

RECURSO ESPECIAL Nº 1.281.093 - SP (2011/0201685-2)

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : D H M E S
ADVOGADO : FABIANA DE SOUZA RAMOS
INTERES. : L B V
INTERES. : C C V

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, com fundamento no art. 105, III, “a”, da CF, contra acórdão proferido pelo TJ/SP.

Ação: de adoção unilateral da menor L.B.V., ajuizada por D.H.M. e S. – recorrida – pela qual busca a adoção da filha biológica de sua companheira – C.C.V., com quem mantém união estável.

Sentença: concedeu a adoção unilateral de L.B.V. a D.H.M. e S., com fundamento nos artigos 6º, 42 §2º e 43, todos da Lei 8.069/90.

Acórdão: o TJ/SP negou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público estadual, em acórdão assim ementado:

União Homoafetiva – Menor concebida por meio de inseminação artificial – Acolhimento do pedido de adoção, vantajoso à menor e permissivo do exercício digno dos direitos e deveres decorrentes da instituição familiar – inteligência dos artigos 6º, 42 §2º e 43, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do artigo 5º, caput, da Constituição Federal – Sentença Mantida – Recurso **improvido**.

Recurso especial: alega violação dos artigos 6º, 42 §2º e 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, arts. 1.626, parágrafo único e 1.723 do CC-02.

Sustenta que é “juridicamente impossível a adoção de criança ou adolescente por duas pessoas do mesmo sexo” (fl. 289, e-STJ), afirmando, ainda, que “o instituto da adoção guarda perfeita simetria com a filiação natural,

Superior Tribunal de Justiça

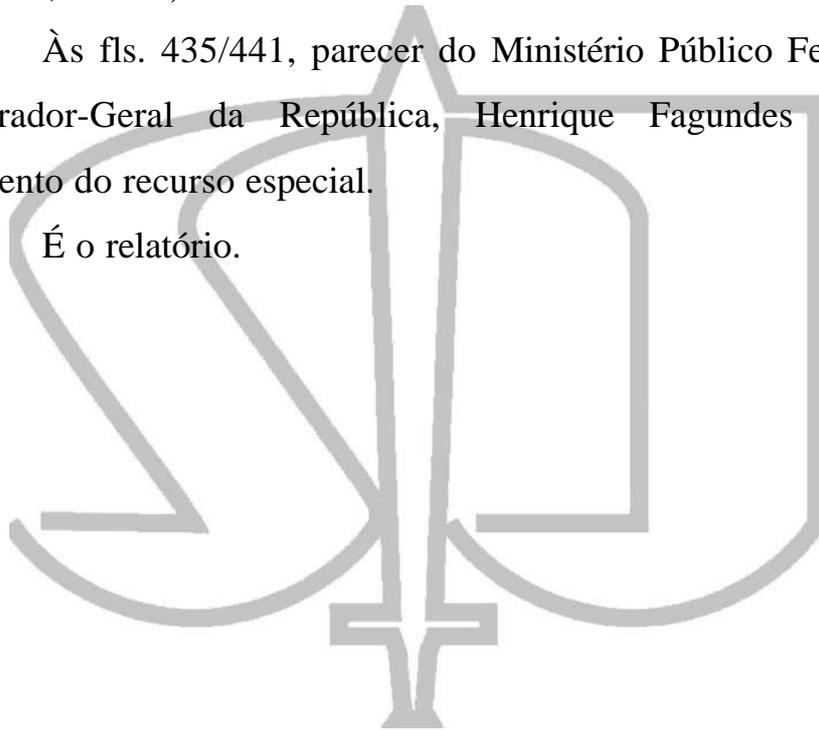
pressupondo que o adotando, tanto quanto o filho biológico, seja fruto da união de um homem e uma mulher” (fl. 55, e-STJ).

Contrarrazões: A recorrida, em contrarrazões, reafirma a anuência da mãe biológica ao pedido de adoção; a estabilidade da relação homoafetiva que mantém com a ela e a existência de ganhos para adotanda.

Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/SP admitiu o recurso especial (fls. 423/425, e- STJ).

Às fls. 435/441, parecer do Ministério Público Federal, de lavra do Subprocurador-Geral da República, Henrique Fagundes Filho, pelo não conhecimento do recurso especial.

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.281.093 - SP (2011/0201685-2)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **D H M E S**
ADVOGADO : **FABIANA DE SOUZA RAMOS**
INTERES. : **L B V**
INTERES. : **C C V**

RELATORA: **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**

VOTO

Cinge-se a controvérsia em dizer se, dentro de uma união estável homoafetiva, é possível a adoção unilateral de filha concebida por inseminação artificial heteróloga, para que ambas as companheiras passem a compartilhar a condição de mães da adotanda.

