Manuela Beatriz Gomes

Adoção *intuitu personae* no direito brasileiro: uma análise principiológica

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Eduardo Tomasevicius Filho

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

**São Paulo
2013**

Manuela Beatriz Gomes

Adoção *intuitu personae* no direito brasileiro: uma análise principiológica

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre na área de concentração: Direito Civil.

Orientador: Professor Doutor Eduardo Tomasevicius Filho

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo
2013

Nome: GOMES, Manuela Beatriz.

Título: Adoção *intuitu personae* no direito brasileiro: uma análise principiológica

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre na área de concentração: Direito Civil.

Aprovado em: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

OBSERVAÇÃO

A realização dessa dissertação foi financiada pela
Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP
(Processo FAPESP n°. 2011/04574-6)

Às crianças e adolescentes brasileiros

AGRADECIMENTOS

Ao orientador Professor Doutor Eduardo Tomasevicius Filho, por sua dedicação ao ensino e por acreditar neste projeto.

À Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP, por todo o apoio material, fundamental à conclusão do mestrado.

À Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por proporcionar a aplicação prática dos conhecimentos obtidos a partir deste estudo, buscando sempre a construção de um Brasil mais justo, igual e solidário.

Aos meus pais, irmãos, familiares e amigos, pelo amor e apoio incondicionais, demonstrando que a convivência familiar e comunitária é essencial para a formação de um ser humano completo.

Ao Bruno, por sua dedicação, companheirismo e incentivo sempre.

À Micaela, por abrir meus olhos para a questão das crianças e adolescentes que buscam seu direito à convivência familiar.

Compartilho com todos a vitória, pois a luta não foi solitária.

RESUMO

O grande número de crianças acolhidas institucionalmente no Brasil contemporâneo é uma constante que incomoda a sociedade e pede uma solução urgente do Estado, seja do ponto de vista da assistência social, seja no âmbito da assistência jurídica. Analisar de que modo o direito está contribuindo para a mudança deste quadro é o objetivo do presente trabalho, que retorna às origens da adoção e caminha até o panorama atual das crianças e adolescentes aptos a serem adotados, passando pelo desejo daquelas pessoas que querem adotar, bem como pelos princípios balizadores do Estatuto da Criança e do Adolescente e pela teoria da proteção integral, adotada pelo ordenamento brasileiro, para buscar uma solução juridicamente possível. Neste contexto, busca-se saber se a adoção *intuitu personae*, a qual não tem previsão expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda assim é viável, a partir das normas e princípios vigentes. Os novos conceitos trazidos pela Lei n. 12.010/2009, como “família natural”, “família extensa” e “família substituta”, bem como o Cadastro de Adotantes são pontos de estudo centrais para a conclusão da presente dissertação de mestrado.

Palavras-chave: Direito da Criança e do Adolescente. Adoção. Adoção *intuitu personae*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT

The large number of children living in institutions in contemporary Brazil has been a constant that troubles society and requires an urgent solution from the State, whether from the social or legal assistance point of view. Analyzing how the Law is contributing to change this situation is the purpose of this paper. It returns to the origins of adoption and goes through the current overview of children and adolescents eligible to be adopted, as well as the desire of those people who want to adopt, passing through the guiding principles of the *Estatuto da Criança e do Adolescente* (Statute of the Child and Adolescent) and the full protection theory adopted by the Brazilian system to seek a legally possible solution. In this context, we try to find out if the *intuitu personae* adoption, which is not provided by the *Estatuto da Criança e do Adolescente*, is still feasible based on the rules and principles in force. The new concepts set forth by Law no. 12.010/2009, such as “natural family”, “extended family” and “surrogate family”, as well as the Register of Adopting Parents, are focal points of study for the conclusion of this Masters’ dissertation.

Keywords: Rights of Children and Adolescents. Adoption. *Intuitu personae* adoption. Statute of the Child and Adolescent. Principles of the Statute of the Child and Adolescent.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Número de pretendentes versus número de crianças e adolescentes habilitados para adoção	51
Gráfico 2 - Crianças e adolescentes aptos à adoção classificadas por “raça”	52
Gráfico 3 - Nível de aceitação das “raças” de crianças e adolescentes entre os pretendentes à adoção	53
Gráfico 4 - Preferência de idade das crianças e adolescentes a serem adotados	54

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 PRINCÍPIOS DIRETORES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	12
1.1 Teoria da proteção integral	16
1.2 Princípio do melhor interesse	18
2 ADOÇÃO	23
2.1 Breve retrospectiva histórica.....	29
2.2 Conceito	42
3.3 Natureza jurídica.....	45
2.4 Perfil da adoção no Brasil contemporâneo	47
3 ADOÇÃO <i>INTUITU PERSONAE</i>	59
4 POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO DIRETA COM O ADVENTO DA LEI N. 12.010/2009	79
4.1 Objetivos do legislador com a promulgação da Lei n. 12.010/2009	79
4.1.1 Família natural, família extensa e família substituta	79
4.1.2 Diretrizes, critérios e efeitos da adoção	86
4.1.3 Cadastro de adotantes	96
4.1.4 Fraudes.....	99
4.2 Projeto de Lei n. 1.917/2011	101
CONCLUSÃO	103
REFERÊNCIAS.....	107
I - Obras	107
II - Fontes.....	113
II.a - Legislação	113
II.b - Jurisprudência	113

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda tema de grande interesse para o Estado, assim como para toda a sociedade, vez que discute uma das modalidades de adoção não prevista expressamente no Estatuto da Criança e do Adolescente, a doutrinariamente chamada “adoção direta” ou *intuitu personae*.

A importância se dá especialmente tendo em vista o grande número de crianças e adolescentes que se encontram em situação de acolhimento institucional, os anteriormente chamados “abrigos”, e a necessidade de sua colocação em famílias substitutas, quando da inviabilidade de seu retorno ou de sua manutenção no seio familiar natural.

Esse quadro de institucionalização de crianças e adolescentes em centros de acolhimento deve ser pensado sob a ótica da atual realidade social brasileira, já que os casos de destituição do poder familiar, por vezes, estão relacionados a situações de abandono ou maus tratos. O abandono pode ser de ordem moral ou material, ou seja, neste último caso, a situação de pobreza, que por si só não é capaz de ensejar o afastamento de uma criança de seus pais biológicos, acaba por motivar a separação sem que seja trabalhada a situação peculiar dessa família, que, muitas vezes alijada de condições básicas de vida, não tem informações sobre seus direitos, não tem acesso a meios de contracepção, tampouco acesso a recursos que o Estado, por ordem constitucional, tem o dever de fornecer para que todos tenham respeitada sua dignidade como seres humanos.

Na mesma toada, o estudo permitirá refletir sobre a liberdade no exercício do poder familiar que os pais detêm em relação a seus filhos, uma vez que a não regulamentação da adoção *intuitu personae* pode limitar o rumo que os pais desejam para a vida de seus filhos. Além disso, estigmas sociais também condenam aqueles que desejam entregar seus filhos em adoção de modo consciente e espontâneo.

Enfim, o estudo tem como norte o respeito ao direito à convivência familiar e comunitária, o qual é constitucionalmente assegurado a todos os jovens.

A partir dessa premissa, busca-se analisar a viabilidade da adoção *intuitu personae*, especialmente à luz das alterações promovidas pela Lei federal n. 12.010/2009 no Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual reforçou a necessidade de manutenção da criança em sua família natural, bem como o respeito ao Cadastro de Adotantes, aparentemente impossibilitando a adoção direta.

O objetivo é analisar se o legislador estatutário, ao promover tal alteração

legislativa, protegeu a base principiológica do Estatuto da Criança e do Adolescente ou se, sem ter a intenção, acabou por subverter o foco de proteção, voltando-se aos adotantes em detrimento dos interesses dos adotandos.

A proposta envolve avaliar os danos decorrentes dessa possível exclusão, especialmente no que tange à manutenção de crianças em instituições de acolhimento até que atinjam a idade adulta, bem como a desconstituição de laços socioafetivos construídos e os riscos psicológicos decorrentes da decisão estritamente legalista tomada no caso em concreto.

O foco primordial é concluir se a adoção direta ainda é possível e desejável dentro do sistema estatutário, especialmente no que tange à teoria da proteção integral e ao princípio do melhor interesse, tendo em vista a preservação da criança e sua situação peculiar de pessoa em desenvolvimento.

O estudo abordará ainda a evolução, a natureza jurídica e o conceito dos institutos da adoção, da família natural, da família extensa e da família substituta, assim como a necessidade do Cadastro de Adotantes e as possibilidades de fraude que podem decorrer do instituto em análise.

No que toca ao histórico da adoção, o trabalho buscará entender o que levou à superação do antigo Código de Menores e como o Estatuto da Criança e do Adolescente traz as normas e os mecanismos para a efetivação dos direitos garantidos às crianças e adolescentes.

É importante ressaltar que o trabalho busca não utilizar a terminologia “menor” quando se refere às crianças e adolescentes. Com isso, objetiva superar de forma definitiva a visão que, quando ainda vigorava o Código de Menores, se tinha dessas pessoas em desenvolvimento. Do mesmo modo, quando se refere às crianças e adolescentes que vivem em instituições de acolhimento, também se busca evitar a utilização da terminologia “abrigos”. As terminologias adotadas ao longo desta dissertação de mestrado objetivam respeitar aquelas introduzidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação que veio para superar o tratamento que até então era destinado a crianças e adolescentes.

Nesta toada, a jurisprudência colhida, apresentada e analisada ao longo do texto tentará refletir como os tribunais brasileiros vêm aplicando a legislação protetiva aos direitos de infância e juventude, inclusive no que se refere ao tema da adoção *intuitu persone*.

Pretende-se também concluir se a adoção *intuitu personae* pode ser uma alternativa ao quadro atual da adoção no Brasil, tendo em vista que as crianças e adolescentes aptos a

serem adotados, ou seja, impossibilitados de retorno ao seio de sua família natural, não correspondem, em regra, às expectativas dos adotantes, pois têm idade e características físicas incompatíveis com os requisitos considerados padrão por aqueles que desejam adotar.

1 PRINCÍPIOS DIRETORES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O artigo 100, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com redação alterada pela Lei n. 12.010/2009, trata dos princípios que regem a aplicação das medidas de proteção destinadas a crianças e jovens em situação de risco.

O inciso IV do supramencionado artigo traz o princípio do interesse superior da criança e do adolescente, segundo o qual as medidas adotadas pelo poder público devem “atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade de interesses presentes no caso concreto”.¹

Esta inclusão no ECA reafirma a importância do mencionado princípio, que deve balizar não só os litígios concretos levados ao Poder Judiciário, mas também todas as intervenções do Estado e da sociedade em situações que envolvam crianças e adolescentes.²

O princípio do melhor interesse da criança tem origem no direito inglês, mais especificamente no *parens patriae*, que correspondia a uma prerrogativa do Estado de zelar e proteger os incapazes, incluindo os menores de idade.³ Nesse período, início do século XVIII, seguindo o que já era aplicado no direito romano,⁴ a criança era considerada como uma propriedade do pai e, portanto, tinha seus direitos e garantias limitados.⁵

Posteriormente, o princípio *parens patriae* passou a ser utilizado nos processos de guarda para que, como meio de proteção do Estado, prevalecessem os interesses das crianças sobre os direitos de cada um dos pais.⁶

No ordenamento internacional, pode-se destacar a Declaração de Genebra de 1924, como o primeiro documento a trazer a necessidade de se dar uma proteção especial às crianças. Já a Declaração Universal dos Direitos Humanos, das Nações Unidas, de 1948, destaca o direito a cuidados e assistência especiais que merece a criança. Posteriormente, a

¹ Redação do artigo 100, parágrafo único, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

² FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 11-12.

³ Ibidem, p. 13.

⁴ CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 45-46.

⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do “melhor interesse da criança”**: da teoria à prática. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2012, p. 2.

⁶ PEREIRA, Tânia da Silva (Coord). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1-2.

Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, detalhou melhor o que deveria ser proporcionado ao jovem, a fim de que se assegurasse seu desenvolvimento e sua interação com a sociedade, consagrando que se deveria atender ao interesse superior da criança.⁷

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em Assembleia Geral de novembro de 1989, foi ratificada pelo Brasil e recepcionada no ano seguinte pelo ordenamento brasileiro por meio do Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Tal convenção internacional tem como objetivo garantir proteção especial à criança, já que além de ser, via de regra, parte integrante da família e, por tal motivo, gozar de proteção do Estado, é também um indivíduo e merece ter seu próprio rol de direitos, especialmente por ser dotado de hipossuficiência, ou seja, sua falta de maturidade física e mental em relação ao restante da sociedade.⁸

Em matéria específica de adoção, o artigo 21 da Convenção das Nações Unidas relativo aos direitos da criança preleciona que o interesse superior da criança deve ser a consideração primordial para a efetivação desta medida de proteção.⁹

A preocupação com os direitos das crianças e, em especial, sua proteção, está presente em todas essas Declarações, as quais estabelecem que os julgados, leis, ações afirmativas de órgãos públicos e privados, inclusive relativamente à adoção, devem ser balizados pela proteção especial destinada a crianças e adolescentes.

Neste contexto surge o princípio do melhor interesse, que é um instrumento a ser utilizado por todos os órgãos pertencentes à rede de proteção — formada por juízes, promotores, assistentes sociais, psicólogos, conselheiros tutelares, dentre outros —, criada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e voltada a atender as necessidades daqueles que são o foco de sua proteção.

O Brasil, ao traduzir a Convenção sobre os Direitos da Criança, que originalmente foi redigida em inglês, utilizou a expressão “interesse maior da criança”, e não “melhor interesse” (*the best interest*), o que deu um caráter quantitativo à expressão e não qualitativo, como era desejado.¹⁰ Mesmo assim, se interpretada na íntegra, percebe-se que

⁷ PEREIRA, Tânia da Silva (Coord). **O melhor...** Op. cit., p. 4-11.

⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A família na travessia do milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Instituto Brasileiro de Direito de Família e OAB-MG. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 201-203.

⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Adoção por homossexuais: adultocentrismo x interesse das crianças. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coords.). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 65-118.

¹⁰ MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 181.

o objetivo de tal convenção é defender o melhor interesse da criança.

Assim, temos que, ao ratificar a Convenção, o Brasil adotou de forma definitiva o princípio do melhor interesse da criança como diretriz para a construção de leis e como balizador das decisões judiciais.¹¹ A confirmação do acolhimento deste princípio em caráter absoluto se deu por sua introdução no texto do ECA, pela Lei n. 12.010/2009.

Cumprе ressaltar que, embora o Brasil seja signatário dos tratados e convenções acima citados, a efetivação do conteúdo de tais documentos ainda é difícil e indeterminada, já que falta um instrumento internacional coercitivo efetivo no âmbito da Organização das Nações Unidas.¹² Existe tão somente um Comitê para os Direitos da Criança, que desempenha as funções de receber e analisar relatórios enviados pelos Estados-partes sobre as medidas adotadas em prol da efetivação dos direitos das crianças, podendo solicitar esclarecimentos a respeito do conteúdo de tais relatórios. Recentemente, o Brasil ratificou um Protocolo Facultativo ao tratado, que admite o peticionamento de indivíduos com reclamações para o Comitê, mas que ainda não está em vigor.

Enquanto as declarações não possuem força coercitiva dentro dos Estados, constituindo apenas obrigações morais em relação às diretrizes nelas delineadas, as convenções internacionais têm, ao menos, o caráter de direcionar a criação de leis dentro dos Estados signatários, para que eles cumpram as obrigações assumidas.

Daí decorre a importância da incorporação do princípio do melhor interesse e da teoria da proteção integral pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que, depois da Constituição Federal, é o documento interno mais importante a tratar sobre os direitos e garantias dos menores de dezoito anos de idade.

Com a normatização internacional dos direitos humanos das crianças e adolescentes e a sua incorporação pelo ordenamento brasileiro, a criança passa a ter proteção legal para que seus direitos fundamentais — tais como direito à vida, à educação, à saúde, à dignidade, ao desenvolvimento, direito de conviver dentro do ambiente familiar, entre outros — possam ser garantidos e defendidos contra terceiros. O que se visa preservar é o mínimo que toda sociedade deve garantir às suas crianças, entendendo-a como sujeito de direitos e garantias individuais.

Com isso, afasta-se a doutrina da situação irregular até então vigente e o antes denominado “menor” passa a ser reconhecido como pessoa, ou seja, deixa de ser objeto de

¹¹ PEREIRA, Tânia da Silva (Coord). **O melhor...** Op. cit., 6-7.

¹² No âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA não há nenhum tratado específico destinado aos direitos peculiares de crianças e adolescentes, aplicando-se a eles os direitos previstos de forma genérica.

direito para tornar-se sujeito de direitos.¹³

Segundo Tânia da Silva Pereira, “ser “sujeito de direitos” significa, para a população infanto-juvenil, deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos.”¹⁴

O princípio do melhor interesse objetiva preservar as necessidades e os direitos das crianças e adolescentes em detrimento de outros interesses, que podem ser dos pais, dos pleiteantes à adoção, do Estado ou da sociedade.

A proteção integral é um dever não só do Estado e dos pais, mas sim um dever social, na medida em que crianças são pessoas em desenvolvimento e necessitam de suporte e condições para que possam evoluir sua estrutura física e mental. Assim, essa teoria visa a garantir os direitos e prerrogativas da criança.¹⁵

A solidariedade social, reconhecida como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil,¹⁶ é o princípio que baliza o dever da família, da sociedade e do Estado de garantir os direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

O princípio da solidariedade envolve a fraternidade e também a reciprocidade e, segundo José Fernando Simão, “a solidariedade não é só patrimonial, é afetiva e psicológica”.¹⁷ A previsão constitucional deste princípio significa a passagem do individualismo para o coletivismo, sendo que “proteger a criança e o adolescente é proteger a coletividade, é proteger o futuro. Novamente, o particular perde para o interesse coletivo”.¹⁸

Gustavo Tepedino explica a proteção integral:

Nessa perspectiva, há de ser interpretado o Estatuto da Criança e do Adolescente, na busca de construções hermenêuticas que melhor realizem, funcionalmente, os valores constitucionais. Para tanto, o legislador estatutário construiu os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, da parentalidade responsável e da proteção integral, mediante os quais os interesses existenciais do menor de idade, em toda e qualquer situação em que se encontrem, devem prevalecer, na formação e desenvolvimento de sua personalidade.¹⁹

¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 430.

¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Op. cit., p. 221.

¹⁵ Ibidem, p. 220.

¹⁶ Art. 3º, CF: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.”

¹⁷ SIMÃO, José Fernando. Ser ou não ser: outorga conjugal e solidariedade familiar. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 10, n. 3, p. 56-74, abr./maio 2008, p. 63.

¹⁸ Ibidem, p. 64.

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SUCCHI,

Neste sentido, em relação à adoção de crianças e adolescentes, o princípio do melhor interesse deve ser interpretado à luz da teoria jurídica da proteção integral, evitando-se, assim, que o instituto possa ser usado para justificar abusos, como ocorria quando vigorava o Código de Menores.

1.1 Teoria da proteção integral

A proteção integral, introduzida no ordenamento brasileiro pela Constituição Federal de 1988 e consagrada pelo artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente,²⁰ prevê que a criança é mais do que sujeito de direitos, é pessoa humana e deve ter suas garantias e direitos fundamentais preservados em todas as suas vertentes, tendo em vista principalmente sua hipossuficiência²¹ em relação ao adulto e à sociedade, os quais têm como função protegê-la.

A teoria da proteção integral veio em substituição à teoria até então vigente, chamada de teoria da situação irregular,²² a qual era pregada pelo Código de Menores de 1979. Este tinha sua aplicação restrita a determinadas e peculiares situações em que se encontravam certas crianças e adolescentes, visando sua definição, tratamento e prevenção.²³

Gilberto Caldas, ao comentar o Código de Menores, esclarece que “a pessoa que constitui o sujeito do Direito do Menor não é qualquer criança, mas o menor em estado de patologia social ampla, pois que a solução do problema em que se encontra será regulado através de uma decisão judicial [...]”.²⁴

O artigo 2º da Lei n. 6.697/79 (Código de Menores) trazia as hipóteses em que o chamado “menor” (ou seja, aquele que possuía menos de dezoito anos de idade) estaria em

Maria Cristina (Coord.). **Direito de família no novo milênio**: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 415-435.

²⁰ PEREIRA, Tânia da Silva (Coord). **O melhor...** Op. cit., p. 14-18.

²¹ Neste ponto, cumpre ressaltar que, nesta dissertação de mestrado, o termo “hipossuficiência” é utilizado como sinônimo do termo “vulnerabilidade”, buscando traduzir a falta de maturidade física e psicológica e a falta de experiência de crianças e adolescentes. Portanto, não há que se fazer nenhuma diferenciação entre essas palavras, muito embora fosse necessária a distinção caso se tratasse de um trabalho no âmbito do direito do consumidor.

²² ISQUIERDO, Renato Scalco. A tutela da criança e do adolescente como projeção dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da autonomia: uma abordagem pela doutrina da proteção integral. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 518-526.

²³ CALDAS, Gilberto. **Novo Código de Menores anotado**. 2. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1980, p. 28.

²⁴ Ibidem.

situação irregular²⁵ e, por isso, mereceria a tutela estatal. Essa teoria, portanto, tinha aplicação restrita, vez que não se dirigia a toda e qualquer criança; em verdade, como destaca Wilson Donizeti Liberati, considerava algumas crianças e adolescentes como objeto de medida judicial, pois, disfarçando-se de sistema tutelar, não previa direitos, exceto a assistência religiosa, não trazia medidas de apoio à família e destinava-se, verdadeiramente, à aplicação de sanções.²⁶

Com a adoção da teoria da proteção integral, operou-se uma verdadeira revolução no tratamento destinado a crianças e adolescentes, pois, de acordo com esta corrente doutrinária, toda e qualquer criança deve ser protegida em qualquer situação, considerando que além de ter as mesmas prerrogativas que os adultos na defesa de seus interesses, também devem haver outros mecanismos que lhe possibilitem garantir de forma mais intensa seus direitos.²⁷

O ECA destaca que a criança deve ser especialmente protegida tendo em vista sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento,²⁸ ou seja, o que particulariza crianças e adolescentes em relação aos adultos e lhes garante atenção primordial é sua condição comum de vulnerabilidade.²⁹

Em cada fase de desenvolvimento a criança deve ser tratada de modo que suas singularidades sejam traduzidas em meios adequados para sua evolução, amadurecimento e, conseqüentemente, sua transferência para a próxima fase da vida.³⁰

Tânia da Silva Pereira transcreve o que deve ser proporcionado à criança, que é pessoa dependente e em desenvolvimento:

²⁵ Artigo 2º, Código de Menores: “Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II – vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III – em perigo moral, devido: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes. IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI – autor de infração penal. Parágrafo único – Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.”

²⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 15.

²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Op. cit., p. 220-228.

²⁸ Art. 6º, ECA: “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

²⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**: t. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 201-202.

³⁰ CURY, Munir (Coord). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 17-18.

Esta condição especial deve garantir-lhes direitos e deveres individuais e coletivos, bem como todas as oportunidades e facilidades a fim de lhes facultar um bom desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.³¹

A Constituição Brasileira positivou normas orientadoras da conduta necessária para que a sociedade, o Estado e a família protejam e garantam o desenvolvimento em um ambiente saudável e com condições de bem-estar a crianças, adolescentes e jovens.³² Tais normas, assim como os dispositivos trazidos pelo ECA, por vezes parecem ser programáticas, uma vez que trazem medidas que, em teoria, demonstram ser plenamente capazes de suprir as necessidades da criança e do adolescente brasileiro, porém, na prática, observa-se o oposto — talvez porque o Estado não possua infraestrutura suficiente para proporcionar políticas públicas universais que atinjam os objetivos almejados, o que acaba por tornar tais metas inócuas.

