

Adoção por companheiros homoafetivos. Ausência de norma proibitiva a impossibilita juridicamente a adoção por companheiros homoafetivos. O artigo 42, § 2º do ECA não prevê especificadamente o tipo de união estável de forma a englobar as duas espécies de união estável heteroafetiva e homoafetiva. O ECA é corroborado com os artigos 3º, IV, 5º, caput, e 27, §§ 5º. E 6º da CRFB/88 que asseguram o direito à igualdade sem qualquer discriminação e preconceito por sexo e forma de filiação. Precedentes na jurisprudência de primeira instância, Tribunais Estaduais e Superior Tribunal de Justiça. Nota ao julgamento da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ do Supremo Tribunal Federal – Informativo n. 625.

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª. VARA REGIONAL DA INFÂNCIA, DA JUVENTUDE E DO IDOSO DA CAPITAL DO FORO REGIONAL DE MADUREIRA.

PROCESSO N. 0013304-52.2010.8.19.0021(2010.021.013172-2)

Adoção c/c Destituição do Poder Familiar

Requerentes: XXXX e XXXX

Requeridos: XXXX e XXXX

Criança: XXXX.

EMENTA: AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR C/C ADOÇÃO. REQUERENTES EM UNIÃO HOMOAFETIVA E HABILITADOS PARA ADOÇÃO NO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO. CRIANÇA PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS ABANDONADA EM ENTIDADE DE ACOLHIMENTO HÁ DOIS ANOS. GUARDA PROVISÓRIA DEFERIDA. GENITORA CONCORDA COM O PEDIDO DE ADOÇÃO E CONFIRMA O ABANDONO. AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE COM APLICAÇÃO DO ARTIGO 1633 DO CCB. SUPOSTO GENITOR CITADO POR EDITAL E REPRESENTADO PELA CURADORIA ESPECIAL. ESTUDOS, SOCIAL E

PSICOLÓGICO, FAVORÁVEIS AOS PEDIDOS INICIAIS. AUSÊNCIA DE NORMA PROIBITIVA A IMPOSSIBILITAR JURIDICAMENTE A ADOÇÃO POR COMPANHEIROS HOMOAFETIVOS. O ARTIGO 42, §2º DO ECA NÃO PREVÊ ESPECIFICADAMENTE O TIPO DE UNIÃO ESTÁVEL DE FORMA A ENGLOBAR AS DUAS ESPÉCIES DE UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA E HOMOAFETIVA. O ECA É CORROBORADO COM OS ARTIGOS 3º, IV, 5º, CAPUT, E 227, §§ 5º. E 6º DA CRFB/88 QUE ASSEGURAM O DIREITO À IGUALDADE SEM QUALQUER DISCRIMINAÇÃO E PRECONCEITO POR SEXO E FORMA DE FILIAÇÃO. PRECEDENTES NA JURISPRUDÊNCIA EM DIVERSOS JUÍZOS DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, TRIBUNAIS ESTADUAIS E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NOTA AO JULGAMENTO DA ADI 4277/DF E DA ADPF 132/RJ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – INFORMATIVO N. 625 – EM QUE RECONHECEU A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR APTA A RECEBER PROTEÇÃO ESTATAL E SOB AS MESMAS REGRAS E IDÊNTICAS CONSEQUÊNCIAS DA UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. PARECER PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR DOS REQUERIDOS E PELO DEFERIMENTO DA ADOÇÃO PELOS REQUERENTES EM FAVOR DO INFANTE.

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Trata-se de ação de destituição do poder familiar c/c adoção proposta por XXXX e XXXX. em face de XXX e XXXX em favor de XXX em que alegam, em síntese, que:

- 1) Que a criança XXX., nascido em XXX, encontra-se há aproximadamente dois anos abandonada na entidade de acolhimento XXX., em D. de C., bem como que não há reconhecimento de paternidade em seu registro de nascimento;
- 2) Que o desejo dos requerentes é efetivamente adotar o infante XXXX, o qual cabe ressaltar que os mesmos no período de Janeiro e Fevereiro de 2010 visitaram o menor de forma contínua, tendo assim adquirido vínculo afetivo com o menor, e este com os requerentes, por esse motivo a diretoria da instituição de acolhimento XXX suspendeu o ingresso para visitação do menor, dando assim motivação para a presente ação;