I. Lineamentos gerais

A insurgência recursal, no particular, volta-se para a possível afronta dos arts. 6º, 42 §2º e 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, arts. 1.626, parágrafo único e 1.723 do CC-02.

Esses dispositivos legais foram objeto de debate na origem, o que satisfaz o requisito do prequestionamento necessário para a apreciação do recurso especial.

Colhem-se do acórdão recorrido, pela relevância que apresentam para o deslinde da controvérsia, as razões de decidir utilizadas no voto condutor do acórdão recorrido:

Com efeito, restaram bem caracterizadas, nos autos, as vantagens que a adoção trará à menor concebida por meio de fertilização artificial, forma eleita, pela apelante e a mãe biológica, para consolidar a família que desenvolveram. A prova oral e documental produzida durante a instrução revela que, realmente, a relação familiar se enriqueceu e seus componentes vivem felizes, em harmonia.

(fl. 391, e-STJ).

Os laços de afeto, companheirismo, amor e respeito que unem a apelada à mãe biológica da menor retratam união estável. Não importa se a relação é pouco comum, nem por isso é menos estruturada que a integrada por pessoas de sexos distintos. Nada justifica a recusa à adoção unilateral, que tem por finalidade enquadrar a menor no núcleo familiar que se encontra plenamente adaptada, permitindo-lhe assim - e também às suas guardiãs – o exercício digno dos direitos e deveres decorrentes da instituição familiar, cujos efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais são reconhecidos e preservados pelo ordenamento jurídico pátrio. (fl. 392, e-STJ)

Releva ainda declinar, como pano de fundo conjuntural, que a adotanda L.B.V. nasceu – segundo o relato da própria recorrida, adotante, no que foi corroborado por C.C.V., mãe biológica da menor –, como fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável e acordou na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V.

A situação descrita começa a fazer parte do cotidiano das relações homoafetivas e merece criteriosa apreciação, pois, se não equalizada convenientemente pode gerar – em caso de óbito do genitor biológico – impasses legais, notadamente no que toca à guarda dos menores, ou ainda discussões de cunho patrimonial, com graves consequências para a prole.

2. Da possibilidade de adoção unilateral, ou conjunta, em união estável homoafetiva.

Fixa-se, inicialmente, que apesar de haver manifestação, tanto do Tribunal de origem quanto do recorrente, no sentido de se discutir a validade de adoção conjunta em relacionamento homoafetivo, a questão trazida a desate neste recurso especial, não trata, precisamente, dessa hipótese, pois não se verifica a existência de dois adotantes, como preconizado no art. 42, § 2º, da Lei 8.069/90.

Os fatos aqui delineados melhor se enquadrariam na chamada adoção unilateral, prevista no art. 41, §1º, do mesmo texto legal, lido com as adequações

de estilo necessárias à sua congruência com a hipótese.

Evidenciada a ressalva quanto à natureza do pedido deduzido pela recorrida, é certo, porém, que o presente debate tanto alcança a denominada adoção unilateral – que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexista um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança –, quanto à adoção conjunta – onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado.

E, de igual forma, a insurgência manifestada pelo Ministério Público Estadual, na sua assertiva de impossibilidade jurídica do pedido de adoção, abrange as duas possibilidades, pois trata de possível impossibilidade jurídica de pedido de adoção, quando os adotantes mantiveram união homoafetiva.

Resta, neste introito, frisar que o recurso especial se sustenta, por primeiro, no que considera ser um empeco legal à pretensão: a impossibilidade jurídica do pedido para, posteriormente, fixar-se na conveniência da adoção, analisada sob o prisma de inexistência de benefícios para a adotanda, temas que passam a ser apreciados.

2.1. Da possibilidade jurídica do pedido de adoção em uniões homoafetivas.

De se observar, quanto ao ponto, que o Tribunal de origem, em suas razões de decidir, calcou-se nos arts. 6º e 42 § 2º, da Lei 8.069/90 acrescido dos arts. 1.626, parágrafo único (revogado pela Lei nº 12.010/2009) e 1.723 do CC-02, que foram objeto de refutação pelo Ministério Público Estadual, que a eles deu interpretação diversa daquela fixada pelos Órgãos julgadores ordinários.

Vale ainda destacar, quanto ao art. 1.723 do CC-02, que o recurso especial foi interposto antes do julgamento da ADI 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 05/05/2011, que consolidou o influxo jurisprudencial já

existente, no sentido de dar legitimidade e efeitos jurídicos plenos às uniões estáveis homoafetivas.

Pinça-se, da ementa do acórdão, do célebre julgamento, alguns excertos que exprimem a fórmula cristalizada:

(...)Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Omissis.

O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, trouxe como corolário, a extensão automática, àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional.

