

APELAÇÃO CÍVEL Nº 529.976-1, DA 2ª VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE E ADOÇÃO DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA

APELANTES: A. L. M. dos R. e D. I. H.

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

RELATOR: JUIZ CONV. D 'ARTAGNAN SERPA SÁ

APELAÇÃO CIVEL. ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO. SENTENÇA TERMINATIVA. QUESTÃO DE MÉRITO E NÃO DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. HABILITAÇÃO DEFERIDA. LIMITAÇÃO QUANTO AO SEXO E À IDADE DOS ADOTANDOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS ADOTANTES. INADMISSÍVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. APELOCONHECIDO E PROVIDO.

1. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê.
2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº 529.976-1, da 2ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Curitiba, em que são apelantes A. L. M. dos R. e D. I. H., e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ.

1. EXPOSIÇÃO FÁTICA:

Trata-se de recuso interposto em face de sentença (fls. 155/185) proferida em ação de Habilitação de Casal, sob o n.º 2005.797-9, que julgou procedente o pedido de inscrição para adoção, com fundamento no artigo 50, §§1º e 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, habilitando os recorrentes a adotar crianças ou adolescentes do sexo feminino na faixa etária a partir dos 10 anos de idade.

Os fundamentos que sustentam a decisão a *quo* são no sentido de que o pedido merece ser acolhido em face da não verificação de nenhuma das hipóteses contempladas pelo artigo 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Também, baseou-se nos princípios da igualdade, da não discriminação, da intimidade, do melhor interesse da criança. Discorrendo, igualmente acerca da equiparação da união estável como sociedade de fato à união estável, sendo reconhecido como entidade familiar.

Em relação à adoção, o Magistrado discorre que um contingente muito pequeno de pretendente habilitados aceita adotar crianças maiores de cinco anos, as quais ficam nos abrigos até completar 18 anos. Fundamenta que, em vista da proteção integral e do melhor interesse da criança/adolescente, é necessário considerar a opinião da criança de ser adotada ou não por pessoas que vivem em uma união homoafetiva, pois, deve ele sentir-se confortável, amado e feliz no seio familiar adotante. Em virtude disso a adoção dependerá que a criança disponha de idade com capacidade de discernimento pára expressar sua vontade ao juízo.

Irresignados, os apelantes sustentam que a sentença merece reforma quanto à delimitação do sexo e da idade do adotando. Argumentam que se não há restrição legal para que casais homoafetivos adotem, também não deve haver delimitações específicas quanto ao sexo e a idade da criança/adolescente.

Asseveram que sua opção sexual não pode ser um fator restritivo de direito. Como também, o teor da sentença não corresponde com as alegações quanto à idade e o sexo do adotando.

Alegam que a restrição imposta não representa garantia de felicidade e harmonia para a futura família. Vez que não é possível avaliar se uma criança de 10 anos melhor se adaptaria a uma família homoafetiva do que uma criança de 4 ou 5 anos. Sendo que a convivência no período de adaptação é que poderá avaliar.

Por fim, pugnam pela reforma do *decisum* não seja imposta restrição quanto ao sexo e idade ao adotando.

contra-arrazoando o recurso, o Ministério Público, enquanto apelado, pugnou pelo conhecimento do recurso e pela sua procedência em parte, com o fim de excluir a limitação relativa ao sexo e aumentar a limitação da idade para doze anos (fls. 205/214).

Procedido o juízo de retratação de que trata o artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi mantido o *decisum* proferido pelo douto magistrado a *quo*. (fls. 215/218).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, as fls. 2209/249, por meio de um de seus representantes, manifestou pelo reconhecimento da invalidade da sentença atacada, a qual deferiu a inscrição para adoção em conjunto dos apelantes, “em razão da: a) incongruência entre a motivação e conclusão da decisão; b) incompetência absoluta do juízo da Infância para decidir incidentalmente matéria afeta ao juízo de Família; c) violação ao direito fundamental de convivência familiar de crianças e adolescentes; d) evidente violação das regras de ordem pública previstas no art. 226, § 3º da CF, art. 1622 do CC, art. 1723 do CC, art. 1723 do CC e arts. 19, 25 e 43 do ECA.”

II. VOTO E SEU FUNDAMENTO

O apelo manejado merece ser conhecido, eis que presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade recursal.

