

ADOÇÃO POR CASAL COMPOSTO POR INDIVÍDUOS DE MESMO SEXO: ANÁLISE CRÍTICA DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO STJ NO RESP 1.281.093-SP DE RELATORIA DA MINISTRA NANCY ANDRIGHI

ADOPTION BY COUPLES COMPOSED OF INDIVIDUALS OF THE SAME SEX: CRITICAL ANALYSIS OF THE JUDGMENT OF THE SUPREME COURT IN SPECIAL APPEAL N° 1.281.093-SP, RAPPORTEUR OF THE JUDGE NANCY ANDRIGHI

Guilherme Bertotto Barth¹

Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS

RESUMO: A presente produção gráfica buscou analisar a decisão proferida pelo STJ sob a ótica dos Direitos Fundamentais, especialmente em relação à dignidade da pessoa. Destaca a necessária aplicação de uma interpretação conduzida pela orientação constitucional no lugar da simples interpretação gramatical ou literal na apreciação dos dispositivos legais. Resta claro no julgado que não se admitirá violações à dignidade da pessoa humana sob pretextos que mascarem vieses discriminatórios e violem esse elemento que confere unidade de sentido e legitimidade à determinada ordem constitucional. O julgado

retrata uma importante abertura para a concretude da dignidade da pessoa humana, como reconhecimento de direitos fundamentais em uma relação entre legislação infraconstitucional em consonância com os princípios fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Inseminação artificial heteróloga; adoção; homoafetividade; princípio da proteção integral.

ABSTRACT: *This text production aimed to analyze the decision of the Supreme Court from the perspective of fundamental rights, especially in relation to human dignity. Highlighted the necessary application of constitutional interpretation in place*

¹ Especialista em Direito dos Contratos e Tributário pela FGV, Especialista em Direito de Família e Sucessões pela PUCRS, Advogado.

of simple grammatical or literal interpretation of assessment of the legal provisions. It is clear that the trial did not admit violations of human dignity under pretexts which mask discriminatory biases and violate this element that confers unity of meaning and legitimacy to certain constitutional order. The trial portrays an important opening for the concreteness of human dignity, in recognition of fundamental rights in a common law based on fundamental principles with constitutional relationship.

KEYWORDS: *Heterologous artificial insemination; adoption; homosexual relationship; principle of full protection.*

SUMÁRIO: 1 Apresentação do julgado; 2 Argumentos adotados pelos julgadores; 3 Fundamentos jurídicos expostos na decisão; Referências.

SUMMARY: *1 Report of the facts; 2 Arguments used by the judges; 3 Legal grounds in the decision; References.*

1 APRESENTAÇÃO DO JULGADO

O julgado em questão aborda tema de plena atualidade e objeto de grande debate e interesse, tanto no âmbito social quanto no jurídico pátrio. A discussão sobre a possibilidade de adoção de menores por famílias compostas por casais homossexuais ainda é relativamente nova, e a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça se torna certamente uma importante baliza no entendimento da matéria.

O processo em questão cuida de um casal formado por duas mulheres em reconhecida e longa união estável (D. H. M. E. S e C. C. V.), que, de modo planejado, encaminharam a inseminação artificial heteróloga em C. C. V. com doador masculino desconhecido que resultou no nascimento da menor L. B. V. O casal sustentou que toda a decisão e procedimento foram resultados de legítimo e voluntário planejamento familiar.

A decisão proferida em sentença pelo juízo de primeiro grau de São Paulo deferiu a adoção pleiteada por D. H. M. E. S. da menor L. B. V., filha biológica e devidamente registrada de sua companheira, tendo como base principal a Lei nº 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Diante da sentença, o Ministério Público estadual apresentou recurso que foi negado pelo TJSP, que manteve a sentença pela mesma base legal, acrescentando à decisão o fundamento do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

O *Parquet* apresentou o novo recurso, admitido previamente pelo TJSP e recebido pelo STJ pela alegação de violação dos arts. 6º; 42, §§ 2º e 3º, do ECA,

arts. 1.626, parágrafo único, e 1.723 do Código Civil. A inconformidade sustentou que seria juridicamente impossível a adoção de criança ou adolescente por duas pessoas do mesmo sexo, afirmando, ainda, que o instituto da adoção “guarda perfeita simetria com a filiação natural, pressupondo que o adotando, tanto quanto o filho biológico, seja fruto da união de um homem e uma mulher” (REsp 1.281.093-SP), o que foi amplamente divulgado pelo *site* do STJ. Ao seu turno, a recorrida afirmou a intencionalidade do casal em ter um filho, concordando a mãe biológica com a adoção, e a existência de ganhos significativos para a menor com a concretização do pedido.