3) Que os requerentes já estão preparados para o recebimento do menor em sua residência, pois já, prepararam o seu quarto, compraram roupas e brinquedos, conforme fotografias que instruem a inicial;

4) Que os demandantes estão sofrendo emocionalmente com este afastamento e acreditam que o menor também, pois todas as vezes que os mesmos se encontravam com XX, era transparente a felicidade da criança que inclusive já os chamavam de “papai”;

5) Que os autores atendem a todos os pressupostos legais exigidos no que diz respeito à concessão do pedido, eis que vivem em união estável homoafetiva há 14 anos, possuem endereço fixo, rendimentos capazes de assistir a família e imóvel próprio, além de boa saúde física, mental e psíquica, sendo certo que já foram habilitados judicialmente para adoção por meio do Proc. n. 2008.202.028145-9;

6) Que os pretendentes têm ciência dos problemas de saúde do infante XX e estão preparados para arcar com todas as despesas com os tratamentos da criança;

7) Que diante disto, pleiteiam a destituição do poder familiar dos genitores da criança por abandono e a conseqüente concessão da adoção do infante em favor dos requerentes.

Documentos que instruem a inicial às fls. 02/62.

Manifestação favorável do MP no que tange ao pedido de guarda provisória às fls. 63v./64.

Parecer da Divisão de Serviço Social às fls. 65/66 informando que os requerentes são habilitados para adoção e que entraram em contato com os primeiros vinte habilitados da lista do CNA e somente nos 21º(vigésimos primeiro) habilitados, quais sejam, X e X, estes manifestaram o desejo de adotar o infante.

Atestado médico do infante às fls. 67/68 declarando que o mesmo é portador de retardo mental leve a moderado associado à intensa agitação psicomotora necessitando de terapia multidisciplinar e uso de medicações psicoativas frente ao aproveitamento insatisfatório do mesmo.

Decisão deferindo a guarda provisória à fl. 72/71.

Documentos juntados pelos autores atestando que a criança está em regular tratamento de saúde às fls. 79/102.

Audiência em que foram colhidas as declarações da genitora à fl. 104 que concordou com o pedido de adoção emitido pelos requerentes mesmo tendo ciência de que adoção é irrevogável e que perderá o seu poder familiar; que declarou que ingeriu bebidas alcoólicas até o quinto mês de gestação; que o pai biológico teve problemas mentais e sumiu; e que há anos não tem notícias do paradeiro do pai biológico do seu filho que se chama XXXX.

Decisão declinando a competência para o r. juízo na forma do art. 147, I, 2ª. parte (responsável legal) do ECA nas fls. 108/110.

Relatório Social nas fls. 115/117 com fotografias à fls. 118/128 emitido pela assistente social do r. juízo favorável ao pedido.

Manifestação do MP à fl. 130/131 verso para emendar a inicial para incluir o suposto genitor J.A.S. com as regulares diligências para a sua localização e citação pessoal e, se não localizado, a sua citação por edital e, após o decurso do prazo legal de defesa e sendo revel, a nomeação de Curador Especial, nos termos do artigo 9º, II, do CPC; bem como solicitando a realização de avaliação psicológica do caso.

Relatório Psicológico nas fls. 132/134 emitido pela psicóloga do r. juízo também favorável ao pedido.

Emenda da inicial para inclusão do suposto genitor à fl. 135.

Resposta do TRE à fl. 140, da SRF à fl. 141, e DETRAN às fls. 149 e 156 infrutíferas.

Citação por edital do requerido XXXX. às fls. 146/148.

Contestação da Curadoria Especial nas fls. 150/151.

Informações da SRF às fls. 152/154 de endereços de diversos homônimos.

Decisão à fl. 154 verso em que indefere o pedido da Curadoria Especial, uma vez que não existe pai registral e o suposto pai mencionado pela genitora tem vários homônimos e nenhum reside no RJ conforme fls. 152/155.

Manifestação da Curadoria Especial à fl. 155 em que toma ciência da decisão de fl. 154 verso, sem recorrer, e abre mão de outras diligências de localização do requerido, haja vista o teor dos ofícios de fls. 152/154 e reitera os demais termos da contestação de fls. 150/151.

É o relatório. Passo a emitir o parecer. -

A Nova Lei de Adoção, qual seja, a Lei n. 12010/09 que alterou o ECA que assim prevê:

“Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

(...)

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.”

Pela leitura deste dispositivo legal, denota-se que em nenhum momento especificou que seria a união estável entre homem e mulher, mas tão-somente união estável.