Sob esse prisma, a litania trazida pelo recorrente, que aborda possíveis limitações ao pleno exercício da cidadania, em decorrência de uma opção sexual, mostra-se amplamente superada pelo julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

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

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

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

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

No entanto, embora não remanesçam dúvidas quanto à viabilidade legal do pedido, pendente ainda o debate sobre a existência de possíveis consequências negativas, para a infante, com essa modalidade de adoção, pois paira sobre o tema, como norma-princípio que é (art. 43 do ECA), a aferição sobre a existência de reais vantagens para a adotanda.

2.2. Da existência de vantagens para adotanda.

A existência, ou não, de vantagens para o adotando, em um determinado pedido de adoção, é talvez o elemento subjetivo de maior importância na definição da viabilidade desse pleito.

O comando legal sob análise, que expressamente declina que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando(...)” é propositadamente aberto quanto à locução “reais vantagens”, para deixar ao talante do julgador, apreciando as condições específicas da espécie, dizer sobre a conveniência do procedimento de adoção.

No entanto, há uma ressalva, ou vinculação, que se erige como Norte desta avaliação: a idéia de que o adotando é o objeto primário da proteção legal.

Analisa-se, assim, em atenção à primazia do melhor interesse do menor sobre qualquer outra condição ou direito das partes envolvidas, as

considerações tecidas pelo recorrente, que apontam a inexistência de reais vantagens para a criança neste processo de adoção, e que vão transcritas na parte de relevo.

(...) não se vislumbra a existência de 'reais vantagens' para a adotanda.

Realmente, a adotanda, hoje uma criança, amanhã uma adolescente, passará por uma série de constrangimentos e discriminações, sempre que exibir em seus documentos pessoais sua inusitada condição de filha de duas mulheres.

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

(Grifos como no original).

De fácil vislumbre que o recorrente, no particular, tem por objetivo tísar o pretendido ato de adoção, aludindo que não haveria reais vantagens para adotanda, mas ao revés, a condição de dupla maternidade acabaria por expor situação de constrangimento para a menor.

Esse debate, inevitavelmente se confunde com a opção sexual da adotante, pois o recorrente se foca nessa singularidade para apontar os inconvenientes da adoção *in casu*, unilateral, ou mesmo da adoção conjunta por casal homoafetivo.

Nesse aspecto, um primeiro e fundamental elemento de distinção deve ser evidenciado: a homossexualidade diz respeito, tão só à opção sexual. A parentalidade, de outro turno, com aquela não se confunde, pois trata das relações entre pais/mães e filhos.

É sobre essa que se deve pinçar a conveniência ou inconveniência de um pedido de adoção, apesar de não se ignorar, com essa afirmação, que existam exteriorizações de papéis nas relações de parentalidade, onde se atribui a determinado gênero certas características, que seriam complementares e necessárias ao perfeito desenvolvimento psicossocial do infante.

No entanto, um mero perscrutar sobre os papéis atribuídos aos

gêneros na criação de filhos, com a exceção daqueles decorrentes dos atributos físicos, mostra o forte componente cultural entremeado nessa fixação. Tanto assim, que há plena superação dessas atribuições de papéis, nas situações de monoparentalidade, ou mesmo dentro de uma relação tradicional de parentalidade, na qual os atores envolvidos exercem papéis distintos dos usuais.

Vale, nesse sentido, registrar o posicionamento das Psicólogas Mariana de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi Maia, que a respeito da necessidade de duplo gênero no desenvolvimento psicossocial dos filhos, afirmam:

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

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

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

Em outro excerto da mesma obra, as autoras afirmam que:

Não há diferenças significativas no desenvolvimento físico e psicossocial entre filhos criados por pessoas gays e lésbicas e filhos criados por pessoas heterossexuais. Além disso, possíveis diferenças podem até ser identificadas, mas não são atribuídas às características da orientação sexual dos cuidadores e sim, às condições diversas como: orgânicas, econômicas, educacionais, sociais, etc.

(Op. Cit. Pag.88).

Essa linha de entendimento não se descarta, por certo, da existência de elementos factuais, passíveis de gerar desconforto para o adotando, como a brandida diferença no assento de registro de nascimento da adotanda, que passará

a registrar duas mães, sendo essa distinção reproduzida perenemente, toda vez que for gerar documentação nova.

No particular, é inevitável se contrapor ao argumento para declinar que, *in casu*, essa diferença persistiria, mesmo se não houvesse a adoção, pois haveria maternidade singular no registro de nascimento, que igualmente poderia dar ensejo a tratamento diferenciado, circunstância que não se mostra suficiente para obstar o pedido de adoção, por ser perfeitamente contornável e ser suplantada, em muito, pelos benefícios outorgados pela adoção.

Enésio de Deus Silva Júnior, corroborando este último posicionamento afirma que:

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

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

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

Pausa-se, aqui esse debate, pois adentrar nessa seara é transformar uma discussão macro em embate sobre filigranas, quando a temática que deve vir à tona diz respeito ao equilíbrio psicossocial dos adotados por casais homoafetivos.

