

**Adoção c/c destituição do poder familiar -
Requerentes que vivem em união estável
homoafetiva - Concessão da adoção, em 1ª
instância, a apenas uma das requerentes -
Prejuízos de ordem material (herança, alimentos,
etc.) - Constituição Federal - Art. 226, § 3º
- Necessidade de interpretação mais ampla -
Adequação ao contexto social atual - Art. 227 -
Direito à proteção integral da criança - Assento de
nascimento - Nome das duas adotantes - Art. 47,
§ 1º, da Lei nº 8.069/90 - Recurso provido**

Ementa: Apelação cível. Destituição de poder familiar. Abandono da criança pela mãe biológica. Adoção por casal do mesmo sexo que vive em união estável. Melhor interesse da criança. Registro de nascimento. Recurso conhecido e provido.

- A destituição do poder familiar é medida extrema, só devendo ser concretizada se comprovada a impossibilidade de permanência do menor com os pais.

- Sempre que se tratar de interesse relativo a crianças e a adolescentes, o magistrado deve se ater ao interesse do menor, considerando, para tanto, primordialmente, o seu bem-estar.

- O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a existência de entidade familiar quando duas pessoas do mesmo sexo se unem, para constituição de uma família.

- A vedação à discriminação impede qualquer interpretação proibitiva de que o casal homoafetivo, que vive em união estável, adote uma criança.

- Demonstrado nos autos que a genitora, com histórico de conduta agressiva e envolvimento com prostituição, abandonou a menor, entregando-a aos cuidados das requerentes, e que a convivência com o casal homoafetivo atende, de forma inequívoca, ao melhor interesse da criança, a destituição do poder familiar é medida que se impõe, nos termos do art. 1.638, II e III, do Código Civil.

- O pedido de adoção deve ser deferido em nome de ambas as autoras, sob pena de prejuízos, de ordem material, à menor (direito de herança, alimentos, dentre outros).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0470.08.047254-6/001 - Comarca de Paracatu - Apelantes: E.B.D. e outra - Apelado: L.R.P., representado pelo curador especial J.J.N. - Relator: DES. BITENCOURT MARCONDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Bitencourt Marcondes, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO, COM RECOMENDAÇÃO.

Belo Horizonte, 2 de fevereiro de 2012. - *Bitencourt Marcondes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BITENCOURT MARCONDES - Trata-se de recurso de apelação interposto por E.B.D. e outra, em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Júlio Ferreira de Andrade, da Vara Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Paracatu, que, nos autos da ação de adoção c/c destituição de poder familiar ajuizada pelas recorrentes em desfavor de L.R.P., julgou parcialmente procedente o pedido inicial, concedendo a adoção da menor M.E.R.P. à requerente E.B.D. e decretando, em consequência, a perda do poder familiar da mãe biológica.

Em suas razões, as recorrentes defendem a adoção por meio de uma interpretação mais ampla do art. 226, § 3º, da Constituição da República, a fim de inseri-lo na realidade em que vivemos, com vistas ao reconhecimento

de que a união de pessoas do mesmo sexo é uma entidade familiar.

Alegam que não há expressa proibição no texto constitucional quanto ao reconhecimento da união homoafetiva como família.

Sustentam a possibilidade de adoção de um menor por um casal que vive em união homoafetiva, suscitando, ainda, ser plenamente possível constar no registro civil de nascimento o nome de duas pessoas do mesmo sexo, bastando que sejam lançadas as expressões "nome dos pais" ou "nome das mães".

Recurso recebido à f. 197.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 225/233, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade.

1) Objeto do recurso.

Trata-se de ação de adoção c/c a destituição do poder familiar ajuizada por E.B.D. e outra, em face de L.R.P., em relação à menor M.E.R.P.

O MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido inicial, a fim de destituir a ré do poder familiar em relação à infante e conceder sua adoção à autora E.B.D., indeferindo, pois, o pedido de adoção por ambas as requerentes, as quais vivem em união homoafetiva.

Irresignadas, as autoras aviaram o presente recurso de apelação, com vistas à reforma da decisão, a fim de que a adoção de M.E.R.P. seja concedida a ambas.

Cinge-se a controvérsia, pois, à análise da possibilidade de duas pessoas do mesmo sexo, que vivem em união estável, adotarem uma criança.

Em relação à entidade familiar, assim dispõe a Constituição da República:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 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. (Regulamento)

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes [...]

Realizando uma interpretação gramatical do supra-citado dispositivo constitucional, é possível concluir que a união homoafetiva, por envolver duas pessoas do mesmo sexo, não pode ser equiparada à união estável e, consequentemente, não é considerada uma entidade familiar.