E qual seria a definição de união estável?

Para vislumbrar essa definição, em primeiro lugar é de se utilizar da definição lingüística, a qual se extrai do dicionário Aurélio, que define:

UNIÃO: [Do lat. unione.] Substantivo feminino. 1. Ato ou efeito de unir(-se); junção, ligação, adesão. 2. Junção de duas coisas ou pessoas. 3. Contato, justaposição. 4. Pacto, aliança, liga. 5. Reunião de forças, de vontades, etc.; coesão, unidade.

ESTÁVEL: estável [Do lat. stabile.] Adjetivo de dois gêneros. 1. Que está bem assente; firme: arquibancada estável. 2. Fig. Que está bem consolidado; seguro, sólido: fortuna estável. 3. Que não varia; inalterável. 4. Que adquiriu estabilidade (3 e 4):

E, portanto, **UNIÃO ESTÁVEL** é a junção, ligação, adesão, contato, justaposição, pacto aliança, liga, reunião de forças, de vontades, coesão, unidade, de duas pessoas com estabilidade.

Diante disto, para se reconhecer a união estável como entidade familiar, faz-se necessário que estejam presentes as características da estabilidade (durabilidade e continuidade), a publicidade e a afetividade com intuito de constituir uma família.

Há duas espécies de união estável reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência pátria, quais sejam, a união estável entre o homem e a mulher e a união estável homoafetiva.

No âmbito constitucional e legal não há uma definição específica de união estável e sim o reconhecimento expresso de uma das espécies de união estável, ou seja, a união estável entre o homem e a mulher, tanto é assim que nos dispositivos constitucionais e legais dispõem que reconhecem como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher e não que a união estável é a entidade familiar composta entre o homem e a mulher, conforme se extrai dos seguintes dispositivos constitucionais e legais:

“CRFB/88 - Art. 226...

§3º. *Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a conversão em casamento.*”

“CC/02 – Art. 1723. *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 da família.*”

“Lei n. 9278/1996 – Art. 1º. *É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida como o objetivo de constituição da família.*”

Em outras palavras, a legislação constitucional e ordinária não definiu o que é união estável, mas tão-somente normatizou expressamente a união estável entre o homem e a mulher e, portanto, o que há é uma lacuna normativa detalhada acerca da outra espécie de união estável, isto é, a união estável homoafetiva, porém tal ausência de detalhamento normativo não quer dizer que não exista e não seja reconhecido pela legislação constitucional e até infraconstitucional.

Ademais, o artigo 226 da CRFB/88 em nenhum momento excluiu expressamente a união homoafetiva como entidade familiar, mas tão-somente não a discriminou expressamente.

Vale advertir que adotar a tese exclusiva de que o art. 226 da CRFB/88 ao não tratar da família homoafetiva estaria não a reconhecendo como entidade familiar é extrair algo que a norma constitucional não prevê e também não perfazer uma interpretação sistemática da nossa *Lei Magna*, que em outros dispositivos prevê como princípio e direito fundamental a igualdade, que serve de proteção a todas as espécies de família, inclusive, a homoafetiva, haja vista a proibição de qualquer espécie de discriminação e preconceito por sexo, nos termos dos artigos 3º, IV, e 5º, *caput*, da CRFB/88 transcritos abaixo:

“Art. 3º...”

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”

O ilustre Gustavo Tepedino em sua obra “*A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*”¹ assinalou que o centro da tutela constitucional deslocou-se do casamento para as relações familiares, que não se esgotam no casamento, de forma que a proteção da **instituição familiar**, como centro de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, passou a ser vista como **um núcleo de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus membros**.

Antes da Constituição de 1988, o conceito de entidade familiar era atrelado ao conceito de casamento, ou seja, se os pais fossem casados, os filhos eram legítimos, tendo plenos direitos e se não fossem, os filhos eram ilegítimos e estavam privados de alguns direitos e em outros eram tratados de forma diferencial.

1 Tepedino, Gustavo. *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*, in *Temas de Direito Civil*. RJ: Renovar, 1999, pp.349/350.

Enfim, após 1988, o conceito de família, antes atrelado ao do casamento, passou a ser mais flexível e instrumental voltado ao desenvolvimento da personalidade dos filhos e promoção da dignidade de seus membros.