Não há necessidade de maiores considerações acerca do reconhecimento da união homoafetiva eis que o douto magistrado a *quo* tão bem discursou e concluiu sobre o tema demonstrando o que outra coisa não se esperava do Poder Judiciário de um Estado como a do Paraná, que se encontra em franca evolução no que concerne às mudanças sociais que precedem a legislação e que por óbvio não encontram respaldo legal, com novos e progressistas pensamentos culminando no engrandecimento e amadurecimento da justiça ante a convicção de suas decisões. Não dissente esta Egrégia Corte.

A questão cinge pontualmente quanto ao sexo e à idade das crianças a serem adotadas pelo casal que pretende a inscrição como candidatos à adoção, lembrando que a mesma já foi deferida.

Cumpra de pronto salientar que a ausência de leis não quer dizer ausência de direito. Muito pelo contrário. É em casos como o que se apresenta que se deve procurar bem senso para suprir tais lacunas. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, como origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê.

O Estado veda a discriminação e o preconceito por motivo de origem, raça, sexo ou idade e assegura o exercício dos direitos sociais, individuais, a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Proclama, ainda, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CF, 5º). MARIA BERENICE DIAS¹, citando ZENO VELOSO, leciona:

¹ In Manual de direito das famílias. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 186.

“Também o artigo 5^a da LICC indica um caminho, um rumo para o juiz: ele deve atender aos fins sociais a que a lei se dirige às exigências do bem comum. A interpretação, portanto, deve ser axiológica, progressiva, na busca daqueles valores, para que a prestação jurisdicional seja democrática e justa, adaptando-se às exigências e mutações sociais”.

Uma vez reconhecendo que a união entre duas pessoas do mesmo sexo é uma entidade familiar, impondo-lhe os ônus das relações familiares, não há razão para que não lhe sejam também assegurados todos os direitos e garantias no âmbito do direito das famílias, não havendo fundamento válido, portanto, para restringir a adoção por estas entidades.

MARIA BERENICE DIAS constata²

“Ainda bem que está havendo verdadeiro enfrentamento a toda uma cultura conservadora e firme oposição à jurisprudência ainda pegada a um conceito sacralizado de família. Essa nova orientação mostra que o judiciário tomou consciência de sua nova missão de criar o direito. Não pode a justiça seguir dando respostas mortas a perguntas vivas, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no conformismo para deixar de dizer o direito.”

A jurisprudência que vem se consolidando nos tribunais pátrios é no sentido de que a divergência de sexos é indiferente para a configuração de uma família e, portanto, a sua convergência não pode servir para discriminar ou punir. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar

² Op. Cit. p. 190.

merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, como 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 e 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.º 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, julgados em 05.04.2006).

E mais, em decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição, foi deferida a adoção de uma menina e duas mulheres que mantinham a união há seis anos (Proc. n.º 1605872 da 2ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre- RS, em 03.07.2006) e em outra ocasião foi deferida a adoção de uma menina de cinco anos a dois homens que viviam em união estável há 14 anos (Proc. n.º 234/2006 da cidade de Catanduva – SP, em 30.10.2006).

A corroborar este entendimento, esclarece ANA CARLA HARMATIUK MATOS³

“o que deve importar são as características pessoais dos pais(ou dos candidatos à adoção), sua capacitação, sua habilidade nos

³ *In* Filiação e homossexualidade. Anais do V Congresso brasileiro de Direito de Família- São Paulo : IOB Thompson, 2006, p. 78.

âmbitos emocional e patrimonial quanto às questões tão peculiares exigidas pelo universo da paternidade e maternidade.”

A autora nos informa ainda que⁴

“(…) as pesquisas realizadas pela Associação Americana de Psicologia indicam que “não há um único estudo que tenha constatado que as crianças de pais homossexuais e de lésbicas teriam qualquer prejuízo significativo em relação às crianças de pais heterossexuais (...). O ambiente promovido por pais homossexuais e lésbicas é tão favorável quanto os ambientes promovidos por pais heterossexuais para apoiar e habilitar o crescimento “psicológico das crianças”. A maioria das crianças em todos os estudos funcionou bem intelectualmente e “não demonstrou comportamentos ego-destrutivo prejudiciais à comunidade.” Os estudos revelam isso nos termos que dizem respeito às relações com os pais, auto-estima, habilidade de liderança, ego-confiança, flexibilidade interpessoal, como também o geral bem-estar emocional das crianças que vivem com pais homossexuais não demonstravam diferenças daquelas encontradas com seus pais heterossexuais.”

