

Adoção por casais homossexuais

(nota sobre a recente decisão do STJ)

O movimento LGBT tem buscado, há alguns anos, introduzir ou reconhecer direitos específicos desse grupo, como o da união estável, a alteração de nome e sexo registral para travestis e transexuais, e, mais hodiernamente, a possibilidade de adoção por casais homoafetivos.

O PNDH-3, instituído através do decreto nº 7.037/2009, ao traçar algumas diretrizes, frise-se, não vinculantes, fez constar, como *Ação Programática*, “Promover ações voltadas à garantia do direito de adoção por casais homoafetivos”, recomendando “ao Poder Judiciário a realização de campanhas de sensibilização de juízes para evitar preconceitos em processos de adoção por casais homoafetivos”, e, ao Poder Legislativo, a “elaboração de projeto de lei que garanta o direito de adoção por casais homoafetivos”. No mesmo sentido era a meta 162 do segundo PNDH (decreto nº 4.229/2002).

Sob o ponto de vista da legislação ordinária, há que se considerar o art. 1.622 no CC/02 (“Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável”), revogado pela Lei nº 12.010/09. Essa norma promoveu a alteração do art. 42, §2º, do ECA, estabelecendo que “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”.

Constitucionalmente, por sua vez, nos termos do art. 226, §3º, temos que, “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, disposição ratificada pelo art. 1.723 do Código Civil (“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”).

Assim, temos que considerar que a Constituição da República, quando trata da união estável, deixa clara a necessidade da diversidade de sexo entre os contraentes. Os princípios constitucionais alegados para o deferimento da união homossexual (entre outros, dignidade da pessoa humana e igualdade) não podem fazer eliminar os requisitos constitucionalmente declinados para um instituto. Se assim fosse, teríamos a ocorrência de *inconstitucionalidade originária*, o que é descabida dada a unidade da Constituição, conforme interpretação corrente da doutrina e do próprio STF.

O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar a incondicional superioridade normativa da Constituição Federal, portanto, não adota a teoria alemã das normas constitucionais inconstitucionais (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*), que possibilita a declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais positivadas por incompatíveis com os princípios constitucionais não escritos e os postulados da Justiça (*Grundentscheidungen*).” (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 735)

Demais disso, além de afigurar-se naturalmente impossível que dada pessoa tenha dois pais ou duas mães, há estudos que não recomendam a adoção, nesses casos, por razões de ordem psicológica. Então, como o casal homossexual, pela legislação pátria, não pode se casar nem ter reconhecida união estável (impossibilidade jurídica,

apesar de outra decisão do STJ, prolatada em agosto de 2008, em sentido contrário), incabível, *prima facie*, a adoção.

Antonio Carlos da Rosa Silva Junior. Bacharel em *Direito* e bacharelado em *Ciências Humanas*; especialista em *Ciências Penais* e em *Direito e Relações Familiares*.