Cabe ao operador do direito viabilizar, na prática, o exercício dos direitos de crianças e adolescentes, começando por abandonar a tradicional visão positivista, buscando utilizar o direito como um mecanismo de transformação social, já que, afinal, as leis são criadas para operar na realidade e não há como se desvencilhar desta no momento da interpretação e da criação da norma.³³

O corte axiológico é eficiente na construção da ciência do direito e na lógica do sistema, mas deixa a desejar quando se voltam os olhos para a realidade das crianças brasileiras que não sabem o que significa a proteção integral e seu direito à convivência familiar e comunitária, embora seja este constitucionalmente garantido a todas elas.³⁴

1.2 Princípio do melhor interesse

Quando se trata de adoção de crianças e adolescentes, surge a questão sobre qual interesse se visa a proteger, questionando-se a necessidade de se entender qual o bem jurídico que está sendo tutelado pelo ordenamento quando se estabelecem normas para a solução de conflitos situados dentro do círculo familiar.

³¹ PEREIRA, Tânia da Silva (Coord). **O melhor...** Op. cit., p. 222.

³² A Constituição Federal assegura atenção especial aos direitos não só de crianças e adolescentes, mas também de jovens. Recentemente, foi aprovado no Congresso Nacional o Estatuto da Juventude, o qual estabelece os direitos e as políticas públicas destinadas àqueles com idade entre 15 e 29 anos (Lei federal n. 12.852/2013).

³³ SÊDA, Edson. **A proteção integral**. 3. ed. Campinas: Adês, 1995, p. 18-22.

³⁴ No item 2.4 desta dissertação serão apresentados gráficos sobre o perfil da adoção no Brasil e sobre as crianças em situação de acolhimento institucional, apartadas de qualquer convívio familiar, o que comprova a deficiência da política estatal na garantia de certos direitos fundamentais a crianças e adolescentes brasileiros.

Dessa indagação decorre, como resposta mais adequada, a proteção integral, pois o interesse ou o bem jurídico que está sendo tutelado é o bem-estar da criança, e não a satisfação dos interesses do Estado, dos pais ou dos adotantes e de suas disputas pessoais.

É claro que, na realidade, quando se defendem os interesses das crianças e adolescentes, também estão sendo preservados todos os membros da família. Afinal, quando um ente é afetado, todos os outros também o serão; então, defender os interesses da criança é entender suas prioridades e seus reflexos dentro do seio comunitário e familiar.³⁵

Fato é que o princípio do melhor interesse é diretor e balizador do Estatuto da Criança e do Adolescente, seja quando a criança está no seio familiar, seja quando ela está em família extensa ou substituta. Ele deve ser usado como meio de solução para a definição da necessidade ou não da colocação da criança em família substituta.³⁶

Pensando no caso em concreto, o principal objetivo do magistrado, ao decidir sobre a possibilidade ou não de uma adoção, deve ser conciliar os interesses da criança, da família em formação e da família desconstituída. Somente quando não for possível a preservação do conjunto de interesses deverá se priorizar os hipossuficientes, ou seja, as crianças, que são incapazes de tomar decisões por si.³⁷

Sabe-se que o princípio do melhor interesse da criança é garantista, pois busca efetivar os direitos previstos para crianças e adolescentes, por isso ele orienta e limita a decisão judicial e o exercício de outros atos por agentes públicos, não permitindo atuações autoritárias como aquelas que se originavam no Código de Menores.³⁸

Por ter uma atuação extremamente ampla, não há como definir um conceito fixo de “melhor interesse”; o que se estabelece são suas funções, que são: orientar interpretações da legislação atinente a crianças e adolescentes, orientar a resolução de conflitos concretos existentes, balizar políticas públicas, dando caráter prioritário aos interesses das crianças, restringir no mínimo possível os direitos das crianças e adolescentes e nortear as decisões dos pais relativamente a seus filhos.³⁹

Ao mesmo tempo em que a amplitude do princípio do melhor interesse dos filhos dificulta sua aplicação, podendo beirar a arbitrariedade do agente público, de outro lado

³⁵ GROENINGA, Giselle Câmara. Do interesse da criança ao melhor interesse da criança: contribuições da mediação interdisciplinar. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 62, p. 72-83, 2001, p. 82.

³⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 197.

³⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Boletim IBDFAM**. Porto Alegre, v. 8, n. 51, jul./ago. 2008, p. 3-5.

³⁸ CURY, Munir (Coord). Op. cit., p. 426.

³⁹ Ibidem, p. 426-427.

existe a vantagem de se ter um conceito vago, na medida em que ele pode ser interpretado em cada caso e aplicado às mais variadas espécies de situações. Isso quer dizer que o princípio somente adquire eficácia quando aplicado ao caso concreto, ou seja, existirá uma definição de interesse da criança para cada situação fática.⁴⁰

Enfim, pode-se dizer que não existe uma definição do conteúdo de melhor interesse, que é indeterminado e variável, podendo sofrer alterações de acordo com o que cada criança necessitar em cada processo em que couber sua aplicação. Mas, de acordo com os ensinamentos de Maria Clara Sottomayor, mesmo que sofra variações, o interesse da criança contém um núcleo imutável, que pode ser aferido a partir de avaliações objetivas, as quais são mais bem interpretadas por profissionais de psicologia e assistência social. Dentro deste núcleo do princípio está a estabilidade das condições de vida da criança, das suas relações afetivas e do seu ambiente físico e social.⁴¹

Neste sentido, a discricionariedade judicial fica limitada, já que a estabilidade da vida da criança é paradigma para a modificação ou não da condição existente, ou seja, caso a nova situação seja mais benéfica que a situação existente, o juiz poderá alterar as condições existentes; caso contrário, deverá ser mantida a rotina já estabelecida na vida da criança.

Nas palavras de Maria Clara Sottomayor: “[...] Esta noção de estabilidade limita a discricionariedade judicial e constitui um obstáculo à modificação das decisões relativamente a menores, a não ser que as vantagens trazidas pela alteração superem os danos causados pela ruptura com a vida do menor”.⁴²

Os diversos doutrinadores buscam estabelecer paradigmas objetivos que possam auxiliar na aplicação do princípio para a resolução dos casos concretos. Entre os elementos mais citados estão: a qualidade de suas relações afetivas, grau de inserção no grupo familiar, idade, sexo, preferências, temperamento e capacidade de adaptação.

Para Tânia da Silva Pereira, a criança deve ser ouvida em juízo e sua opinião deve ser levada em consideração pelo juiz no momento da decisão, pois, como maior interessado nas questões que envolvem adoção, o adotando deve explicar suas vontades e percepções dos fatos.⁴³ A oitiva do maior de doze anos de idade em processo de adoção,

⁴⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias...** Op. cit., p. 198-199.

⁴¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Quem são os verdadeiros pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológicos. **Revista Direito e Justiça**, v. 16, t. 1, p. 191-229, 2002, p. 197.

⁴² Ibidem, p. 197.

⁴³ PEREIRA, Tânia da Silva (Coord). **O melhor...** Op. cit., p. 28-35.

aliás, é determinada como obrigatória e vinculante pelo artigo 28, parágrafo 2º, do ECA;⁴⁴ já a oitiva do menor de doze anos também deve ser realizada, embora não vincule a decisão judicial.

O julgador não convive com a criança e não é capaz de enxergar de forma clara seus anseios pela mera descrição dos fatos e pelo testemunho de pessoas que convivem com ela, por isso, a participação da criança no processo de adoção é importante. Os colaboradores do juiz — como psicólogos, sociólogos e assistentes sociais —, por meio de seus conhecimentos técnicos, poderão interpretar as necessidades da criança a partir de seu depoimento.⁴⁵

Quanto às qualidades que envolvem os pleiteantes à adoção, variam entre condições materiais, que estão relacionadas com a capacidade financeira de manter o adotando, tais como: renda, profissão, moradia, saúde física e mental, entre outras; e também condições morais, que são: vínculos familiares, capacidade para entender a medida de adoção, vontade de ter um filho, círculo social, noção de responsabilidade, etc.

O estudo social do ambiente familiar e das pessoas que convivem com a criança, especialmente daquelas que serão responsáveis por ela, é necessário para que se possa avaliar o nível de preservação dos meios que proporcionam o desenvolvimento do adotando, tanto no plano físico quanto no plano moral e mental.

O ECA traz em seus artigos critérios para a efetivação da adoção, como o artigo 42, §2º, segundo o qual “para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”. A partir da interpretação deste dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça já relativizou sua interpretação gramatical e decidiu pela possibilidade de adoção por casais homossexuais, bem como a adoção por irmãos, desde que comprovada a estabilidade da família.

Importa ressaltar que as avaliações psicossociais dos pleiteantes à adoção não se restringem à fase de habilitação, devendo ser realizadas especialmente quando a criança passa a conviver com seu futuro pai. A interação é de absoluta importância, sendo, de fato, o que pode fundamentar a colocação da criança em família substituta.

Não basta que os adotantes tenham ótimas referências, se na prática não existir afeto entre aquela família acolhedora e a criança que necessita de um lar.

Ao aplicar as diretrizes supramencionadas ao caso concreto, o juiz deve estar isento

⁴⁴ ECA: “Art. 28 - A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança e do adolescente, nos termos desta Lei. [...] § 2º - Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência.”

⁴⁵ PEREIRA, Tânia da Silva (Coord). **O melhor...** Op. cit., p. 526.

de preconceitos relativos ao comportamento e a outras características dos adotantes, pois deve-se focar na criança, verificando se o ambiente familiar proporciona ou não condições para que ela possa se desenvolver.

A verdade é que não existe uma orientação uniforme nem fatores determinantes que traduzam o princípio do melhor interesse, sendo que cada juiz possui sua própria definição e cada caso concreto apresenta suas peculiaridades e demonstra quais aspectos devem ser considerados para sua análise.

Fato é que, seja por meio do Cadastro de Adotantes ou após o pedido de adoção, as avaliações psicossociais devem ser realizadas.

2 ADOÇÃO

A delicadeza do tema da adoção, em especial por seus principais destinatários, que são crianças e adolescentes — sujeitos dotados de absoluta prioridade por parte do Estado, da família e da comunidade em geral na preservação de seus direitos e garantias fundamentais⁴⁶ —, requer uma visão humanizada. Neste sentido, a doutrina do direito civil constitucional, especialmente em sua ramificação em direito de família, e mais precisamente nos direitos das crianças e adolescentes, demonstra ser a mais adequada para permear este estudo.

Pietro Perlingieri enfatiza a força normativa da Constituição de um Estado como base de todo o ordenamento vigente, na medida em que esta não pode ser vista como mera acolhedora de princípios, mas sim como norte interpretativo de todas as demais normas, voltando-se especialmente para as relações sociais em evolução.⁴⁷

Entende que, tendo em vista a unidade do sistema, sempre que o operador do direito tenha que resolver um problema concreto, deve levar em conta a hierarquia das normas dentro da sistemática legislativa, considerando, portanto, a Constituição como norma hierarquicamente superior às demais, inclusive ao Código Civil, que possui processo de alteração menos severo do que aquele previsto para se alterar a Constituição.⁴⁸

Com isso, o direito civil, que tradicionalmente é conduzido pelas liberdades individuais, relacionadas à não intervenção estatal e à autonomia privada, passa a ser permeado pelos princípios constitucionais.⁴⁹ Com o advento da Constituição de 1988, houve uma quebra de paradigma sobre toda a fundamentação até então atribuída ao direito civil, já que o Estado Democrático de Direito trouxe consigo novos valores fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O conceito de “pessoa humana” difere do conceito de “indivíduo dotado de personalidade jurídica”, cunhado pela legislação civil. Já que independe de uma atribuição por parte do direito, sua definição é anterior, envolve a biologia de ser alguém, de ser

⁴⁶ Artigo 4º, *caput*, do ECA: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”

⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1-6.

⁴⁸ Ibidem, p. 5.

⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas...** Op. cit., p. 4.

humano em suas peculiaridades.⁵⁰ A definição de alguém como indivíduo dotado de personalidade jurídica do direito civil generaliza, enquanto que a definição em pessoa humana particulariza.

O que fundamenta os direitos humanos é a dignidade da pessoa humana, na medida em que todos os indivíduos, apesar de suas diferentes origens, seus costumes peculiares, sua genética e tudo mais que parece os distinguir, são essencialmente iguais,⁵¹ dotados da capacidade única de se autodeterminar e de se comunicar com o outro.⁵²

Este giro na interpretação das relações entre particulares passou a balizar o direito civil, em todas as suas ramificações e, portanto, também influenciou o conceito de família, despatrimonializando-a⁵³, e, conseqüentemente, as premissas que devem balizar o instituto da adoção, ou seja, a promoção do bem-estar social e a vida digna.