Não se pode olvidar, contudo, que a Constituição deve ser interpretada em harmonia com as condições históricas, ideológicas, culturais e políticas do momento, a fim de impingir à norma o melhor sentido dentro do contexto sociopolítico e econômico, com vistas à sua plena eficácia.

Assim, não se pode vislumbrar a norma constitucional como uma regra estática e imutável; pelo contrário, é necessário que seja compreendida de acordo com a realidade, ou seja, é imprescindível que se faça uma constante adequação do comando inserto na Carta Magna ao que está acontecendo no mundo real.

A respeito das novas formas de interpretação constitucional, confirmam-se Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos:

A idéia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico - o subsuntivo, fundado na aplicação de regras - nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente.

Mesmo no quadro da dogmática jurídica tradicional, já haviam sido sistematizados diversos princípios específicos de interpretação constitucional, aptos a superar as limitações da interpretação jurídica convencional, concebida, sobretudo, em função da legislação infraconstitucional, e mais especialmente do direito civil. A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral - e as normas constitucionais em particular - tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004).

É por essas razões que não se pode, nos dias de hoje, ignorar a existência de entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo (união homoafetiva) e deixar de conceder-lhes o necessário amparo jurídico que se dá à união heteroafetiva.

O Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, deu interpretação conforme a Constituição, para reconhecer a existência de entidade familiar quando duas pessoas do mesmo sexo se unem, para constituição de uma família.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, o Relator Ministro Carlos Ayres Britto, em seu substancial voto, manifestou:

Assim, interpretando por forma não reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indistintamente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo - *data venia* de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. Uma canhestra família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo 'família' nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser.

Desse modo, a vedação à discriminação, como fundamento de nossa República, desautoriza qualquer interpretação proibitiva de que o casal homoafetivo, que vive em união estável, adote uma criança.

Colhe-se do voto do referido Ministro, a respeito do assunto, o seguinte:

Por último, anoto que a Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições da sua (dela, adoção) efetivação por parte de estrangeiros (§ 5º do art. 227); e também nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre adotante 'homo' ou 'heteroafetivo'. E, como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito e da regra do inciso II do art. 5º da CF, combinadamente com o inciso IV do art. 3º e o § 1º do art. 5º da Constituição. Mas é óbvio que o mencionado regime legal há de observar, entre outras medidas de defesa e proteção do adotando, todo o conteúdo do art. 227, cabeça, da nossa Lei Fundamental.

A questão, portanto, está superada, e não há óbice de que duas pessoas do mesmo sexo adotem uma criança, mas a união estável tem que estar configurada, pois, do contrário, estar-se-ia criando discriminação ao contrário, na medida em que para homem e mulher adotarem se exige que constituam uma entidade familiar, seja pelo casamento ou em união estável.

Já no tocante à concessão da adoção, dispõem os arts. 227 da Constituição da República e 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Pela leitura dos supracitados dispositivos legais, percebe-se que a família, a sociedade e o Estado têm o dever legal de proteção à criança, motivo pelo qual a adoção só pode ser deferida caso se constate que atende ao melhor interesse do infante.

No caso dos autos, infere-se que as autoras vivem juntas desde 2006, sendo a relação pública, contínua, duradoura e com objetivo de constituição de família, além de estar pautada em amor e respeito, conforme constatado pelos estudos sociais realizados nos autos, bem como pelos depoimentos das testemunhas ouvidas em audiência:

As requerentes convivem em união estável há quase dois anos, a relação vem sendo construída de forma positiva com carinho, respeito mútuo, cumplicidade e companheirismo. Observamos que o casal em tela mantém comportamento coerente e discreto na presença de M.E., de forma a não expor a sexualidade, bem como preservá-la de situações ainda não possível de ser elaboradas pela criança, devido sua tenra idade (f. 87).

Verificamos também que o casal E. e F. vive uma união baseada no amor e respeito mútuo, com interesses comuns e de forma pública, contínua e duradoura. Essa relação apresenta-se, no momento, sólida e com equilíbrio. Demonstram clara consciência das necessidades de uma criança e têm disponibilidade para promover cuidados e atenções satisfatórias, com prognóstico positivo para o desempenho dos papéis parentais (f. 106).

[...] nos últimos quatro anos as duas autoras mantiveram um relacionamento estável, sem rompimentos, não se percebem brigas ou discussões entre as duas; sabe que viajam juntas, levam M.E., às vezes, uma viaja e outra fica para cuidar do comércio; as autoras frequentam os ambientes sociais festivos e culturais da cidade, normalmente, sem constrangimentos; as duas autoras são sócias do comércio e trabalham juntas (testemunha C.R.R. - f. 124).