O recurso foi julgado no Superior Tribunal de Justiça pela 3ª Turma, com relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em 11 de dezembro de 2012.

2 ARGUMENTOS ADOTADOS PELOS JULGADORES

A decisão da Corte embasou a decisão contrária ao recurso do Ministério Público de São Paulo e o parecer do Ministério Público Federal, referindo a posição já tomada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADIn 4.277/DF, que analisou de forma inédita a equiparação da união civil homossexual ao conceito de entidade familiar. A Ministra Nancy Andrighi relacionou, com grande propriedade, a posição refletida naquele julgamento pelo voto condutor do Ministro Ayres Britto de prevalecer uma interpretação de dispositivo do Código Civil de forma não literal ou gramatical, mas de modo que prevalecesse a orientação constitucional, como se verifica no texto do julgamento.

Vale ainda destacar, quanto ao art. 1.723 do CC/2002, que o recurso especial foi interposto antes do julgamento da ADIn 4.277/DF, Relator Ministro 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 heteroaferiva.

O voto do Ministro naquele julgado, referido agora pela Ministra Relatora Nancy Andrichi, refere claramente que a existência de uma posição em sentido preconceituoso de um dispositivo legal é possível, mas inadmissível, vez que é necessária a utilização da técnica da interpretação em conformidade com a constituição. Ao analisar a definição de união estável naquele julgamento, o Ministro Ayres Britto reconhece que é essencial a exclusão de toda e qualquer significação que dificulte o reconhecimento de uma união marcada pela continuidade, publicidade e durabilidade entre pessoas de igual sexo como uma família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heterossexual.

O julgamento da ADIn 4.277/DF pelo STF guarda profunda relação com o julgamento sob análise, uma vez que naquele houve claro reconhecimento de que o trabalho hermenêutico deve ser feito de modo a aplicar a supremacia das normas constitucionais na interpretação da legislação infraconstitucional. Como refere Canotilho (2013, p. 1151), quando houver normas com várias significações possíveis, existindo espaço de decisão aberto a várias propostas interpretativas, deverá ser encontrada aquela que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando a declaração de inconstitucionalidade e consequente retirada do ordenamento jurídico.

Ambas as decisões refletem um posicionamento dos tribunais superiores brasileiros em reconhecer a necessidade de utilizar de forma mais destacada a interpretação do texto infraconstitucional adequada à norma constitucional, limitando a interpretação puramente literal da norma. Reconhece explicitamente a importância do processo de constitucionalização do Direito, tema que há muito vem ocupando o debate doutrinário.

O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil são objetos de análise desta posição interpretativa do voto da Ministra Relatora, que refuta a argumentação fruto de interpretação literal posta pela inconformidade do Ministério Público. A defesa da impossibilidade de adoção de criança menor ou adolescente por pessoas do mesmo sexo pelo recorrente guarda a mesma

interpretação que nega a possibilidade de conformação de entidade familiar entre pessoas de mesmo gênero, mesmo que possuam a convivência pública, contínua e duradoura com tal objetivo. Trata-se de posição oitocentista embasada em conceitos ultrapassados de família paternalista que não mais são admitidos em uma sociedade que há muito observa a mudança desse paradigma para o da família eudemonista, que valoriza a busca da realização dos seus integrantes e respeito aos vínculos de afinidade e afetividade, e mesmo de família natural prevista no art. 25 da Lei nº 8.069/1990, formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

A decisão da Corte, por unanimidade, negou o provimento ao recurso especial e manteve decisão que reconheceu o direito à adoção unilateral, por parte do cônjuge de casal homossexual, da filha biológica da companheira. Tendo assim se posicionado, o Superior Tribunal de Justiça reconhece a valorização do princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e adolescente, passando explicitamente a superar posições tradicionais de família e alargando a interpretação destes institutos. Destacou a Ministra no seu voto:

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.

Restou bastante claro que o julgamento da ADIn 4.277/DF pelo Supremo Tribunal Federal representou balizador definitivo ao interpretar o art. 1.723 do Código Civil e admitir a equiparação da união homossexual como união estável. O Ministro Ayres Britto, Relator da paradigmática decisão, destacou

que a liberdade de dispor da própria sexualidade seria garantida pelos direitos fundamentais do indivíduo, afirmando tratar-se de autonomia de vontade e direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e cláusula pétrea nos termos do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. Ingo Sarlet (2006, p. 77) disserta que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, constituindo-se no “ponto de Arquimedes do estado constitucional”, conceito cunhado por Görg Haverkate (Sarlet, 2012, p. 143), pelo qual os direitos fundamentais seriam equiparados ao ponto de Arquimedes na analogia ao Estado constitucional. Prossegue afirmando ainda que, se a dignidade preexiste no direito é evidente, o reconhecimento e a proteção por parte da ordem jurídica constituem requisito indispensável para que esta possa ser tida como legítima.