Nas palavras de José Fernando Simão, “a dicotomia entre o direito público e o direito privado tende paulatinamente a desaparecer”.⁵⁴ Mais adiante observa:

Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, como consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público e direito privado.⁵⁵

O objetivo da família muda de acordo com cada sociedade, cultura, modo de vida e época. Desde a colonização brasileira até meados do século XX, o lar era provido pelo homem e a família tinha como fundamentações primordiais a manutenção econômica, a reprodução, a política e a religião; já na atualidade, sua função passa a ser proteger e preservar seus entes ao mesmo tempo em que promove a satisfação pessoal de cada um deles.⁵⁶

Antes, a afetividade nem sempre era o ponto central da família, que tinha na filiação biológica o objetivo de perpetuar a espécie e garantir a unidade patrimonial por

⁵⁰ OTERO, Paulo. **Pessoa humana e constituição**: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coords.). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 359-379, p. 359.

⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.

⁵² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**. São Paulo, n. 53, p. 90-101, mar./maio 2002, p. 92.

⁵³ SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: v. 5: direito de família. 7ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 2.

⁵⁴ SIMÃO, José Fernando. Ser ou não ser... Op. cit., p.61.

⁵⁵ Ibidem, p. 62.

⁵⁶ FRAGA, Thelma de Araújo Esteves. **A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto**. Niterói: Impetus, 2005, p. 105.

meio da sucessão hereditária. Tais finalidades tinham como meio legítimo, unicamente, o casamento.⁵⁷ O conceito de família estava ligado a laços de sangue, já que tradicionalmente girava em torno do casamento e dos filhos advindos desta união.⁵⁸

A família era tida como instituição autônoma em relação a seus membros, com finalidades próprias, em que os papéis de cada um eram previamente delimitados, incluindo a falta de aptidão da mulher para decidir sobre seus rumos.⁵⁹

Rompendo com esse modelo, é possível observar que, no Brasil, o surgimento de novas entidades familiares e a proliferação das famílias monoparentais, as quais são alheias à ideia de casal conjugal e, na maioria das vezes, são chefiadas por mulheres, acompanhadas pela independência financeira e social do sexo feminino, foram preponderantes para a inserção de mudanças e inovações no ordenamento jurídico brasileiro.⁶⁰

Assim, a superação da família patriarcal se deu pela aceitação, na sociedade, de novas famílias, que têm outros elos e valores, os quais vão muito além do patrimônio. Com sua desmatrimonialização, na nova realidade a família tende a ser vista pela ótica das pessoas que a integram e não pelo patrimônio que a compõe; assim, o casamento não é requisito essencial para a formação das famílias, que surgem de diversas formas, na maioria das vezes baseadas no afeto.⁶¹

Segundo Perlingieri, embora ainda existam o sangue e o afeto como formas de justificar o parentesco, “o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar”.⁶²

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka introduz o conceito de família eudemonista — pautada pelo afeto —, sendo a busca de cada um por sua satisfação e realização pessoal o aspecto que liga os membros da família:

Hoje, as relações de afeto, ao que parece, caminham à frente nos projetos familiares e, por isso, conduzem à assunção da responsabilidade pela constituição das famílias, bem assim como podem conduzir à interrupção

⁵⁷ FRAGA, Thelma de Araújo Esteves. Op. cit.

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: v. 5: direito de família. Atualização Tânia da Silva Pereira. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 19.

⁵⁹ SILVA, Eduardo. A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: o direito de família entre a Constituição e o Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, . 447-482, p. 451.

⁶⁰ FRAGA, Thelma de Araújo Esteves. Op. cit., p. 39.

⁶¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Repersonalização das Famílias. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 6, n. 24, jun./jul. 2004, p. 137-140.

⁶² PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 244.

do casamento ou da união estável, garantindo a cada um de seus membros, em princípio, o direito à recuperação ou reformulação de seu projeto pessoal de felicidade, mantida a responsabilidade original, em face daqueles que ainda se encontram em liame de dependência.⁶³

Em sua tese de doutorado, Giselle Groeninga alerta que, para a psicanálise, a família é fundamental na formação de um indivíduo, pois “é na família que se aprendem as leis básicas da convivência em sociedade, os valores, a moral e a ética”.⁶⁴

Traduzindo a exposição acima e fazendo uma comparação entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, Washington de Barros Monteiro destaca que:

Nas Disposições Gerais sobre casamento foram eliminadas todas as referências à legitimidade da família oriunda de casamento civil, em respeito à Constituição da República de 1988. Não há mais na família a qualificação de legítima ou ilegítima. A família tanto pode ser constituída pelo casamento como pela união estável, como, ainda, por um dos genitores e sua prole.⁶⁵

De acordo com os ensinamentos de Giselle Groeninga “a finalidade da família é a de proteção física e psíquica, dada pela qualidade de amparo inerente ao ser humano”.⁶⁶ Com esta introdução, esclarece que, a partir de uma dependência biológica da criança em relação aos pais, desenvolve-se o que a psicanálise denomina como psiquismo, ou seja, uma dependência psíquica relacionada às funções materna e paterna. O estabelecimento dessas relações de afeto é essencial para o pleno desenvolvimento dos seres humanos, pois a partir dessa convivência é que se constituirá a estrutura física e mental do indivíduo, bem como a abertura para o estabelecimento de novas formas de convivência, como a ampliação para o relacionamento com os demais parentes da criança e com a comunidade local.

Quanto aos filhos, a Constituição Federal também trouxe a equiparação, em seu artigo 227, § 6º.⁶⁷ A Carta Magna garante os mesmos direitos a todos os filhos, advindos

⁶³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 62, p. 16-24, 2001, p. 19.

⁶⁴ GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência entre pais e filhos**: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no Poder Judiciário. 2011. 260 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 34.

⁶⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: v. 2: direito de família. 37. ed. Atualização Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 16.

⁶⁶ GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência**... Op. cit., p. 35.

⁶⁷ CF: “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. [...] § 6º - Os

ou não do casamento, sejam eles naturais ou adotados, e veda qualquer tipo de discriminação entre eles.

Antes da promulgação da Constituição de 1988, a qual determinou a isonomia no tratamento dos filhos, a filiação era classificada como “legítima”, “ilegítima” e “legitimada”. A segunda dividia-se em “natural” ou “espúria”, enquanto que a última podia ser “simplesmente espúria”, “adulterina” ou “incestuosa”. A par dessas categorias ainda haviam os “adotados”.

Em visão bastante moderna para a época, Orlando Gomes e Nélson Carneiro falavam, já em 1952, sobre a família como uma instituição em constante mutação, vez que não decorre tão somente de um fato biológico, mas essencialmente é fato social humano. Esta postura vanguardista hoje é plenamente aceita pela doutrina contemporânea.⁶⁸ Os mencionados autores identificam que, como tudo na sociedade, a família também passa por transformações e, por isso, exige o acompanhamento da legislação, que deve estar atenta aos fatos sociais ligados à família que necessitem de regulamentação legal.

A legislação da década de 1950, de acordo com o entendimento de Orlando Gomes e Nélson Carneiro, já não correspondia aos anseios da família moderna e contrariava princípios jurídicos, dentre eles a igualdade no tratamento destinado aos filhos.⁶⁹

Assim, a necessidade de colocação de todos os filhos no mesmo patamar era uma exigência social já na década de 1950, mas que veio a efetivar-se somente com o advento da Constituição Brasileira de 1988, que trouxe a equiparação dos filhos, não havendo mais que se falar em filhos legítimos, legitimados ou ilegítimos.

A complexidade das relações de família, que muitas vezes superam a previsão normativa, requer uma nova dinâmica do direito, já que este não pode mais ser indiferente aos fatos e às tensões sociais.⁷⁰ Como uma consequência da natureza humana, a família é fática e ultrapassa os moldes da lei e também da consanguinidade e do instituto do casamento, que é um fenômeno jurídico e social,⁷¹ ou seja, seu surgimento ocorre independentemente do que delimita a lei.

As peculiaridades existentes em cada relação humana, como os motivos que levam uma mãe a entregar seu filho em adoção, não podem ser explicadas e restringidas

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

⁶⁸ CARNEIRO, Nélson; GOMES, Orlando. **Do reconhecimento dos filhos adulterinos**. Rio de Janeiro: Forense, 1952., p. 9-13.

⁶⁹ Ibidem, p. 13.

⁷⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 39-41.

⁷¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Família e casamento...* Op. cit., p. 20-21.

unicamente à letra da lei; o direito, por si, não é capaz de mudar uma realidade social sem ao menos compreender suas nuances. Por isso, impõe-se ao jurista dar um conteúdo real e humano à interpretação das normas, voltando-se às necessidades das pessoas envolvidas em litígios e, em sentido amplo, preservando os interesses de toda a sociedade, já que as crianças são o futuro.

Citando Kant, Paulo Otero afirma que o ser humano é quem fundamenta a existência de um Estado e do próprio direito, já que estes são instrumentos para a proteção de cada indivíduo, que é um fim em si mesmo, e somente a partir da preservação da individualidade de cada pessoa será possível a construção de uma sociedade livre e mais humana.⁷²

Essa evolução no entendimento das relações sociais e familiares refletiu diretamente na compreensão da adoção, bem como alterou a finalidade do instituto jurídico, que hoje se destina a garantir o direito a ser criado no seio de uma família, já que esta, sendo considerada como base da sociedade e, por isso, tendo especial proteção do Estado,⁷³ é instrumento para que seus entes possam atingir seus objetivos pessoais, bem como possam ser produtivos à coletividade. A família já não é vista como um fim em si mesma.

Já na década de 1950, Orlando Gomes e Néelson Carneiro observam a rotação do eixo da família, que sai da relação entre marido e mulher e se volta para a relação entre pais e filhos, apontando para o que mais adiante seria traduzido por meio da teoria da proteção integral. Neste ponto alertam: “A facilidade de dissolução do casamento, tornando precária a união do homem com a mulher, está deslocando o eixo da família para a filiação. A proteção dos filhos se constitui a preocupação fundamental, o motivo precípuo de defesa da família”.⁷⁴

Assim, no tocante à adoção, que é instituto de interesse de toda a coletividade, já que envolve pessoas em situação de proteção especial, esta passa a ser encarada de outra forma, com foco na criança e na importância de sua evolução de maneira saudável.⁷⁵ Deixa-se de ter uma visão individualista e volta-se ao caso em concreto e às peculiaridades de cada situação, refletindo no bem maior da sociedade.

Enfim, o objetivo da Constituição Federal de 1988 ao instituir tais transformações

⁷² OTERO, Paulo. Op. cit., p. 359.

⁷³ Artigo 226, *caput*, Constituição Federal: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

⁷⁴ CARNEIRO, Néelson; GOMES, Orlando. Op. cit., p. 12.

⁷⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: v. 6. 4. ed. Bahia: Jus Podium, 2012, p. 1.025-1.027.

foi garantir a igualdade e a dignidade da pessoa humana, os quais são direitos fundamentais constitucionalmente garantidos a todos os seres humanos.

2.1 Breve retrospectiva histórica

O instituto da adoção sofreu modificações ao longo do tempo e nas diferentes culturas pelas quais existiu, especialmente em relação a seu objetivo e efeitos. A seguir, destacam-se os principais momentos históricos em que esteve presente.

Walter Moraes menciona a existência da adoção entre os povos pré-romanos, mas alerta que pouco se sabe sobre sua estrutura, somente podendo afirmar como elemento comum a essas culturas que era um modo de transferência ou extensão da qualidade de pai.⁷⁶

Em comentários ao vocábulo “adoção”, Antônio Chaves também destaca sua remota aplicação desde a antiguidade, na Mesopotâmia, em Atenas e no Egito, por motivações religiosas, políticas e econômicas. Destaca sua extensa regulamentação no Código de Hamurabi (2283 – 2241 a.C.) e sua importância para o direito romano.⁷⁷

Originalmente, a adoção surgiu com o intuito de perpetuar o culto doméstico, ou seja, nos casos em que o casal não conseguia gerar filhos, a adoção era o meio hábil para manter os laços familiares, tendo em vista que os adotados poderiam continuar a tradição de cultuar os antepassados.⁷⁸ Assim, o único interesse que envolvia a adoção era voltado ao adotante, que manteria a perpetuação de seu nome e de sua família.⁷⁹

Sua origem está ligada à necessidade de se perpetuar a família e o culto à memória dos ancestrais, por meio da criação de um vínculo de filiação com um estranho, assim entendido porque não possuía ligação sanguínea com aquele círculo familiar.⁸⁰

Antonio Chaves lembra que, de acordo com o Código de Manu (IX, 10), “aquele a quem a natureza não deu filhos pode adotar um para que as cerimônias fúnebres não cessem”.⁸¹ Ou seja, de acordo com a legislação hindu, a adoção somente era permitida para

⁷⁶ MORAES, Walter. Adoção: II. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 4, p. 388-403, p. 389.