A advogada Viviane Girardi em sua obra *“Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. A Possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais”*² assim acrescenta:

“A Carta Constitucional, ao romper com o monopólio do casamento tido como única fonte legítima de constituição da família, abriu o sistema jurídico para recepcionar outras formas de organização familiar, porque calcadas no afeto e na solidariedade, e não na lei, estiverem historicamente excluídas e marginalizadas.

Com o reconhecimento da pluralidade de formas de organização e constituição de família, desnudam-se as circunstâncias de como nascem os direitos e as normas jurídicas, como também evidenciam-se espaços de não-direito do modelo de sistema jurídico adotado pelo Estado brasileiro.

Nesse sentido, poder-se-ia afirmar que a Constituição adotou um ‘sistema aberto’, pois, ainda que tenha abarcado novas formas de famílias, não o fez de forma a incluir todas as uniões afetivas possíveis e já constatadas no cenário social.

(...)

Ainda que as uniões homossexuais não possam ser consideradas aos olhos da lei e do direito positivado vigente como idênticas ou similares ao instituto do casamento dadas às especificidades dedicadas pela doutrina a este último instituto, não se pode ignorar que a partir do conceito de família como ‘instância de transmissão de valores formativos ao indivíduo na construção de sua organização subjetiva em prol da realização do pressuposto de dignidade humana’, tais uniões inserem-se no âmbito social como possibilidade de se constituírem como uma família, quer sob o eixo da conjugalidade na união fática do par, quer sob o eixo da filiação, esta biológica ou não, dado que existem famílias formadas por pais e mães homossexuais e filhos.

Esse entendimento deriva do princípio da igualdade visto sob o ângulo da não-discriminação por causa do sexo e, portanto, em função da liberdade de opção sexual de cada pessoa, decorrente da autonomia ética que lhe deve ser assegurada para definir o que entende como seu projeto de realização pessoal e seu contexto de felicidade.”

Em igual linha, merece destacar trecho da sentença que reconheceu o direito de um casal homossexual adotar conjuntamente uma criança emitida pelo MM. Dr. Juiz Maurício Porfírio Rosa da VIJI do E.TJGO que assim alertou:

2 Girardi, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto. A Possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais*. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2005. pp.34/35.

“...Estamos hoje, como muito bem ensina Luiz Edson Fachin, na perspectiva da família eudemonista, ou seja, aquela que se justifica exclusivamente pela busca da felicidade, da realização pessoal dos seus indivíduos. E esta realização pessoal pode dar-se dentro da heterossexualidade ou da homossexualidade (...). Parece inegável que o que leva estas pessoas a conviverem é o amor (...). Em contrário a esse entendimento costuma-se esgrimir, sobretudo com o argumento de que as entidades familiares estão elencadas na Constituição Federal, e que dentre elas não se alinha a união entre pessoas do mesmo sexo I(...). A proteção jurídica que era dispensada com exclusividade à “forma” familiar (pense-se no ato formal do casamento) foi substituída, em consequência pela tutela jurídica atualmente atribuída ao “conteúdo” ou à substância: o que se deseja ressaltar é que a relação estará protegida não em decorrência de possuir esta ou aquela estrutura, mesmo se e quando prevista constitucionalmente, mas em virtude da função que desempenha - isto é, como espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo ou convivência entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer sejam de sexos diferentes.

Se a família, através de adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, passa a ser entendida principalmente como instrumento, não há como se recusar a tutela de outras formas de vínculos afetivos que embora não previstos expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificados com a mesma ratio, como os mesmos fundamentos e com a mesma função. Mais do que isto: a admissibilidade de outras formas de entidades familiares torna-se obrigatória quando se considera seja a proibição de qualquer outra forma de discriminação entre as pessoas, especialmente aquela decorrente de sua orientação sexual - a qual se configura como direito personalíssimo - seja razão maior de que o legislador constituinte se mostrou profundamente compromissado com a dignidade humana (Art. 1º II, CF) tutelando-a onde quer que sua personalidade melhor se desenvolva (...).

O argumento de que para a entidade familiar denominada ‘união estável’ o legislador constitucional impôs o requisito da diversidade de sexo parece insuficiente para fazer concluir que vínculo semelhante se estabeleça, entre pessoas do mesmo sexo será capaz, a exemplo do que ocorre entre heterossexuais, de gerar uma entidade familiar, devendo ser tutelado de modo semelhante, garantindo-se-lhe direitos semelhantes e, portanto, também, os deveres correspondentes (...).