[...] o relacionamento das autoras é estável, nunca presenciou brigas ou discussões, sem rompimentos ou separações; desde quando a depoente começou a trabalhar com E. e depois também com F., que ambas fazem planos de adotar uma criança (testemunha N.F.S. - f. 125).

[...] as autoras têm um relacionamento estável em harmonia [...], a casa das autoras é confortável, o relacionamento de

ambas é normal, sem intimidades perto dos outros (testemunha B.M.B.N. - f. 125).

Com relação à menor M.E.R.P., nascida em 12.08.2006, revelam os autos que foi entregue às autoras com apenas oito meses de idade e, desde então, vem sendo cuidada pelas requerentes com amor e carinho. Percebe-se, inclusive, que a dinâmica da família foi totalmente adaptada às necessidades da criança. É o que se infere dos depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo:

M.E. está com as autoras há dois anos, conhecendo-a quando E. a levou no comércio da depoente; já visitou a casa das autoras, inclusive o quarto de M.E. e também foi em seu aniversário no ano passado; a casa é organizada, mobiliada e decorada, o quarto da menor é adaptado e decorado para a própria M.E., com cores infantis; [...] M.E. tem muita afeição e carinho pelas autoras, chamando uma de mãe 'I.' e a outra de mãe 'X.'; que as autoras também têm muita dedicação e carinho e com M.E.; [...] M.E. goza de boa saúde. [...] Quando receberam a criança era muito magrinha, hoje é saudável e desenvolvida; [...] sabe que M.E. estuda no colégio D.E. [...] (testemunha C.R.R. - f. 124).

[...] quando receberam a criança, a declarante passou a ser babá e a mesma chegou magra e desnutrida, com oito meses de idade; rapidamente se recuperou e se adaptou ao lar e às duas autoras; ambas as autoras tratam M.E. como filha, com carinho, e M.E. trata ambas de mãe seguida do nome; [...] sabe que a criança está sendo muito bem tratada; a criança tem um quarto personalizado. [...] é costume das autoras fazer viagens, levando M.E.; [...] M.E. estuda no colégio D.E. e leva colegas para brincar em sua casa; [...] foi sua babá por mais de um ano, até quando completou dois anos de idade, depois foi trabalhar no comércio das autoras, mas mantém contato com a criança, que continua saudável e feliz [...] (testemunha N.F.S. - f. 124/125).

[...] M.E. é muito bem cuidada, é saudável, tem conforto, tem babá, frequenta a escolinha; [...] a criança chama as autoras de mãe F. e mãe E. M.E. tem contato e encontros com parentes das autoras, que aprovam o relacionamento de ambas e a adoção da criança (testemunha N.F.S. - f. 125).

No que diz respeito aos pais biológicos da menor, tem-se que o pai é desconhecido e a mãe é moradora de rua, envolvida com prostituição e, por não ter condições de cuidar da criança, entregou-a de forma espontânea às autoras.

Asseverou a testemunha B.M.B.N.

que conheceu M.E. vivendo na companhia da mãe L., na rua e também na casa de uma prima da depoente, chamada S.; via L. na rua, com a criança, ambas dormindo no chão; S. às vezes acolhia e hospedava mãe e filha quando estavam na rua, por caridade; sabe que L. não tinha casa ou família, mas uma tia às vezes lhe amparava em sua casa; sabe que esta tia era alcoólatra e nem sempre L. podia contar com ela; [...] ouviu dizer que a mãe de M.E. é desequilibrada e envolvida também com prostituição [...] (f. 125).

Como se vê, a menor foi retirada de um ambiente de risco, no qual não eram dispensados cuidados básicos de higiene e saúde, vindo a residir com as apelantes em

uma casa adaptada à suas necessidades, com conforto, recebendo carinho, amor e todos os cuidados necessários ao desenvolvimento pleno e saudável de uma criança.

A situação fática, pois, demonstra que a infante, que reside com as autoras há quase quatro anos, criou laços de afinidade com elas e está totalmente integrada ao lar, sendo inconteste que recebe toda assistência moral, material, afetiva, educacional e psicológica necessárias, o que não lhe era proporcionado pela mãe biológica.

Não há dúvidas, portanto, de que, no caso dos autos, o melhor interesse da criança está atrelado à convivência com as autoras, que lhe proporcionam uma vida digna, motivo pelo qual o deferimento da adoção é medida que se impõe.

Com efeito, adentrando o mérito recursal, tem-se que buscam as recorrentes que a adoção seja deferida às duas, inclusive para fins de averbação no assento de nascimento da infante.

Não obstante tenha o il. Magistrado *a quo* indeferido o pleito sob o fundamento de ausência de amparo legal, peço vênia para discordar de seu entendimento.