Extrai-se do relatório da Equipe Interdisciplinar:

“a homossexualidade dos pais, por si só não determina a identidade do gênero e orientação sexual da criança. (fls. 55)”

⁴ Op. Cit. p. 83.

Logo, eventuais dificuldades enfrentadas por estas crianças, como reflexo da homossexualidade de seus pais adotivos estão diretamente ligadas ao preconceito social.

Aliado a isso, não se pode relevar o fato de que, mesmo em parcerias estáveis pessoas do mesmo sexo o histórico de violência, maus-tratos, abuso sexual e abandono moral e material é prática corrente e não exceção, o que nos permite concluir com absoluta certeza que a conduta humana não tem origem na orientação sexual, mas na sua intrínseca natureza.

São inúmeras as crianças à espera de um lar, uma família que lhe dará educação, afeto, alegria, respeito, compreensão e oportunidades: uma família de pais sem vínculos biológicos, mas que certamente saberão suprir suas necessidades materiais, morais e emocionais ao decorrer de suas vidas. Para essas crianças pouco importa se são eles monoparentais, pluriparentais, homoafetivos ou qualquer outra classificação, brancos ou negros, altos ou baixos, gordos ou magros, nem mesmo se importam se são ricos ou pobres, desde que suas carências sejam supridas e possa haver, mutuamente, amor, compreensão e respeito pelo indivíduo que cada um de nós quer ter a liberdade de ser e exercer.

Oportuno transcrever as palavras de Lúcia Maria de Paula de Freitas⁵:

Exatamente por entender que o desejo pelo filho perpassa, independentemente da possibilidade do casal de gerar filhos biológicos, por caminhos que se situam ao largo desse dito determinismo biológico. (...) Um filho afetivamente indesejado, no sentido de que foi concebido dentro da ordem natural das coisas, concebido na crença cega do determinismo, muito embora permaneça na companhia dos pais e por eles seja criado, certamente sofrerá as carências e a indisponibilidade para ser amado, disposição para troca, pausas, todo o envolvimento com o outro através do amor, que se projeta no outro e que do outro também nos é projetado, formando o amálgama, o vínculo que se estrutura por si e se fortalece aos que se amam. Não só pode-se negar o amor ao filho, como se pode negar que

⁵ *In* Adoção – quem em nós quer um filho? Revista Brasileira de Direito de Família, v. 3, nº 10 jul/set. Porto Alegre: Editora Síntese, 2001, p. 148.

esse filho seja um sujeito capaz de amor”.

Essas reflexões repercutem diretamente no juízo exercido pelos operadores do Direito, mais intimamente pelos magistrados, incumbidos do dever precípua de resguardar a dignidade humana destas crianças postas a adoção, assegurando que seu melhor interesse estará protegido. Contudo, nesse mister, são raras as exceções, pecamos pelo excesso, advindo de tal zelo um indiscutível prejuízo à criança.

“Não é novidade que os filhos não biológicos tornam-se filhos verdadeiramente, antes que pelo ato jurídico, pelo instituto da adoção, através do mesmo desejo e construção que move os pais biológicos a tornarem-se verdadeiramente pais dos seus filhos. **Não se pode admitir que um ato mecânico, instintivo, torne pura e simplesmente alguém filho de alguém, em essência. Também não é um papel social desempenhado, desconectado de sua essência original afetiva, de um sentimento centrado na necessidade humana de amar e ser amado que torna alguém filho de alguém. (...) Numa verdadeira relação de pais e filhos, ambos se adotam.**”⁶(grifos nossos)

É nesta esteira de reflexões que se deve ponderar o que é melhor para uma criança a ser adotada. Infelizmente, a realidade dos dados sobre adoção posta pelo douto magistrado a *quo* vem de encontro aos anseios de uma sociedade mais justa que propicie às nossas crianças de todas as idades, um lar fraterno, de amor e oportunidades. Entretanto, esta realidade não pode ser impingida aos adotantes que todo o direito, não de escolher, mas de delimitar as características da criança que estão aptos a adotar e a ela dar todo o suporte material e moral a que se dispõem porquanto a relação de filho se evidencia, sobretudo, na construção do afeto.