A partir do reconhecimento da existência de pessoas definitivamente homossexuais, ou homossexuais inatas, e de fato que tal orientação ou tendência não configura doença de qualquer espécie, - a ser, portanto, curada e destinada a desaparecer - mas uma manifestação particular do ser humano, e considerando, ainda, o valor jurídico do princípio fundamental da dignidade da pessoa, ao qual está definitivamente vinculado todo ordenamento jurídico, e da conseqüente vedação à discriminação em virtude da orientação sexual, parece que as relações entre pessoas do mesmo sexo devem merecer status semelhante às demais comunidades de afeto, podendo gerar vínculo de natureza familiar. Para tanto, dá-se como certo o fato de que a concepção sócio-jurídica de família mudou. E mudou seja do ponto de vista os seus objetivos, não mais exclusivamente de procriação, como outrora, seja do ponto de vista da proteção que lhe é atribuída. Atualmente, como

se procurou demonstrar, a tutela jurídica não é mais concedida à instituição em si mesma, como portadora de um interesse superior ou supra-individual, mas à família como um grupo social, como o ambiente no qual seus membros possam, individualmente, melhor se desenvolver (CF, Art. 26, § 8º). Partindo então do pressuposto de que o tratamento a ser dado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, que convivem de modo durável, sendo esta convivência pública, contínua e com o objetivo de constituir família, deve ser o mesmo que é atribuído em nosso ordenamento às uniões estáveis, resta concluir que é possível reconhecer em tese, a estas pessoas, o direito de adotar em conjunto (...).

É, portanto hora de abandonar de vez os preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é asseguradora aos direitos das crianças e dos adolescentes (Art. 227 da constituição Federal). Como ensina Rolim (...): "Temos no Brasil, cerca de 200 mil (que corrijo para 80.000 segunda a AMB Associação dos Magistrados Brasileiros) crianças institucionalizadas em abrigos e orfanatos. A esmagadora maioria delas permanecerá nesses espaços de mortificação e desamor até completarem 18 anos, porque estão fora da faixa de adoção provável. Tudo o que essas crianças esperam e sonham é o direito de terem uma família no interior das quais sejam amadas e respeitadas. Graças ao preconceito e a tudo aquilo que ele oferece de violência e intolerância, entretanto, essas crianças não poderão em regra ser adotadas por casais homossexuais. Alguém poderia me dizer por quê? Será possível que a estupidez histórica construída escrupulosamente por séculos de moral lusitana seja forte o para dizer: - ' Sim, é preferível que essas crianças não tenham qualquer família a serem adotadas por casais homossexuais? Ora, tenham a santa paciência. O que todas as crianças precisam é cuidado, carinho e amor. Aquelas que foram abandonadas, foram espancadas, negligenciadas e/ou abusadas sexualmente por suas famílias biológicas, por óbvio, aquelas que as maltrataram por surras e suplícios que ultrapassam a imaginação dos torturadores; aquelas que as deixaram sem terem o que comer ou o de beber, amarradas tantas vezes ao pé da cama; aquelas que as obrigaram a manter relações sexuais ou atos libidinosos, eram heterossexuais, não é mesmo? Dois neurônios seriam, então, suficientes para concluir que a orientação sexual dos pais não informa nada de relevante quando o assunto é cuidado e amor para com as crianças. Poderíamos acrescentar que aquela circunstância também não agrega nada de relevante, inclusive quanto à futura orientação sexual das próprias crianças, conforme consta de publicação do CFP (Conselho Federal de Psicologia) Adoção: um direito de todos e todas, mas isso já seria outro tema. Por hora, me parece o bastante apontar para o preconceito vigente contra as adoções por casais homossexuais com base numa pergunta: - que valor moral é que se faz cúmplice do abandono e do sofrimento de milhares de crianças? Encerro a citação. Acrescento que o direito não é dos adotantes, mas da criança e do adolescente de ter uma família substituta, seja qual for. Sabemos que infelizmente a preferência para adotar é de criança recém nascida branca e de sexo feminino."³

3 Texto da sentença extraída do site do IBDFAM.

Ademais, a nossa *Magna Carta* em seu artigo 227 assim dispõe:

“Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar** e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§ 5.o A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6.o Os filhos, *havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*”.