⁷⁷ CHAVES, Antônio. Adoção: I. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 4, p. 359-388, p. 359.

⁷⁸ CHAVES, Antônio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 47-49.

⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 387.

⁸⁰ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Adoção de adulto**. 2011. 278 p. Tese (Livre-Docência em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 21-23.

⁸¹ CHAVES, Antônio. **Adoção**. Op. cit., p. 49.

aqueles que não tinham filhos.⁸²

Este viés da adoção também prevaleceu em Atenas, já que: “O instituto achava-se organizado para atender, principalmente, à inspiração de caráter religioso, na preocupação fundamental de assegurar a perpetuidade do culto doméstico, como recurso extremo para eximir a família da temível desgraça de sua extinção”.⁸³

A extinção da família era considerada como uma desgraça por gregos e romanos, pois estariam condenados a não perpetuar sua linhagem, e isto não era visto com bons olhos pela sociedade da época.⁸⁴

Artur Marques da Silva Filho destaca que a adoção “serviu, ainda, em alguns povos, para outros fins, dentre eles legitimar filho natural, fundar laços de caráter patrimonial, manter o culto doméstico e transmitir patrimônio”.⁸⁵

Para Fustel de Coulanges, a religião era o principal elemento constitutivo da família antiga, sendo que nem o nascimento, nem o afeto, foram suficientes como fundamento das famílias antigas.⁸⁶ Por este motivo, a adoção teve como princípio a honra dos ascendentes, pela perpetuação do culto doméstico⁸⁷ — tanto que aquele que era adotado logo era introduzido na religião doméstica, sendo obrigado a renunciar ao culto de sua família anterior.⁸⁸

A manutenção do culto aos antepassados era tão relevante para os povos da Antiguidade Clássica que o direito romano apresentava diversas alternativas para aqueles que não conseguiam gerar descendentes, como a possibilidade de divórcio em caso de esterilidade e a substituição do marido por algum parente em caso de impotência ou morte. Foi neste contexto que surgiu o instituto da adoção.⁸⁹

No período romano antigo, o homem ainda não era considerado como um indivíduo, mas sim como membro da comunidade a que pertencia, era apenas uma parte do todo. Em relação à sua situação jurídico-privada, poderia ser entendido como um associado do Estado, do ponto de vista da associação dos cidadãos romanos, ou como um membro da família, sendo esta entendida como uma “associação jurídica monocrática”, já que

⁸² FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **Cidade antiga**. Tradução Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 50.

⁸³ CHAVES, Antônio. **Adoção**. Op. cit.

⁸⁴ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. Op. cit., p. 49-52.

⁸⁵ SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção**: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 70.

⁸⁶ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. Op. cit., p. 35-37.

⁸⁷ Ibidem, p. 49.

⁸⁸ Ibidem, p. 51.

⁸⁹ Ibidem, p. 49-50.

submetida aos mandamentos do poder doméstico do *pater familias*, mas também como uma unidade sacral, pois o culto dos deuses domésticos também era responsável por manter a união de seus membros.⁹⁰

O *patria potestas* permitia ao *pater familias* decidir sobre a vida e a morte daqueles que a ele estavam submetidos; isso envolvia, inclusive, a possibilidade de abandonar um recém-nascido, sendo que, se alguém o criasse, poderia tê-lo sob seu pátrio poder ou como propriedade, dependendo se o tratasse como filho ou como escravo. Além disso, o *pater familias* tinha o poder de alienar seu filho a um terceiro. Neste caso, o objetivo poderia ser entregá-lo para alguém que pudesse sustentá-lo e aproveitar seu trabalho ou mesmo para que ele ficasse livre do *patria potestas*.⁹¹

De acordo com os ensinamentos de Alexandre Corrêa e Gaetano Sciascia, “o poder do *pater familias* tem caráter unitário e se funda em vínculos jurídicos que por princípio prescindem dos vínculos de sangue”.⁹²

Uma vez que os membros da associação doméstica romana estavam submetidos ao *potestas* do *pater familias*, que podia decidir sobre o destino dos familiares, de modo a controlá-los e protegê-los, tal condição os tornava incapazes (não podiam ter patrimônio próprio⁹³), pois, embora os filhos e mulheres fossem livres (podiam contrair matrimônio e gerar filhos legítimos⁹⁴), tinham sua vida e morte sob o domínio do *pater familias*. Já os escravos também estavam submetidos a este poder, mas não tinham liberdade.⁹⁵

O *status familiae* de um indivíduo, no direito romano, determinava sua capacidade para gozar e exercer direitos. As pessoas eram classificadas como *personae sui iures*, de direito próprio, ou *personae alieni iures*, de direito alheio.⁹⁶

Ao longo do período em que vigorou o direito romano, dois foram os fundamentos originários da família, o *ius civile*, que gerava liame entre os membros da família por meio da *adgnatio*, e o liame natural ou de sangue, chamado de *cognatio*, sendo que este último prevaleceu na compilação de Justiniano e deu origem às famílias modernas.⁹⁷

Sendo assim, entre os romanos, um homem poderia ter filhos de origem biológica

⁹⁰ KASER, Max. **Direito privado romano**. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 95.

⁹¹ Ibidem, p. 339-341.

⁹² CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. Op. cit., p. 95.

⁹³ KASER, Max. Op. cit., p. 341-344.

⁹⁴ Ibidem, p. 341-344.

⁹⁵ Ibidem, p. 96.

⁹⁶ CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. Op. cit., p. 45.

⁹⁷ Ibidem, p. 95.

ou de origem legal, por meio da adoção.⁹⁸ A integração de uma pessoa em uma família romana poderia se dar por dois modos: ou por *natura*, ou seja, pelo nascimento de descendente gerado em núpcias legítimas pelo *pater familias* ou por seus descendentes homens, ou ainda por *iure*, caso em que por ato jurídico de *adoptio* ou *conventio in manum* surgia a condição de filho e, conseqüentemente, de membro da família.⁹⁹

Adgnatio, também chamado de *civilis* ou *legitima cognatio*, corresponde ao “vínculo jurídico, subsistente entre os membros de uma família, ligados pelo sexo masculino”.¹⁰⁰ Já *cognatio* ou *naturalis cognatio* corresponde ao vínculo sanguíneo entre pessoas de um mesmo tronco ancestral.¹⁰¹ Sendo assim, *adgnatio* e *cognatio* podem coincidir em determinados casos.

O homem romano que não tivesse ascendentes masculinos em linha reta era considerado *sui iures* e, se não estivesse sujeito ao poder familiar, ainda era considerado *pater familias*, tendo ou não prole, independentemente de sua idade. Havendo pessoas sujeitas ao *pater familias*, eram consideradas *alieni iures*.¹⁰²

Para pertencer à família romana, um indivíduo precisava ser descendente do *pater familias*, ingressar pelo casamento com o *pater familias* ou com um de seus filhos. Ainda, uma pessoa estranha poderia pertencer à família por um ato jurídico, que se dava por intermédio da adoção, na modalidade *adrogatio* ou *adoptio*. Deste modo, o parentesco era determinado pelo ingresso de alguém na comunidade familiar e não necessariamente pelos laços de sangue. Os parentes eram chamados de *agnados*, que eram todas as pessoas livres que se submetiam ao poder de um mesmo *pater familias*.¹⁰³

A adoção no direito romano, em resumo, era dividida em duas espécies: *adoptio* para os casos em que o adotado fosse *alieni iures* e *adrogatio* para os casos em que fosse *sui iures*, ou seja, um *pater familias*.¹⁰⁴

A adoção de um *alieni iures* se dava pela *adoptio*, negócio complexo de acordo com o qual, originalmente, o pai deveria vender o filho por três vezes até que ele ficasse livre de seu poder e passasse ao poder do adotante, que deveria comparecer perante o pretor para confirmar a filiação. No período justiniano, as formalidades foram minoradas e passou a ser necessária somente uma declaração do pai natural e do adotante, com o

⁹⁸ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. Op. cit., p. 49.

⁹⁹ CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. Op. cit., p. 96.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 95-96.

¹⁰¹ Ibidem, p. 96.

¹⁰² Ibidem, p. 45-46.

¹⁰³ KASER, Max. Op. cit., p. 96-97.

¹⁰⁴ CHAVES, Antônio. **Adoção**. Op. cit., p. 50.

consentimento do filho adotando, para a efetivação do processo de adoção.¹⁰⁵ Ou seja, os procedimentos da *adoptio* foram diferentes em dois momentos. No direito clássico,¹⁰⁶ o ato de adotar era complexo, pois se dividia em duas fases: na primeira, o adotante se desvinculava de sua família de origem; na segunda era submetido à *patria potestas* do adotante. Este procedimento foi simplificado no direito justiniano, já que a adoção resumia-se em um acordo entre adotante e adotado perante a autoridade competente. Nesta fase, a adoção passa a imitar a natureza, tornando-se necessário o preenchimento de certos requisitos que aproximavam a adoção da filiação natural.¹⁰⁷

No direito romano clássico, a adoção permitia o ingresso pleno do filho na nova família, com completa separação em relação à família de origem. Já na fase de Justiniano, a adoção plena somente era possível quando o filho era entregue para um parente de sua mãe ou avó. Nos demais casos, o filho permanecia ligado à sua família de origem, adquirindo tão somente direitos sucessórios em relação à família adotiva.¹⁰⁸

Melhor esclarecendo, no direito justiniano havia uma diferenciação entre a *adoptio* plena e a *adoptio minus* plena. Na primeira, um parente do adotando, por exemplo, um ascendente materno, fazia a adoção, enquanto que, na segunda, o adotante não tinha qualquer parentesco com o adotado; nesta hipótese, o adotado permanecia sob o pátrio poder de seu pai, mas adquiria os direitos sucessórios do adotante.¹⁰⁹

Segundo Washington de Barros Monteiro, foi Justiniano quem simplificou o instituto da adoção ao permitir que o pai biológico e o pai adotivo comparecessem perante o magistrado para que fosse efetivada a adoção de comum acordo.¹¹⁰ Pode-se dizer que aí está a origem da adoção *intuitu personae*, já que o genitor entregava seu filho em adoção a quem elege-se apto a recebê-lo como membro de sua família.

Já pela *adrogatio*, “um *pater familias* ingressava, na posição de *filius familias*, na família de outro *pater familias*”,¹¹¹ isso permitia agregar o patrimônio e os entes das duas famílias. Vê-se, portanto, que a adoção também tinha o objetivo essencial de satisfazer as necessidades do adotante, fossem elas de cunho religioso, patrimonial ou hereditário.¹¹²

¹⁰⁵ KASER, Max. Op. cit., p. 346.

¹⁰⁶ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 613. Neste trecho, o autor explica a adoção no direito clássico romano, conforme Gaio (*Institutas*, I, 132 a 135).

¹⁰⁷ Ibidem, p. 614.

¹⁰⁸ KASER, Max. Op. cit., p. 346-347.

¹⁰⁹ CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. Op. cit., p. 97.

¹¹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: v. 2: direito de família. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 247.

¹¹¹ José ALVES, José Carlos Moreira. Op. cit., p. 615.

¹¹² CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 1-2.

Então, a *adrogatio* era o ato pelo qual um *pater familias*, chamado neste ato jurídico de *adrogatus*, e todos os seus dependentes se agregavam a uma outra família, passando estes e todo seu patrimônio, seja ativo ou passivo, a se sujeitar integralmente ao novo *pater familias*, chamado no ato de *adrogator*.¹¹³ Neste caso, haveria uma *capitis deminutio minima* do *adrogatus*, que deixava de ser *pater familias* em relação a seus antigos dependentes e passava a ser *alieni iures*¹¹⁴ do *adrogator*. De outra parte, a *adoptio* em sentido estrito possibilitava o ingresso de um estranho na família que não lhe era natural.¹¹⁵

A *adrogatio* permitia, assim, a adoção de um homem *sui iures* por outro *sui iures*. Com isso, um homem plenamente capaz assumiria a responsabilidade de continuar a família e os cultos inerentes a essa associação após a morte do *pater familias* que o adotou, o ad-rogante.¹¹⁶ O objetivo, enfim, era suprir a falta de uma filiação consanguínea que pudesse perpetuar a celebração aos antepassados, cara aos romanos, já que o ad-rogado ingressava de forma plena na família, como filho-família.