A Ministra Nancy Andrighi vinculou a decisão do STF com o caso em análise, uma vez que a base constitucional de ambas aborda o direito à dignidade como fundamento último do alargamento da interpretação dos institutos legais, permitindo a adaptação do Direito estático a uma sociedade em constante evolução. Neste sentido corrobora o trabalho de Fachin e Piovanovski (2003, p. 95), que afirmam que a abertura para a concretude da vida será otimizada quando for abandonado o ideal de racionalidade da codificação abstrata, com a mera interpretação literal, e seja acolhido um sistema que reconheça os direitos fundamentais em uma relação conjunta entre Código Civil e Constituição, servindo esta como marco referencial.

3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS EXPOSTOS NA DECISÃO

A abertura dos textos normativos, dentro dessa ótica, encontra nos princípios Constitucionais uma constante possibilidade de atualização, assim como a Constituição prevê a possibilidade de novos direitos fundamentais decorrentes de princípios ou mesmo de tratados internacionais.

Pietro Barcelona (*apud* Fachin; Piovanovski, 2003, p. 97), citado por Fachin e Piovanovski, reconhece uma necessidade de revalorização do homem como ser criativo – capaz de modificar a realidade, a partir de seu próprio sofrimento. Esse, decorrente da negação de suas necessidades pela ordem sistêmica, seria a força para buscar o *novum*. É defendida a supremacia da pessoa concreta, que cria, sofre e ama, para além dos limites fixados pelas formas jurídicas pré-estabelecidas.

Os efeitos do julgamento pelo STF que reconheceu a possibilidade de uniões entre pessoas de mesmo sexo já são, de fato, visíveis em todo território nacional, com a efetivação de uniões civis celebradas oficialmente, de modo que este marco não tardaria a estender o debate a toda previsão de direitos que são previstos às famílias compostas por indivíduos heterossexuais, como é exatamente o caso da adoção de crianças menores ou adolescentes. O voto da Ministra Relatora refere claramente essa posição: “[...] litania trazida pelo recorrente, que aborda possíveis limitações ao pleno exercício da cidadania, em decorrência de uma posição sexual, mostra-se amplamente superada pelo julgamento realizado pelo STF”.

O recurso do Ministério Público de São Paulo sustentava a tese de que o Estatuto da Criança e do Adolescente não admitiria a exceção à regra do núcleo familiar composto por um homem e uma mulher, sendo juridicamente impossível reconhecer a adoção feita por um casal heterossexual. Foi exatamente no sentido de reconhecer a aplicação dos efeitos da decisão anteriormente tomada pela Suprema Corte Federal que foram estendidos ao próprio caso em discussão os efeitos das prerrogativas de igualdade já outorgadas aos companheiros dentro da união estável.

Contudo, a irresignação do apelo do Ministério Público não encerrou-se nos aspectos formais da legislação, mas além, abordou a questão consequencialista dos possíveis danos decorrentes à menor em caso de efetiva procedência do pedido de adoção e consequente criação em uma família formada por pais de mesmo sexo. Apesar de haver previsão no art. 43 do ECA a respeito do tema, de fato, trata-se de elemento subjetivo fundamental à questão *sub judice*.

A posição do recorrente nesse sentido foi de que não haveria vantagem à infanta, e que essa seria prejudicada diretamente pela própria decisão favorável à adoção, uma vez que, como filha registrada, estaria em circunstância inusitada de ter duas mães constantes permanentemente em seus registros civis, que, públicos, causariam constrangimentos à mesma quando exibidos ou consultados. Destacou, ainda, o recorrente que, justamente por disposição legal do ECA, nenhuma criança poderá ser objeto de qualquer forma de negligência ou discriminação, de modo que a adoção, caso permitida, forneceria elemento propício a gerar futuro dano à infante.

O voto condutor da decisão destacou pontualmente que a questão de fundo desta inconformidade novamente se referia à opção sexual da adotante, e à hipótese de que isso fosse, de alguma forma, um fator impeditivo ao objeto

do processo. Neste sentido, destacou pontualmente que a opção sexual não se confundiria com a parentalidade, e que somente essa deveria influir na análise da conveniência ou não da adoção, tendo-se claro que, de fato, existem exteriorizações clássicas na relação de parentalidade.