E, portanto, o direito à convivência familiar é direito fundamental que veda que a criança e o adolescente sofram qualquer espécie de discriminação entre as modalidades de filiação, seja esta biológica ou não, de forma que cabe ao Poder Público a responsabilidade de assistir a adoção.

Não pode admitir que conceitos discriminatórios e preconceituosos afastem da criança e do adolescente o seu direito à convivência familiar por meio da adoção, conforme enfatiza a Dra. Viviane Girardi⁴:

“Assim, o Estado, por meio do Poder Judiciário, não pode negar as adoções a uma só pessoa homossexual ou conjuntamente aos que vivam uma união com característica de entidade familiar, ou seja, estável no tempo, pública, notória e que demonstre ser um lugar que possibilite a solidariedade, a afetividade e a mútua assistência moral e material entre seus membros. Essas uniões podem ser reconhecidas como entidades familiares, mediante uma interpretação lógico-sistemática arejada que privilegie os melhores interesses do adotado e os novos modos de se viver em família, e que tenha por base o respeito ao direito à diferença e à pluralidade.

A negação desse direito é o mesmo que negar às crianças e aos adolescentes, pequenos filhos dessa nossa pátria, o direito de terem pais e com eles formarem uma família inusitada na forma, mas ancestral no conteúdo, que é a necessidade de a pessoa humana ser amada e de pertencer a uma família.”

É de se observar, por oportuno e importante, que, atualmente, as certidões de nascimento das pessoas naturais não saem com as especificações de pai e mãe, o que já reconhece o tratamento igualitário.

4 Girardi, Viviane. *Ob. Cit.* pp. 156.

Por derradeiro, merece enfatizar as ementas dos v. acórdãos e sentença que já se pronunciaram em casos similares:

“APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível n. 70013801592, Sétima Câmara Cível, Rel Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Presidente Desa. Maria Berenice Dias)”

“APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE.

É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar 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 gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO.

A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. (AC 70009550070, j.em 17.11.2004, Rel. Maria Berenice Dias).”

SENTENÇA DA 2ª. VIJI DA COMARCA DA CAPITAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO. PROCESSO N. 298/09/2008 – EBM:

(...)

ANTE O EXPOSTO, com arrimo no Art. 227, § 5º e 6º da Constituição Federal, combinado com os Artigos 269, I, 1103 e seguintes do Código de Processo Civil e

na Academia Americana de Pediatria), “não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores”.

7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral.

8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.

9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.

10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.

11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.

12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.

13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.

14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. Recurso especial improvido. (STJ, 4ª Turma, REsp 889.852-RS, 2006/0209137-4 rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/4/2010)“.

Recentemente o Plenário do Supremo Tribunal Federal no famoso e polêmico julgamento da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ no dia 4 e 5.5.2011 reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar apta a receber proteção estatal, sendo que tal reconhecimento seja feito segundo as mesmas regras e com idênticas conseqüências da união estável heteroafetiva, conforme se extrai do Informativo do STF de n. 625 a seguir aduzido

“INFORMATIVO N. 625

Relação homoafetiva e entidade familiar - 1

A norma constante do art. 1.723 do Código Civil — CC (“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”) não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal. Essa a conclusão do Plenário ao julgar procedente pedido formulado em duas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas, respectivamente, pelo Procurador-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Preliminarmente, conheceu-se de arguição de preceito fundamental — ADPF, proposta pelo segundo requerente, como ação direta, tendo em vista a convergência de objetos entre ambas as ações, de forma que as postulações deduzidas naquela estariam inseridas nesta, a qual possui regime jurídico mais amplo. Ademais, na ADPF existiria pleito subsidiário nesse sentido. Em seguida, declarou-se o prejuízo de pretensão originariamente formulada na ADPF consistente no uso da técnica da interpretação conforme a Constituição relativamente aos artigos 19, II e V, e 33 do Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da aludida unidade federativa (Decreto-lei 220/75). Consignou-se que, desde 2007, a legislação fluminense (Lei 5.034/2007, art. 1º) conferira aos companheiros homoafetivos o reconhecimento jurídico de sua união. Rejeitaram-se, ainda, as preliminares suscitadas.