Como dito anteriormente, se todos são iguais perante a lei, que protege o direito de igualdade assim como os direitos e garantias fundamentais da Constituição, não há explicação para tal vedação quanto ao sexo e à idade dos adotandos, uma vez que o processo de habilitação inclui um questionário o qual deve ser respondido pelos candidatos, dele constando as características

⁶ FREITAS, Lúcia Maria de Paula. Op. Cit, p. 150.

da criança a ser adotada, não havendo disposição legal no sentido de que a regra não se aplica aos casais homoafetivos. Tal restrição é no mínimo inconstitucional.

Dizer aos apelantes, “sim, vocês podem adotar, mas somente crianças do sexo feminino, maiores de 10 anos”, é o mesmo que dizer “não queremos que vocês adotem”.

E ao assim agir, estaremos transformando a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento.

Quando invocamos o artigo 45 de Estatuto da Criança e do Adolescente e propagamos o direito destes de se manifestar sobre a própria adoção e sobre a família a que irão pertencer, o fazemos nos casos em que as crianças a serem, facultativamente, adotados têm idade e discernimento para tanto. Agora, impor aos apelantes crianças com estas características porque são capazes de manifestar os seus preconceitos e aceitar ou não as intempéries de ter como pais um casal homossexual, é contrariar todo o discurso sobre igualdade e isonomia, princípios primordiais de garantia e direitos fundamentais.

Veja-se, ainda, que é muito mais fácil para uma criança de pouca idade crescer amando e respeitando seus pais adotivos, quaisquer que sejam, com todas as suas particularidades, pautadas em valores éticos e morais apropriados a nova sociedade que se apresenta em lenta, mas gradual, mutação e com a qual temos a obrigação de contribuir, do que para as crianças e adolescentes que já tem enraizados os seus preconceitos e falsas impressões sobre uma relação homoafetiva.

Não se pode negar a uma criança, depois de todas as mazelas que a injusta vida lhe trouxe, o direito de integrar uma família em razão de um atributo de personalidade de seus pretensos pais, cabendo, por oportuno, lembrar enfaticamente que esse casal se dispõe a adotar uma criança de cada sexo, de qualquer cor ou raça, até mesmo portadora, uma delas, de deficiência de toda a espécie, inclusive do vírus HIV.

Ora, se há incontáveis crianças brancas ou negras, com idade superior a 19 anos aguardando para ter um lar e uma vida digna, quantas crianças negras, de qualquer idade, portadoras de qualquer deficiência pode se supor aguardando indefinidamente nos abrigos por alguém que ao menos cogite a possibilidade de lhes dar um lar? Quem terá mais possibilidades de obter oportunidades dignas de sobrevivência após completar a maioridade e se ver sozinha nessa sociedade hipócrita e preconceituosa?

Afirmar a defesa do melhor interesse da criança é, acima de tudo, reconhecer que todas as crianças postas à adoção tiveram uma vida marcada por múltiplas privações materiais, nutricionais, afetivas e rejeições que as fazem se sentir sem valor, sendo todas dignas de compaixão e merecedoras da mesma sorte, diferenciadas tão somente pela misericórdia e providência divinas que a ea destinou este momento único em que alguém as está recebendo em seu lar para amá-las e respeitá-las como seres humanos que são, dando-lhes o suporte necessário para que um dia possam se orgulhar daqueles que as

acolheram. A cada uma a sua oportunidade, quando essa hora chegar, sem distinção de qualquer espécie e quando o vínculo de afeto naturalmente, e reciprocamente, se estabelecer.

Ante todo o exposto, voto no sentido de dar provimento ao apelo como fim de reformar a respeitável sentença tão somente quanto ao sexo e à idade das crianças a ser adotadas, tendo os apelantes o direito de adotar duas crianças de zero a cinco anos, uma de cada sexo, podendo uma dela ser portadora do vírus HIV ou qualquer outro problema de saúde.

III- DECISÃO

ACORDAM os Magistrados integrantes da Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso nos termos do voto do relator.

Presidiu o julgamento, sem voto, o Excelentíssimo Senhor Desembargador CLAYTON CAMARGO e dele participaram os Excelentíssimos Desembargadores COSTA BARROS E ANTONIO LOYOLA VIEIRA.

Curitiba, 11 de março de 2009.

D 'ARTAGNAN SERPA SÁ

Juiz Convocado

Relator