Isso porque, apesar de haver, de fato, uma lacuna legal em relação ao pleito, tenho que a ausência de norma que regulamente a situação fática não pode servir como óbice à prestação jurisdicional plena, mormente levando em conta tratar o presente caso de direitos da criança e do adolescente, os quais são objeto de forte proteção constitucional e legal.

Ora, uma vez estando fartamente demonstrado nos autos que a convivência no seio familiar das autoras atende, de forma inequívoca, ao melhor interesse da criança, impossível não lhe conferir os direitos inerentes ao estado de filiação.

Isso porque negar o pedido de adoção a uma das autoras retirará da menor o direito à proteção integral, já que, em seu assento de nascimento, apenas uma das companheiras figurará, o que, sem dúvida, acarreta uma série de prejuízos de ordem material (direito de herança, alimentos, dentre outros).

Nesse sentido, oportuno trazer à colação trecho do voto do Ministro Luis Felipe Salomão, Relator do REsp 889852/RS, que trata de caso análogo ao presente, julgado em 27.04.2010:

5.3. 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.

O acórdão recorrido ressaltou ser 'hora de abandonar os 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'.

De fato, 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.

No caso dos autos, em que as crianças já estão vivendo com o casal desde o nascimento, tendo atualmente seis e sete anos de idade respectivamente, qualquer solução denegatória da adoção retirará das crianças o direito à proteção integral, porquanto contarão apenas com uma das parceiras figurando na certidão de nascimento.

A par de prejuízos de ordem material (sucessão, pensão, dentre outros) que serão acarretados às crianças com a negativa do pleito da autora, avulta-se a questão ética, moral, pois 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.

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. Estudam em colégio particular, como consta do relatório social, e não há qualquer preconceito em relação às outras crianças.

Ademais, releva notar que, se não for reconhecido o direito de adoção pela recorrida - que é tida como mãe pelas crianças - e se a mãe adotiva L.R.M., sua companheira, vier a faltar, a ora requerente poderá perder o direito de convívio com os filhos, o que será traumático para os menores, que serão 'órfãos de mãe viva'.

De outro lado, se a recorrida é que vem a falecer - sendo ela que possui melhores meios de manutenção da família, como preconizado pelas instâncias ordinárias, quando ficou registrado que a mãe adotiva é autônoma e tem problemas de saúde, enquanto a recorrida é funcionária pública, estável, professora universitária e saudável -, impedir a adoção significa deixar as crianças sem a proteção conferida pelos direitos sucessórios.

O mesmo problema se verifica se houver separação. Aqui a probabilidade de a recorrida perder qualquer direito de convívio com as crianças é ainda maior, pois será possível alegar que inexistente qualquer vínculo jurídico entre L.M.B.G. e as crianças, o que será prejudicial tanto para a recorrida como, principalmente, para os menores, e estes não terão direito sequer a alimentos.

Como se não bastasse, há efeitos práticos que independem da eventual separação ou da morte.

Caso deferida a adoção, as crianças terão automaticamente o direito de ser incluídas no convênio de saúde da recorrida, que conta também com vantagens para inclusão de filhos no ensino básico e superior, por ser professora universitária.

Por sinal, o plano de saúde da recorrida decorre, como consignado pelas instâncias ordinárias, do vínculo empregatício, em que geralmente são estabelecidas regras de inclusão de dependentes, não sendo, por isso mesmo, daqueles de livre pactuação no mercado, como quer fazer crer o recorrente.

Assim, a meu ver, acolher o pedido das autoras significa formalizar uma situação fática evidente e, ainda, dar cumprimento ao comando constitucional que determina a proteção integral aos direitos da criança e do adolescente.

Por conseguinte, tenho que a adoção deve ser deferida às duas requerentes, devendo constar no assento de nascimento da menor que é filha de E.B.D. e F.A.M., sem declinar a condição de pai ou mãe, passando a infante

a se chamar M.E.D.M., conforme requerido na inicial (f. 18).

2) Conclusão.

Pelas razões expostas, dou provimento ao recurso, para reformar, em parte, a sentença combatida, a fim de conceder, em favor das autoras E.B.D. e F.A.M., a adoção da menor M.E.R.P., a qual, nos termos do art. 47, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a se chamar M.E.D.M.

Determino a expedição de mandado ao Cartório de Registro Civil de Paracatu, para que seja lavrado novo registro, constando, no campo da filiação, o nome das autoras e de seus pais, como avós, sem especificação se paternos ou maternos.

Faço a ressalva de não ser possível constar na certidão qualquer observação sobre a origem dos atos, salvo por determinação judicial.

Sem custas, por dispensa legal.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDGARD PENNA AMORIM e TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, COM RECOMENDAÇÃO.