ADI 4277/DF, rel. Min. Ayres Britto, 4 e 5.5.2011. (ADI-4277)

ADPF 132/RJ, rel. Min. Ayres Britto, 4 e 5.5.2011. (ADPF-132)

Relação homoafetiva e entidade familiar - 2

No mérito, prevaleceu o voto proferido pelo Min. Ayres Britto, relator, que dava interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do CC para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Asseverou que esse reconhecimento deveria ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas conseqüências da união estável heteroafetiva. De início, enfatizou que a Constituição proibiria, de modo expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Além disso, apontou que fatores acidentais ou fortuitos, a exemplo

da origem social, idade, cor da pele e outros, não se caracterizariam como causas de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que fosse. Assim, observou que isso também ocorreria quanto à possibilidade da concreta utilização da sexualidade. Afirmou, nessa perspectiva, haver um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; e c) de, nas situações de uso emparelhado da se-xualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não.

ADI 4277/DF, rel. Min. Ayres Britto, 4 e 5.5.2011. (ADI-4277)

ADPF 132/RJ, rel. Min. Ayres Britto, 4 e 5.5.2011. (ADPF-132)

Relação homoafetiva e entidade familiar - 3

Em passo seguinte, assinalou que, no tocante ao tema do emprego da sexualidade humana, haveria liberdade do mais largo espectro ante silêncio intencional da Constituição. Apontou que essa total ausência de previsão normativo-constitucional referente à fruição da preferência sexual, em primeiro lugar, possibilitaria a incidência da regra de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Em segundo lugar, o emprego da sexualidade humana diria respeito à intimidade e à vida privada, as quais seriam direito da personalidade e, por último, dever-se-ia considerar a âncora normativa do § 1º do art. 5º da CF. Destacou, outrossim, que essa liberdade para dispor da própria sexualidade inserir-se-ia no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo cláusula pétrea. Frisou que esse direito de exploração dos potenciais da própria sexualidade seria exercitável tanto no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual). Asseverou, de outro lado, que o século XXI já se marcaria pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Ao levar em conta todos esses aspectos, indagou se a Constituição sonegaria aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união — realidade há muito constatada empiricamente no plano dos fatos —, o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heteroafetivos em idêntica situação.

ADI 4277/DF, rel. Min. Ayres Britto, 4 e 5.5.2011. (ADI-4277)

ADPF 132/RJ, rel. Min. Ayres Britto, 4 e 5.5.2011. (ADPF-132)

Relação homoafetiva e entidade familiar - 4

Após mencionar que a família deveria servir de norte interpretativo para as figuras jurídicas do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção, o relator registrou que a diretriz da formação dessa instituição seria o não-atrelamento a casais heteroafetivos ou a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Realçou que família seria, por

natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (CF, art. 226, caput). Desse modo, anotou que se deveria extrair do sistema a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganharia plenitude de sentido se desembocasse no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família, constituída, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade (CF, art. 226, § 3º: “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”). Mencionou, ainda, as espécies de família constitucionalmente previstas (art. 226, §§ 1º a 4º), a saber, a constituída pelo casamento e pela união estável, bem como a monoparental. Arrematou que a solução apresentada daria concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da proteção das minorias, da não-discriminação e outros. O Min. Celso de Mello destacou que a consequência mais expressiva deste julgamento seria a atribuição de efeito vinculante à obrigatoriedade de reconhecimento como entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo.

ADI 4277/DF, rel. Min. Ayres Britto, 4 e 5.5.2011. (ADI-4277)

ADPF 132/RJ, rel. Min. Ayres Britto, 4 e 5.5.2011. (ADPF-132)

Relação homoafetiva e entidade familiar - 5

Por sua vez, os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, Presidente, embora reputando as pretensões procedentes, assentavam a existência de lacuna normativa sobre a questão. O primeiro enfatizou que a relação homoafetiva não configuraria união estável — que impõe gêneros diferentes —, mas forma distinta de entidade familiar, não prevista no rol exemplificativo do art. 226 da CF. Assim, considerou cabível o mecanismo da integração analógica para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que o Congresso Nacional lhe dê tratamento legislativo. O segundo se limitou a reconhecer a existência dessa união por aplicação analógica ou, na falta de outra possibilidade, por interpretação extensiva da cláusula constante do texto constitucional (CF, art. 226, § 3º), sem se pronunciar sobre outros desdobramentos. Ao salientar que a idéia de opção sexual estaria contemplada no exercício do direito de liberdade (autodesenvolvimento da personalidade), acenou que a ausência de modelo institucional que permitisse a proteção dos direitos fundamentais em apreço contribuiria para a discriminação. No ponto, ressaltou que a omissão da Corte poderia representar agravamento no quadro de desproteção das minorias, as quais estariam tendo seus direitos lesionados. O Presidente aludiu que a aplicação da analogia decorreria da similitude factual entre a união estável e a homoafetiva, contudo, não incidiriam todas as normas concernentes àquela entidade, porque não se trataria de equiparação.