Diante dessa realidade caracterizada por uma clara necessidade psicológica e social do menor por dois gêneros diversos, com características peculiares e próprias, a Ministra abordou a questão de modo a equiparar a monoparentalidade à própria biparentalidade, escorando o julgado em um trabalho de pesquisa realizado na área da psicologia, em cujas pesquisas se constata não haver comprometimento ou problemas de desenvolvimento de menores criados por pais ou mães homossexuais em comparação a crianças desenvolvidas em ambientes de pais heterossexuais.

Destaca-se a passagem na qual a Ministra refere:

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.

Certamente, caso permitida a adoção, não há de se excluir a possibilidade de que venha efetivamente a passar por algum tipo de preconceito por ser uma família composta unicamente por mulheres, assim como pode vir a ocorrer em casos análogos. Contudo, multiplicam-se os casos análogos em todo território nacional, assim como há muito se constata e reconhece juridicamente em diversos exemplos do direito internacional comparado.

É fundamental reconhecer que nossa Codificação Civil, mesmo a vigente, é de flagrante influência pandectista, em que o exercício dos direitos subjetivos se dá por meio de uma relação na qual o titular de um direito exige de outro uma ação ou omissão. Essas relações são então reconhecidas pelo Direito como relevantes e passam a integrar as relações cobertas pela jurisdição. Novamente referindo Fachin e Pianovski, seria só dentro destas relações que o Direito julgou

relevantes que hipoteticamente se poderia realizar os direitos fundamentais, meio pelo qual o Estado teria imposto uma moldura jurídica pela qual pretende regular todas as relações travadas no mundo dos fatos, assim como todo o comportamento social. Justamente dentro dessa conformação que atuou o Ministério Público no presente caso, exigindo que fosse mantida a previsão limitada da norma.

Contudo, os modelos jurídicos que interessavam, para funcionar, não poderiam ser específicos como as relações entre os particulares, mas genéricos o suficiente para atenderem às mais variadas situações presentes e futuras. Esta foi a ideia pandectista alemã: a criação de modelos que se baseiem em soluções previamente constatadas, reduzindo o Direito a estes modelos. Nosso modelo de relação jurídica tem a sua base primeira no sujeito proprietário que constitui o elemento unificador do Direito Civil. Prosseguem afirmando que assim o sujeito de direito é mero elemento da relação jurídica, e só tem relevância dentro dela.

Aparentemente, então, só haveria direito subjetivo onde há modelo jurídico. Esse sistema é apontado no trabalho de Fachin e Piovanovski (2003, p. 97) como falho, na medida em que, na forma como está colocado, os direitos do indivíduo não surgem por conta da existência concreta da pessoa humana dotada de dignidade, mas sim pela sua inserção em um modelo de relação jurídica. A questão fundamental que surge é como se colocaria, então, em uma realidade, a questão dos direitos fundamentais que decorrem constitucionalmente do princípio da dignidade da pessoa humana. E justamente neste sentido se formou a posição da Ministra no voto em apreço, estendendo ao caso a ampliação da interpretação conforme os princípios que norteiam a Constituição Federal e não da mera interpretação gramatical.

A construção da qual resultou a na nossa codificação favorece a formação de sujeitos que se limitam a somente contribuir ao adequado funcionamento do sistema, que não tem relevância pelo seu ser, mas somente ao papel ocupado em dada situação jurídica. Novamente é concisa a colocação de Fachin e Piovanovski de que, nesse movimento de reprodução sistêmica, não há espaço para a efetivação de direitos fundamentais, que necessitam de racionalidade não sistematizada no interior do Direito. Esta racionalidade é possível quando o centro do ordenamento passa a ser a pessoa humana, dotada de dignidade, não de patrimônio. Somente dentro dessa condição a discussão a respeito da disposição sobre a vida e os seus limites será possível.

O julgamento do presente caso de adoção retrata uma importante abertura para a concretude da dignidade da pessoa humana, como reconhecimento de direitos fundamentais em uma relação entre legislação infraconstitucional em consonância com os princípios fundamentais previstos na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.281.093-SP, (2011/0201685-2), 3ª Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACCHINI NETO, Eugênio. A tutela aquiliana da pessoa humana: os interesses protegidos. Análise de direito comparado. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 157-196, set. 2012.

HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 2003.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.