Alexandre Corrêa e Gaetano Sciascia esclarecem esta distinção dizendo:

Há, portanto, entre adrogação e adoção várias diferenças: a primeira diz respeito à pessoa *sui iures*, ao passo que na segunda um sujeito *alieni iures* continua ser tal, mas em outra família; na adrogação se subordinam simultaneamente todos os dependentes do *pater familias* adrogado; o ato acarreta a subordinação apenas do adotado e não de seus filhos. Afinal é proibido fazer adrogação de um impúbere, a não ser prestando certas garantias, ao passo que a adoção pode recair sobre uma pessoa púbere ou impúbere.¹¹⁷

Ainda, por intermédio do testamento *calatis comitiis*, considerado como uma derivação da ad-rogação, alguém atribuía a condição de filho e herdeiro a outrem por meio de testamento, ficando a efetivação da filiação condicionada à morte prévia do testador em relação ao possível futuro filho.¹¹⁸

De acordo com os ensinamentos de Max Kaser e Wolfgang Kunkel, na crise econômica do século IV d.C., que levou a um colapso geral da prosperidade romana e a uma difícil situação financeira de muitas cidades,¹¹⁹ Constantino tolerou a venda de recém-nascidos como forma de evitar o abandono de crianças. Posteriormente, tal permissão

¹¹³ CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. Op. cit., p. 96.

¹¹⁴ Ibidem, p. 100-101.

¹¹⁵ Ibidem, p. 97.

¹¹⁶ KASER, Max. Op. cit., p. 344-345.

¹¹⁷ CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. Op. cit., p. 97.

¹¹⁸ KASER, Max. Op. cit., p. 345.

¹¹⁹ KUNKEL, Wolfgang. **Historia del derecho romano**. Tradução Juan Miquel. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970, p. 142-145.

sofreu pressões eclesiásticas para que fosse extinta, o que fez com que Justiniano permitisse sua aplicação somente em caso de penúria, possibilitando ainda o resgate da criança, mediante pagamento de uma soma e entrega de um escravo.¹²⁰

Interessante ressaltar que, já no direito romano, especificamente no direito justinianeu, exigia-se uma diferença de idade de 18 anos entre adotante e adotado, para que se efetivasse a *adoptio*.¹²¹

Para Max Kaser, a adoção teve papel fundamental na antiguidade romana, pois permitia a continuidade da associação familiar, bem como a perpetuação do nome da família e a conservação do culto doméstico.¹²² Além disso, de acordo com Wolfgang Kunkel, a adoção também representou a possibilidade de sucessão no poder, pois permitia, por um processo político, que o melhor colaborador do líder estatal fosse por ele adotado como seu filho e, assim, pudesse sucedê-lo no poder, sem a necessidade de seguir a linha sucessória sanguínea para a transmissão do controle estatal. Foi o que ocorreu, por exemplo, com Trajano, Adriano, Antônio Pio e Marco Aurélio.¹²³

Durante a Idade Média, o instituto entrou em desuso, tendo em vista a ascensão do cristianismo e a desnecessidade do culto dos antepassados;¹²⁴ além disso, nesse período, os títulos de nobreza eram transferidos por hereditariedade e as adoções poderiam interferir nas linhas sucessórias, o que não era desejado.¹²⁵

A ascensão do cristianismo contribuiu para a desnecessidade do uso da adoção, já que este pregava o sacramento do matrimônio, o qual tinha como uma de suas funções basilares a procriação por meio da constituição de uma prole. Sendo assim, a adoção não seria um modo natural de perpetuação da família; além disso, essa religião já não exigia a filiação como meio imprescindível para a perpetuação do culto aos mortos.¹²⁶

Seguiram-se anos de esquecimento da adoção nos diversos ordenamentos até que o Código Civil Francês de 1804 retomou o instituto, que também passou a ser regulamentado pelas demais legislações modernas, inclusive pela brasileira.¹²⁷ Os artigos 343 a 360 do Código de Napoleão permitiam que os maiores de cinquenta anos de idade, sem filhos ou

¹²⁰ KASER, Max. Op. cit., p. 340-341.

¹²¹ CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. Op. cit., p. 97.

¹²² KASER, Max. Op. cit., p. 344.

¹²³ KUNKEL, Wolfgang. Op. cit., p. 66-67.

¹²⁴ CHAVES, Antônio. *Adoção*. Op. cit., p. 51-52.

¹²⁵ ENEI, Isabel Cardoso da Cunha Lopes. *Adoção intuitu personae*. 2009. 94 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 12.

¹²⁶ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Op. cit., p. 28.

¹²⁷ CARVALHO, Dimas Messias de. Op. cit., p. 2.

sem descendentes legítimos, adotassem.¹²⁸

No Brasil, o Código Civil de 1916,¹²⁹ reproduzindo as regras do direito francês, permitia a adoção por casais que não possuísem filhos, regulando o instituto com o objetivo claro de suprir as necessidades daqueles que não tinham a capacidade de gerar filhos biológicos.¹³⁰

Antes da promulgação do Código Civil de 1916, vigorava no Brasil a legislação portuguesa, que tinha nas Ordenações Filipinas¹³¹ a regulamentação não propriamente da adoção, mas de certos aspectos do relacionamento entre adotante e adotado, como as citações que o segundo poderia fazer em relação ao primeiro.

O alvará de 22 de abril de 1808 determinava a competência da Mesa do Desembargo para despachar sobre as confirmações de perfilhamentos; em seguida, Lei publicada em 22 de setembro de 1828 concedeu aos juízes de primeira instância o poder de decidir sobre os casos de adoção. Tal legislação prevaleceu até o advento do Código Civil de 1916, que consolidou a matéria.¹³²

A Lei n. 3.133/1957¹³³ buscou alterar a conceituação da adoção, atribuindo-lhe um caráter assistencial, já que permitiu a adoção por casais que já tivessem filhos naturais. Ocorre que a diferenciação entre os filhos advindos do casamento e aqueles advindos da adoção se consolidou, já que estes últimos não tinham direito à sucessão hereditária.¹³⁴ Esta lei alteradora também reduziu a idade mínima para os adotantes, que passou a ser de trinta anos e não mais cinquenta, uma vez que a idade avançada quase que impossibilitava o instituto, pois pessoas mais velhas não tinham grande interesse em adotar crianças. Também reduziu a idade entre adotantes e adotando, que passou de dezoito anos para dezesseis anos, como prevalece até os dias de hoje no ordenamento brasileiro vigente.¹³⁵

A Lei n. 3.133/1957 inovou mais uma vez ao permitir que casais que já tivessem filhos também adotassem, porém estabeleceu diferenças entre os filhos naturais (chamados “legítimos”, “legitimados” ou “reconhecidos”) e os filhos adotivos, que ficavam excluídos da sucessão hereditária.¹³⁶ Além disso, os filhos adotivos também não criavam laços com

¹²⁸ CHAVES, Antônio. **Adoção**. Op. cit., p. 56.

¹²⁹ Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.

¹³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 1.027.

¹³¹ Ordenações Filipinas. Livro III, Título 9, § 2º. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas>>. Acesso em: 9 jul. 2012.

¹³² CHAVES, Antônio. **Adoção**. Op. cit., p. 53-56.

¹³³ A Lei n. 3.133/1957 modificou os artigos 368, 369, 372, 374 e 377 do Capítulo V (Da Adoção) do Código Civil de 1916.

¹³⁴ CARVALHO, Dimas Messias de. Op. cit., p. 2-3.

¹³⁵ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Op. cit., p. 139.

¹³⁶ Artigo 377, Código Civil de 1916: “Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou

os demais membros da família, já que o parentesco restringia-se ao adotante e ao adotado.¹³⁷ Sendo assim, havia uma classificação entre filhos, que não gozavam da mesma importância dentro da família.

A Lei n. 3.133/57, combinada com o artigo 134, I, e com o artigo 375, primeira parte, ambos do Código Civil de 1916, permitia a adoção por meio de escritura pública, sendo tão somente necessário o consentimento do adotante e do adotando (ou de seu representante legal em caso de incapaz ou nascituro¹³⁸) para a efetivação da adoção. Bastava a formalização por meio de instrumento público para que alguém fosse adotado, sem a necessidade de intervenção judicial.¹³⁹ Portanto, a natureza jurídica do instituto era contratual, podendo inclusive ser revogado pelas partes, como ensina Washington de Barros Monteiro.¹⁴⁰

Destaca-se ainda que os direitos e deveres do parentesco natural não se extinguíam pela adoção, com exceção ao pátrio poder.¹⁴¹

Pode-se dizer que, no Brasil, o objetivo da adoção começou a ser alterado com o advento da Lei n. 3.133/57, que passou a ter como preocupação primordial a situação social de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar. Isso porque, ao permitir a adoção por casais que já tinham prole natural, deixou de encará-la como última alternativa à esterilidade ou à necessidade de transmissão de bens patrimoniais e passou a focar na melhoria de condições materiais e morais das crianças abandonadas.¹⁴²

É evidente que a Lei n. 3.133/57 ainda guardava resquícios protecionistas em relação à família dos adotantes, tanto que os filhos naturais e os filhos adotivos não recebiam o mesmo tratamento por parte da legislação. Mas não se pode negar que a mencionada lei foi um avanço para o que hoje temos como objetivo da adoção, qual seja, o bem-estar de crianças e jovens por meio da preservação de sua dignidade como pessoa humana.

Além da modalidade denominada “simples”, como era chamada a adoção descrita acima, surgiu, com o advento da Lei n. 4.655/65, a legitimação adotiva, a qual era

reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária.”

¹³⁷ Artigo 376, Código Civil de 1916: “O parentesco resultante da adoção (art. 336) limita-se ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais, a cujo respeito se observará o disposto no art. 183, ns. III e V.”

¹³⁸ Artigo 372, Código Civil de 1916: “Não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro.”

¹³⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso...** 12. ed., 1973. Op. cit., p. 248-251.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 252.

¹⁴¹ Artigo 378, Código Civil de 1916: “Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo.”

¹⁴² ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Op. cit., p. 73-74.

irrevogável e dependia de decisão judicial, não bastando a escritura pública.¹⁴³

A legitimação adotiva permitia a perfilhação do “infante exposto”, do “menor abandonado” até os sete anos de idade e do filho natural reconhecido apenas pela mãe, que não pudesse prover o seu sustento, desde que a criança não fosse reclamada por qualquer parente por mais de um ano.¹⁴⁴

“Infante exposto” era entendido como aquele cujos pais eram desconhecidos ou que autorizavam a perfilhação por escrito. Já “menor abandonado” era aquele cujos pais eram destituídos do pátrio poder.¹⁴⁵

A legitimação dos maiores de sete anos de idade somente era possível se à época em que completara esta idade a criança já estivesse sob a guarda dos legitimantes.¹⁴⁶

A legitimação adotiva é considerada como uma precursora da adoção plena, pois ela permitia a recepção do sobrenome do legitimante pelo legitimado, bem como a alteração do prenome da criança. Desse modo, proporcionava a integração absoluta da criança à família acolhedora.¹⁴⁷

Essas modificações na legislação brasileira então vigente acompanharam as transformações ocorridas em todo o mundo depois do advento das duas Guerras Mundiais. Durante a 1ª Guerra Mundial, a adoção ressurgiu com força, objetivando o acolhimento de crianças órfãs e a diminuição da delinquência juvenil, ambas fruto da miséria resultante do conflito,¹⁴⁸ e, com a 2ª Guerra Mundial, reforçou-se o caráter assistencialista da adoção, de caridade e de solidariedade,¹⁴⁹ o que, como veremos, não prevalece nos dias de hoje.