Evidenciou, ainda, que a presente decisão concitaria a manifestação do Poder Legislativo. Por fim, o Plenário autorizou que os Ministros decidam monocraticamente os casos idênticos

ADI 4277/DF, rel. Min. Ayres Britto, 4 e 5.5.2011. (ADI-4277)

ADPF 132/RJ, rel. Min. Ayres Britto, 4 e 5.5.2011. (ADPF-132) “

Dai se conclui, que não há qualquer norma proibitiva a impossibilita juridicamente a adoção por companheiros homoafetivos, pelo contrário, o artigo 42, §2º., do ECA na forma da Nova Lei de Adoção(Lei n. 12.010/2009) não prevê especificadamente o tipo de união estável entre o homem e a mulher e sim tão-somente união estável, o que não acarreta lacuna a união homoafetiva e sim engloba as duas espécies existentes, corroborado com os artigos 3º, IV, 5º, caput, e artigo 227, §§ 5º. e 6º da CRFB/88 que asseguram o direito à igualdade sem qualquer discriminação e preconceito por sexo e forma de filiação.

Feito esse intróito. Passo a manifestar sobre os pedidos iniciais.

Na situação em pauta, deve-se vislumbrar, em primeiro lugar, o pedido de destituição do poder familiar dos genitores do infante.

O reconhecimento da destituição do poder familiar dos requeridos, nos termos do artigo 1638, II, do CC/02 c/c artigos 22 e 24 do ECA, é inconteste, eis que restou evidenciado nos autos o **abandono pelos mesmos** em desfavor de seu filho, eis que a genitora concordou com o pedido de colocação de seu filho em adoção perante a autoridade judiciária e o Ministério Público na audiência de fl. 104, sabendo que esta é irrevogável e que perderá o seu poder familiar, e o genitor está em lugar incerto e não sabido e sequer reconheceu a paternidade de seu filho, caracterizando a hipótese do artigo 1633 do CCB(“O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe...”).

Insta salientar que na Audiência em que foram colhidas as declarações da genitora à fl. 104, esta concordou com o pedido de adoção emitido pelos requerentes mesmo tendo ciência de que adoção é irrevogável e que perderá o seu poder familiar, bem como acrescentou que ingeriu bebidas alcoólicas até o quinto mês de gestação, que o pai biológico teve problemas mentais e sumiu, e que há anos não tem notícias do paradeiro do pai biológico do seu filho que se chama XXX.

Ademais, acerca no pedido de adoção, os requerentes já são habilitados para adoção por meio de sentença proferida no Processo n. 2008.202.028145-9 em apenso c/c os documentos de fls. 23/54 e fotografias de fls. 55/62, bem como o estágio de convivência restou cumprido por meio de guarda provisória deferida desde 25/03/2010 às fls. 70/71, sendo certo que os requerentes estão cientes das doenças em que a criança é portadora e assumiram a responsabilidade em assisti-

la em seu tratamento de saúde, conforme informação do DSS de D. de C. às fls. 65/66 e 67/68 corroborado o próprio teor da inicial e dos documentos juntados durante o curso do processo às fls. 79/102 que vêm a demonstrar que a criança foi inscrita em Plano de Saúde Médico e Odontológico e está em pleno tratamento de saúde.

Compete, ainda, destacar que os estudos técnicos, social e psicológico, foram favoráveis aos pedidos iniciais, conforme laudos com fotografias de fls. 115/128 e 132/137, o que se evidencia que a medida de adoção pelos requerentes corresponde a reais vantagens ao infante e se embasa em motivos legítimos, nos termos do artigo 43 do ECA.

Ante o exposto, o Ministério Público vem opinar pela procedência do pedido de destituição do poder familiar em face dos requeridos XXX. e XXX. e, conseqüente, deferimento do pedido de adoção do infante XXXX pelos requerentes XXXX e XXXX na forma requerida na inicial.

Rio de Janeiro, 10 de junho de 2011.

Ana Paula Ribeiro Rocha de Oliveira

Promotora de Justiça

Matrícula n. 2363