Volvendo, então, à linha argumentativa central, vale citar que a questão envolvendo a conveniência, para a criança, de adoção por casal

Superior Tribunal de Justiça

homoafetivo, não é celeuma apenas no Direito Pátrio, mas debate que se espalha pelo mundo em marchas e poucas contramarchas, como se vê na recente discussão lançada pelo governo da França, que encaminhou projeto de lei ao Parlamento local, permitindo o casamento e adoção por casais homoafetivos.

Outros países já permitiram essa adoção, sendo a Holanda, a precursora do movimento integrativo, pois desde 2001 reconhece, legalmente, a adoção unilateral, ou conjunta, em relações homoafetivas, no que foi seguida por Suécia, Bélgica, Inglaterra, Alemanha, Províncias canadenses de Quebec e Nova Scotia, e alguns Estados americanos.

Em nossa vizinhança, O Uruguai, já em 2009, aprovou lei permitindo a adoção por casais homoafetivos.

(Dados disponíveis em <http://www.ctvnews.ca/world/a-look-at-gay-marriage-and-adoption-worldwide-1.1024910#ixzz2DQKsXrRK> e <http://www.parlamento.gub.uy/palacio3/index1280.asp?e=0&w=1920>).

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

Buscando-se, na hipótese, agregar à monoparentalidade jurídica hoje existente, uma outra mãe, releva dar especial colorido à biparentalidade, independentemente da orientação sexual dos adotantes, pela notória vantagem que representa para o filho, natural ou adotivo, pois esta quebra a monoparentalidade prática ou técnica, na qual hoje desaguam as questões relativas à adoção por casais homoafetivos.

Em outras palavras, no cenário monoparental, há um ascendente (biológico ou não), sendo a ele atribuídas todas as responsabilidades legais, sintetizadas no poder familiar, não obstante haver participação ativa do outro companheiro(a), na formação da criança.

Essa situação, além de não retratar a realidade fática existente, na qual se declara, publicamente, a dupla relação de parentalidade, pode, apenas exemplificativamente, na hipótese de ocorrer óbito do ascendente biológico, trazer clima de insegurança jurídica grave, tanto para o menor, que tinha no casal homoafetivo sua referência em relação à parentalidade, quanto para o companheiro(a) supérstite, pois não há vínculo jurídico entre ele e a criança que tem como filho(a), podendo daí decorrer disputas envolvendo tanto a guarda do menor, quanto o patrimônio do *de cuius*.

Exemplo dessa situação, o óbito de famosa cantora nacional em 2002, que mantinha união estável homoafetiva e deixou prole, logrando a mãe socioafetiva, apenas judicialmente, a guarda do então adolescente que criara junto com a mãe biológica.

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

Os obstáculos interpostos à plena aceitação e legalização desse notório fato social são tartamudeios calcados em preconceitos que, como posto inicialmente, não tem mais guarida no sistema jurídico nacional, até mesmo pela cristalização da legalidade da união estável homoafetiva, pelo STF.

A *ratio* orientadora da definição de reais vantagens para a adotanda

ultrapassa esse debate, que tem o evidente ranço de preconceito por orientação sexual, para se concentrar em elementos mais palpáveis e de maior relevo na formação da psique do infante.

Nessa senda, possível se depreender que a condição de biparentalidade homoafetiva terá a mesma repercussão da monoparentalidade – um só ascendente–, ou da já tradicional biparentalidade heteroafetiva.

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

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

Soçobrem então os preconceitos, nunca o legítimo direito de uma criança ou adolescente acordar em um lar que possa chamar de seu.

O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em *status* jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva – ou aqueles que têm disforia de gênero – aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor – aqui traduzido pela ampliação do leque de

possibilidades à adoção – e, de outro, a extirpação jurídica dos últimos resquícios de preconceito jurídico – tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos.

Nesse mesmo sentido já decidiu o STJ, no julgamento do REsp 889.852/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 10/08/2010.

De igual forma, deve, na hipótese sob comento, merecer acolhida a vontade do casal, mesmo porque, é fato que o nascimento da infante ocorreu por meio de acordo mútuo entre a mãe biológica e a agora adotante, e tal qual ocorre nas reproduções naturais ou assistidas homólogas, onde os partícipes desejam a reprodução e se comprometem com o fruto concebido e nascido, também aqui deve persistir o comprometimento do casal com a nova pessoa.

E evidencia-se uma intolerável incongruência com esse viés de pensamento, negar o expresso desejo dos atores responsáveis pela concepção, em se responsabilizar legalmente pela prole, fruto do duplo desejo de formar uma família.

Forte nessas razões, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso especial, mantendo, por conseguinte, as decisões ordinárias que julgaram procedente o pedido de adoção unilateral.