Em seguida, a Lei n. 4.655/65 foi expressamente revogada pelo Código de Menores (Lei n. 6.697/79), que introduziu no ordenamento a adoção plena, a qual veio em substituição à legitimação adotiva. Ainda persistiu no sistema a adoção simples, também chamada de contratual ou civil, que continuou a ser regulada pelo Código Civil de 1916.

A adoção plena, instituída pelo Código de Menores, aboliu a necessidade de idade

¹⁴³ DIAS, Maria Berenice. **Manual...** Op. cit., p. 471.

¹⁴⁴ Artigo 1º da Lei n. 4.655/1965.

¹⁴⁵ Observa-se que neste período ainda se utilizava a terminologia “pátrio poder” e não “poder familiar”, como estabelece hoje o Código Civil vigente. A modificação do termo que designa a relação entre pais e filhos acompanhou a evolução nas relações familiares e mudou seu foco ao longo dos anos, já que se distanciou de sua função originária, de ser um poder em relação aos filhos, e passou a ser exercido em favor das crianças, sendo um encargo (*munus*) que ressalta os deveres dos pais. Ou seja, o interesse dos pais passa a estar condicionado aos interesses dos filhos, como alerta Paulo Luiz Netto Lôbo em: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8371/do-poder-familiar>>. Acesso em: 7 jul. 2012.

¹⁴⁶ Artigo 1º, § 1º, da Lei n. 4.655/1965.

¹⁴⁷ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Op. cit., p. 38.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 30 - 31.

¹⁴⁹ SILVA FILHO, Artur Marques da. Op. cit., p. 70.

mínima para a adoção, criou a necessidade de um estágio de convivência entre adotantes e adotados antes da concretização da adoção e permitiu que qualquer um pudesse adotar, independentemente de seu estado civil, já que antes somente pessoas casadas podiam adotar. Gilberto Caldas entendeu, à época, que o instituto transferiu-se para o “direito do menor”,¹⁵⁰ já que visava regular o atendimento ao “menor em situação irregular”, ou seja, aquele que estava fora de uma família.¹⁵¹

Interessante era a visão do doutrinador da época em que ainda vigorava o Código de Menores e não havia equiparação entre os filhos havidos do casamento e fora dele. Na década de 1970, Washington de Barros Monteiro critica o instituto da adoção e esclarece que deve ser analisado com reservas, vez que não é somente um meio para transmitir nome e patrimônio, pois pode ser utilizado para burlar a proibição legal, vigente à época, de reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos, pois seriam introduzidos na família por meio da adoção, tornando-se instituto incompatível com a existência da família legítima, originada no casamento.¹⁵²

Percebe-se que a visão da época era voltada à proteção do instituto da família e do patrimônio, não havendo preocupação com a situação jurídica da criança que estava fora de um seio familiar, tanto que Washington de Barros Monteiro alerta para a desnecessidade da adoção para se amparar uma criança abandonada, dizendo que “[se cuida] de instituto supérfluo, porque dele não carece o adotante, em absoluto, para acolher e amparar filhos de outrem, ou para proteger criaturas desvalidas e abandonadas”.¹⁵³

Como, à época, ainda não havia sido introduzida a teoria da proteção integral no Brasil, a adoção não era tida como um modo de garantir direitos às crianças e adolescentes afastados de sua família natural, seja qual fosse a motivação; era apenas um meio de satisfazer as necessidades daqueles que desejavam um filho, como traduz o pensamento da década de 1970 de Washington de Barros Monteiro, segundo o qual:

Sem embargo de todas essas críticas, a adoção desempenha papel de inegável importância, Trata-se de instituto filantrópico, de caráter acentuadamente humanitário, que constitui válvula preciosa para casamentos estéreis, assim dando aos cônjuges os filhos que a natureza

¹⁵⁰ A expressão “direito do menor” foi utilizada, neste caso, em seu sentido objetivo, como o conjunto de normas jurídicas que regulavam as relações envolvendo os menores de dezoito anos. Embora não concordemos com a utilização da palavra “menor”, tal como já exposto anteriormente, a doutrina nacional da época utilizava essa expressão.

¹⁵¹ CALDAS, Gilberto. Op. cit., p. 44-45.

¹⁵² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso...** 12. ed., 1973. Op. cit., p. 247.

¹⁵³ Ibidem, p. 247.

lhes negara.¹⁵⁴

A adoção era tida como instituto filantrópico e não como instituto jurídico apto a garantir o direito à convivência familiar e comunitária, além de outros direitos inerentes à condição jurídica de filho, como direitos hereditários, direito a alimentos, direito ao nome, dentre outros. A adoção era tida como uma caridade ou benemerência daquele mais abastado em relação aos desamparados sem pais conhecidos ou com pais sem recursos financeiros.¹⁵⁵

Fica claro, a partir das exposições apresentadas, que o objetivo da adoção, até então, era dividido em dois, primeiro satisfazer os anseios daqueles que não podiam ter filhos de forma natural e, por outro lado, adequar juridicamente a criança que se encontrava em situação irregular.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira legislação brasileira a determinar a igualdade entre os filhos, não possibilitando espaço para nenhum tipo de distinção em relação a seus direitos e às obrigações paternas para com eles, bem como foi a primeira a afastar a teoria da situação irregular e instituir a teoria da proteção integral.¹⁵⁶

Em sequência, incorporando definitivamente a teoria da proteção integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8.069/90) passou a regular a adoção de crianças e adolescentes, ficando a cargo do Código Civil a adoção de maiores de dezoito anos de idade.

A chamada Lei de Adoção (Lei n. 12.010/2009) alterou artigos do ECA e, assim, provocou profundas alterações na adoção de crianças e adolescentes, muitas das quais são extremamente relevantes para este estudo e serão mais bem apuradas a seguir.

Além disso, a Lei n. 12.010/2009 determinou nova redação aos artigos 1.618 e 1.619 e revogou os artigos 1.620 a 1.629 do Código Civil de 2002, que até então regulavam a adoção de adultos, ou seja, maiores de dezoito anos de idade. Com isso, a adoção de crianças e adolescentes segue inteiramente os dispositivos do ECA, enquanto que a adoção de adultos passa a depender da assistência efetiva do Poder Público e de sentença constitutiva, sendo que os mesmos princípios aplicáveis à adoção de crianças e adolescentes devem ser aplicados à adoção de maiores no que couber, esvaziando os dispositivos do Código Civil.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 247-248.

¹⁵⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso...** 12. ed., 1973. Op. cit., p. 248.

¹⁵⁶ A diferenciação entre essas teorias e a importância da substituição da primeira pela segunda foram descritas no item 1.1, supra, tendo em vista sua relevância para o trabalho.

Ao trazer a discussão sobre a complexidade do tema da adoção de adulto na atualidade, visto que o Código Civil determina que os procedimentos a serem adotados sejam os mesmos descritos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, José Luiz Gavião de Almeida ressalta as constantes alterações sofridas pelo fundamento do instituto da adoção, já que antes o modelo era, claramente, voltado para garantir o interesse do adotante e, ultimamente, é voltado à proteção do incapaz, fundamentalmente quando este não possui família.¹⁵⁷

No que tange à adoção de adultos, José Luiz Gavião de Almeida, acompanhado de outros juristas, como Maria Helena Diniz e Zeno Veloso, entende necessária a delimitação, distinção e individualização dos requisitos para esta modalidade, tendo em vista a importância do consentimento do adotando e os interesses envolvidos, uma vez que aqui o cerne não é a preservação daquele que se encontra em situação de vulnerabilidade, mas sim a manutenção dos “justos interesses da família”.¹⁵⁸

Maria Clara Sottomayor resume como se desenrolou o entendimento sobre as crianças e adolescentes no plano histórico.

O direito de menores exige do julgador a consideração de que a criança é uma pessoa autónoma em relação a seus pais e não um objecto destes. Este princípio é recente na nossa cultura. Já os direitos dos pais são antigos, remontam ao direito romano que lhes atribuía o direito de vida ou de morte relativamente aos filhos, o direito de venda e o direito de exposição. A crueldade destes poderes foi-se suavizando pela influência do cristianismo e devido a causas económicas e sociais, chegando aos nossos dias, a partir da revolução individualista do século XIX, o princípio segundo o qual o filho é um sujeito de direitos. Dentro de um movimento de funcionalização dos direitos subjectivos, passa-se progressivamente de uma visão egoísta dos direitos subjectivos para uma visão altruísta, determinada pelo aprofundamento da consciência social no sentido da solidariedade para com os mais fracos. O poder paternal deixou de ser entendido como um poder absoluto para passar a ser um poder funcional, um direito-dever que visa realizar o interesse do menor e também a auto-realização dos pais enquanto tal, pois, a situação desejável é a de uma coincidência entre os interesses dos filhos e os interesses dos pais. Contudo, havendo conflito entre estes interesses, prevalece o interesse do menor.¹⁵⁹

Extraí-se desta breve digressão histórica que o foco de interesses da adoção foi alterado, na medida em que se reconheceu a parte hipossuficiente e merecedora de proteção especial no processo de adoção. Aliada a este entendimento construiu-se, ao

¹⁵⁷ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Op. cit., p. 13.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 44.

¹⁵⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Op. cit., p. 196-197.

longo de uma evolução social, a aceitação da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, protegidos, assim como qualquer outra pessoa humana, pelo princípio da dignidade.¹⁶⁰

Aliás, foram o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à convivência familiar e comunitária que impulsionaram a alteração do foco da adoção para a hipossuficiência de crianças e adolescentes.

Pode-se dizer, atualmente, que o adotante é mero beneficiário reflexo do instituto da adoção, pois sendo a criança o principal indivíduo em um processo de adoção, pelo conceito de família eudemonista, o adulto que passará a ser pai ou mãe desta criança também desfrutará das vantagens decorrentes do convívio familiar.

Embora a adoção ainda tenha resquícios de um caráter assistencial, ou seja, o acolhimento de uma criança desamparada do convívio familiar, já não é um favor altruístico do adotante o fato de adotar. Ao contrário, ele não é mais o principal sujeito da relação familiar a ser formada, uma vez que é o Estado quem dirá se ele é apto ou não a exercer a função de pai de determinada criança. Não é mais o pleiteante à adoção que escolhe, como em um negócio jurídico, o objeto do contrato de adoção; é o Poder Judiciário que avalia a capacidade do sujeito de adotar ou não.¹⁶¹

2.2 Conceito

Antonio Chaves entende a adoção como “ato sinalagmático e solene, pelo qual, obedecidos os requisitos da Lei, alguém estabelece, geralmente com um estranho, um vínculo fictício de paternidade e filiação legítimas, de efeitos limitados e sem total desligamento do adotando da sua família de sangue”.¹⁶²

Este conceito não parece adequado quando se refere aos efeitos da adoção, já que a única modalidade hoje admitida pelo sistema vem compreendida entre os artigos 39 a 52-D do ECA e corresponde à antiga adoção plena, hipótese em que o adotando ingressa de forma integral na família do adotante, na condição de filho, sem qualquer diferenciação em relação aos demais.¹⁶³

Ou seja, com a adoção plena o adotado adquire a plenitude dos efeitos jurídicos

¹⁶⁰ SILVA FILHO, Artur Marques da. Op. cit., p. 70.

¹⁶¹ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Op. cit., p. 74-75.

¹⁶² CHAVES, Antônio. **Adoção**. Op. cit., p. 23.

¹⁶³ Artigo 41, *caput*, ECA: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.”

inerentes à condição de filho. Como declara Maria Berenice Dias, “a adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade”;¹⁶⁴ o adotado passa a ter vínculos parentais com o adotante e com todos os outros membros da família; ele se desliga das relações parentais anteriores e passa a ter direitos hereditários.

