar que aquelas crianças e aqueles adolescentes, que nunca tiveram, ou deixaram de ter uma família com quem possa dividir um lar, possam efetivamente gozar de tal direito fundamental.

Considerações finais

Muito se discutiu, nos últimos anos, sobre a possibilidade de se deferir a adoção de crianças a pessoas homossexuais. Nenhum dispositivo há, nem havia, na legislação pertinente (Constituição Federal, ECA e Código Civil), que impedisse a adoção por homossexuais, e nem poderia ser diferente: a Constituição veda “preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV). Afinal o *caput* do art. 5º da Carta Magna expressamente determina que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Dessa maneira, negar a adoção de menores com base na orientação sexual dos adotantes, tão somente, equivaleria a proceder a uma distinção que a própria Carta Magna veda terminantemente.

A questão foi sepultada definitivamente pela jurisprudência e pela doutrina, com escólio nas normas positivas, no sentido de se afastar qualquer possibilidade de se considerar a orientação sexual do adotante como critério, objetivo ou subjetivo, para o deferimento da adoção. Observados os requisitos constantes na legislação adocional – ou seja, se a adoção apresentar reais vantagens para o adotando (art. 1.625, CC) e se fundamentar em motivos legítimos (art. 43, ECA), e ainda se o adotante for compatível com a natureza da medida e oferecer ambiente familiar adequado (art. 29, ECA), nenhum óbice remanesce.

Num segundo momento, num passado mais recente, surgiu uma questão muito mais polêmica, qual seja: a possibilidade da adoção por um casal de pessoas do mesmo sexo.

O princípio da igualdade, substrato fundamental de qualquer ordenamento jurídico democrático, possui, por esta exata razão, uma posição fundamental na construção das sociedades modernas. A igualdade, por si, é um dos sustentáculos das garantias e dos direitos fundamentais, e, por isso mesmo, não pode ser negociado, tratando-se de verdadeiro imperativo categórico.

Parece, assim, assistir razão à autora Viviane Girardi, quando afirma que “as uniões homossexuais podem ser consideradas como uma modalidade de família se nelas estiverem presentes a afetividade, a solidariedade, a publicidade e a mútua assistência entre seus membros”.¹⁹

Isso porque, com base em uma interpretação sistemática da Constituição Federal, todos os direitos garantidos pela lei aos casais heterossexuais devem ser estendidos também aos homossexuais, por assim determinarem os máximos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, que não podem ser sobrepujados por regras – legais ou constitucionais – de hierarquia ou valoração inferior. Justamente por esse motivo é que consideramos haver amparo legal não apenas à possibilidade da existência de união estável entre pessoas do mesmo sexo,²⁰ mas também à adoção conjunta.

O elemento realmente determinante para a formação do vínculo familiar não é jurídico, embora o Direito lhe empreste este caráter, mas social: o afeto. Assim é que, não raro, situações em que crianças eram acolhidas desde tenra idade no seio de uma família, porém sem que houvesse a formalização desta “adoção de fato”, vêm sendo reconhecidas formalmente pelo Poder Judiciário, inclusive para fins sucessórios. A chamada “filiação socioafetiva” foi desenvolvida não pela legislação, mas pela doutrina e pela jurisprudência, que se manifestaram de forma a buscar soluções para uma situação existente na vida real que, contudo, não encontrava tutela legal no nosso ordenamento jurídico.

¹⁹ GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto*: a possibilidade jurídica de adoção por homossexuais. p. 159.

²⁰ “Apelação cível – União homoafetiva – Reconhecimento – Princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo (segredo de justiça)” (TJRS, 7ª Câmara, Ap. Cív. 70012836755, rel. Maria Berenice Dias, j. 21.12.2005).

Não se trata de transformar um costume em norma cogente não escrita, mas, sim, de garantir a uma situação de fato *alguma* tutela jurisdicional independente de haver previsão legal que a albergue. Isso porque a sociedade – mormente nos dias de hoje – passa por transformações muito mais rápidas do que o legislador é capaz de acompanhar. A adoção por casais homoafetivos é uma dessas situações, sendo absolutamente necessário que as situações de fato sejam tratadas com a máxima celeridade possível, mormente quando se cuida de direito tão elementar e fundamental como é o convívio familiar e social das crianças e adolescentes.

Referências

BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000.

CINTRA, Maria do Rosário Leite. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.2.2010.tde-31012011-154418. Acesso em: 18 set. 2017.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente – comentado artigo por artigo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção – regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência e anulação*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SWIDEY, Neil. What makes people gay? *The Boston Globe*, 14 Aug. 2005. Disponível em: <http://www.boston.com/news/globe/magazine/articles/2005/08/14/what_makes_people_gay/>. Acesso em: 18 set. 2017.