Define-se a adoção, ainda, como um “ato jurídico solene e bilateral, que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas naturalmente estranhas umas às outras”.¹⁶⁵ Aí está outra polêmica sobre o conceito de adoção, tendo em vista que não há um consenso doutrinário sobre a natureza jurídica do instituto da adoção — se ato, negócio jurídico, instituto ou criação *sui generis* da lei.¹⁶⁶

Em conceito compartimentado, Walter Moraes, ao analisar a adoção, a reparte em quatro elementos: “a) é ato jurídico (negócio); b) que modifica a relação de filiação; c) pela extensão, a outrem, da subjetividade paterna; d) reformulando o estado de família do sujeito”.¹⁶⁷

Para José Luiz Gavião de Almeida, a adoção tem natureza de ato jurídico em sentido estrito.¹⁶⁸ O autor a define “juridicamente como um ato complexo e solene, pelo qual se estabelece um parentesco civil, em primeiro grau e em linha reta, entre adotante e adotado e uma relação parental entre o adotado e a família do adotante”.¹⁶⁹

Para Paulo Lôbo, “a adoção é ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, pois depende de decisão judicial para produzir seus efeitos”; diz ainda que é ato jurídico personalíssimo e irrevogável.¹⁷⁰

Outras definições clássicas de adoção, como a de Clóvis Beviláqua¹⁷¹ e a de Silvio Rodrigues,¹⁷² trazem-na como aceitação do adotante em receber um estranho como filho, dando à adoção caráter de ato unilateral, condizente com a visão tradicional de que a finalidade da adoção era suprir as necessidades daquele que quisesse ter um filho.¹⁷³

Complementando o clássico conceito introduzido por Clóvis Beviláqua, José Luiz Gavião diz que a adoção:

¹⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual...** Op. cit., p. 472.

¹⁶⁵ CARVALHO, Dimas Messias de. Op. cit., p. 1.

¹⁶⁶ CHAVES, Antônio. **Adoção**. Op. cit., p. 29.

¹⁶⁷ MORAES, Walter. **Adoção: II**. Op. cit., p. 389.

¹⁶⁸ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Op. cit., p. 246.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 72.

¹⁷⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁷¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. 7. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1943, p. 351. Para o doutrinador, adoção é “ato pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho”.

¹⁷² RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: v. 6: direito de família. Atualização Francisco José Cahali. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. O autor define adoção como “ato do adotante pelo qual traz ele, para sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha”.

¹⁷³ LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit., p. 50.

Trata-se de ato jurídico que a lei emprestou qualidade de pessoalidade e irrevogabilidade, e atribuiu a pessoa comumente estranha a uma família a condição de filho para todos os efeitos, perdendo o adotado os vínculos com seus pais biológicos, ressalvados os relativos aos impedimentos matrimoniais. Exigiu, ainda, atuação do Poder Judiciário para sua criação.¹⁷⁴

Hoje, como anota Dimas de Carvalho, “Não se trata a adoção de um ato de caridade, mas o estabelecimento de uma relação de filiação sem vínculos biológicos, que se dá no campo do afeto e do amor, independente de genética, construída na convivência, no afeto recíproco”.¹⁷⁵

A partir daí, extrai-se que o motivo legítimo exigido pelo ECA, em seu artigo 43,¹⁷⁶ para a concessão da adoção só pode ser um: a vontade de ter um filho, ou seja, o desejo de acolher e criar uma criança, passando a ela seus valores. Esta é a única motivação que leva à formação de uma família baseada no afeto, na afinidade e no respeito mútuo. Em contrapartida, a adoção também deve gerar reais vantagens para o adotando, ou seja, deve ser a medida que melhor atende a suas necessidades.

Uma interpretação sistemática do ECA permite entender que o fundamento precípua da adoção, atualmente, é a possibilidade de dar à criança, que não tem condições de permanecer junto à sua família natural ou extensa, um lar, onde ela possa constituir laços de afinidade e afetividade, que lhe permitam desenvolver ao máximo suas atribuições físicas, psicológicas e intelectuais.

Isso porque o ECA considera a adoção como medida excepcional e privilegia a família natural, por entender que os laços sanguíneos atendem melhor às necessidades da criança.¹⁷⁷

Adoção é matéria de direito, mas não só, visto que envolve os sentimentos e as relações humanas; por isso, não pode ser tratada como questão posta. Cada caso singular que envolver a adoção de uma criança ou de um adolescente deve ser compreendido com cautela e sensibilidade e, após analisado, deve ser moldado de acordo com os preceitos que a legislação determina. Assim, não é o caso que deve se adaptar à lei de modo absoluto; é a

¹⁷⁴ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Op. cit., p. 72-73.

¹⁷⁵ CARVALHO, Dimas Messias de. Op. cit., p. 4-5.

¹⁷⁶ Art. 43, ECA: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.”

¹⁷⁷ Art. 39, ECA: “A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei. § 1º - A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.”

lei que deve ser entendida à luz dos fatos, daí a importância dos princípios e da flexibilização que eles proporcionam para o entendimento da matéria.

3.3 Natureza jurídica

Da dificuldade na definição de adoção decorre outro problema, que é como classificá-la de acordo com sua natureza jurídica.

Pontes de Miranda ensina que os fatos do mundo ou interessam ao direito ou não interessam. Interessando, entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico, pela incidência das regras jurídicas. Os fatos jurídicos em geral podem ser divididos em fatos jurídicos *stricto sensu* (concepção, nascimento com vida, duração da vida até certo momento, loucura, parentesco, aquisição da propriedade pela percepção dos frutos), fatos jurídicos ilícitos (responsabilidade por caso fortuito ou força maior), ato-fato ilícito (mau uso da propriedade, tomada de posse com violação de posse de outrem, gestão de negócios contra a vontade presumível ou manifestada do dono), atos ilícitos *stricto sensu*, atos-fatos jurídicos (tradição da posse, tomada de posse, ocupação, especificação, abandono da posse, pagamento), atos jurídicos *stricto sensu* (constituição de domicílio, gestão de negócios sem mandato, restituição do penhor, perdão, quitação), negócios jurídicos (denúncia, outorga de poder, autorização, derrelicção, constituto possessório, *cessio actio nis*, promessas unilaterais, contratos).¹⁷⁸

A partir desta reflexão, para Pontes de Miranda, a adoção é ato jurídico solene, “pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação fictícia de paternidade e filiação”. Trata-se, portanto, de uma ficção jurídica.¹⁷⁹

Há quem defina a adoção como um contrato, já que, originariamente, como se viu acima, a natureza do instituto da adoção era negocial, com viés contratual entre os adotantes e os pais naturais do adotando, ou entre o adotante e o adotado, quando este possuía capacidade jurídica, já que podia ser realizada até mesmo por escritura pública, sem a necessidade de intervenção estatal. Dentre estes autores, Antonio Chaves destaca Eduardo Espínola e Planiol.¹⁸⁰

Nesse período, a adoção possuía caráter contratual, e tinha como foco a atenção dos

¹⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**: t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 186.

¹⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**: t. 9. Atualização Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 247.

¹⁸⁰ CHAVES, Antônio. **Adoção**. Op. cit., p. 29-30.

interesses de um casal sem filhos e não, propriamente, os interesses da criança abandonada. Mas essa caracterização não pode prevalecer nos dias de hoje, tendo em vista que a adoção é irrevogável, ou seja, não pode ser afastada por simples acordo de vontade entre as partes envolvidas.

Antonio Chaves questiona a natureza jurídica contratual da adoção, dizendo que:

A noção civilística clássica do contrato não oferece explicação suficiente, pois repugna a ideia de contrato aplicada nas relações de filiação. A decisão absoluta que se concede ao pai, ou à autoridade judicial, a necessidade de que, aos requisitos rigorosos da lei, se acrescentem justos motivos, o interesse social, impõem a conclusão que se trata de um instituto de ordem pública, cuja plena virtualidade depende de um ato jurídico individual.¹⁸¹

Acertadamente, Antonio Chaves afasta a natureza jurídica contratual da adoção, como ainda vista por alguns, já que resquício do direito romano, mas peca ao entendê-la sempre como ato jurídico individual, já que persiste a necessidade de participação dos pais biológicos com sua manifestação de vontade, bem como a manifestação de vontade dos adolescentes e crianças, sendo que a dos primeiros é sempre vinculante na decisão judicial.

Por ser definitiva e irrevogável, a adoção enseja o preenchimento de requisitos específicos por parte dos pleiteantes à adoção, como o estágio de convivência e o cadastramento prévio em registro oficial, os quais serão apurados por meio de processo judicial, aliado a avaliações técnicas psicossociais.

O próprio Antonio Chaves entende a adoção como instituto de ordem pública, que gera situação jurídica permanente, embora ainda tenha como resquício a exigência da manifestação de vontades.¹⁸²

A questão da vontade parece ser o ponto culminante tanto para a definição da natureza jurídica da adoção quanto para a possibilidade ou não da adoção *intuitu persona*, a partir da legislação vigente.

Aliás, a necessidade do consentimento — seja dos pais biológicos que aceitarão a adoção, seja da criança e do adolescente que devem, necessariamente, manifestar sua vontade em juízo, como exige o ECA — caracteriza a bilateralidade da adoção.

Mesmo com essa característica da bilateralidade, não parece correta a afirmação de que a adoção *intuitu personae* seria uma espécie de contrato, já que a anuência dos pais e a vontade dos adotantes não bastam para a efetivação da adoção. A intervenção judicial é

¹⁸¹ CHAVES, Antônio. Adoção: I. Op. cit., p. 362.

¹⁸² Idem. **Adoção**. Op. cit., p. 30-32.

imprescindível na verificação da real vantagem do ato para a criança ou o adolescente. Além disso, a natureza contratual traria uma significação de objeto para a criança envolvida, o que é veementemente afastado pela legislação constitucional e estatuísta.

Devido ao resquício da necessidade de manifestação de vontade, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald entendem que:

A partir dessas ideias, em especial da necessidade de manifestação de vontade pelo adotante e pelo adotando e pela imprescritibilidade de chancela estatal, é possível antever na adoção uma natureza de *ato complexo*, exigindo para seu aperfeiçoamento diferentes momentos jurídicos.¹⁸³

Para Maria Berenice Dias, a adoção é “ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial”.¹⁸⁴ Em razão da necessidade de intervenção estatal, uma vez que o vínculo somente se dará por meio de sentença judicial, entende-se que o viés assistencial supera o contratual, mesmo porque o Judiciário exercerá o *munus* público de fiscalizar a atenção aos interesses da criança.

Outros doutrinadores, como Arnaldo Wald, entendem a adoção como uma ficção jurídica capaz de criar um parentesco civil que não é natural.¹⁸⁵ Neste sentido também está o pensamento de Orlando Gomes.¹⁸⁶

Da legislação que trata do tema depreende-se que a adoção é meio de colocação da criança ou do adolescente em família substituta, visando a preservação de seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária. A partir dessa alocação legal, pode-se entender que a adoção tem, atualmente, natureza assistencial, não em um viés de caridade, mas no sentido de que é uma medida de proteção¹⁸⁷ aplicada a crianças e adolescentes em situação de risco, embora, frise-se, ainda seja necessária a manifestação dos pais do adotando, quando possível.

2.4 Perfil da adoção no Brasil contemporâneo

Antes de iniciar propriamente o tema da adoção *intuitu personae*, torna-se necessário apresentar um breve panorama sobre o quadro da adoção no Brasil

¹⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 1.030.

¹⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual...** Op. cit., p. 472.

¹⁸⁵ WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: o novo direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 269.

¹⁸⁶ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 340.

¹⁸⁷ CURY, Munir (Coord). Op. cit., p. 190.

contemporâneo.

O artigo 50, § 5º, do ECA, introduzido pela Lei n. 12.010/2009, prevê que serão criados e implantados cadastros estaduais e nacionais de crianças e adolescentes em condições de serem adotados, bem como de pessoas interessadas e habilitadas a adotar. Anteriormente a esta alteração sofrida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a Resolução n. 54, de 29 de abril de 2008, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já dispunha sobre a implantação e o funcionamento de um Banco Nacional de Adoção, inclusive se autoelegendo como órgão responsável pelos dados nele contidos.¹⁸⁸

Embora este cadastro seja sigiloso, em razão da preservação da intimidade das partes envolvidas, especialmente das crianças e adolescentes, recentemente, em notícia divulgada por seu *website*,¹⁸⁹ o CNJ divulgou dados estatísticos sobre as principais características de quem pode ser adotado e de quem deseja adotar.

A partir de tais informações é possível construir um perfil da adoção no Brasil, o qual é traduzido pelos gráficos a seguir expostos, ressaltando-se que os termos transcritos nas análises e interpretações realizadas são os mesmos utilizados na reportagem, tal qual “raça”, por exemplo.

Sobre esse termo, aliás, importante frisar que, embora o estudo sobre o perfil dos adotantes e das crianças e adolescentes aptos a serem adotados, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, mencione a “raça” como critério para definir a etnia dessas pessoas, é importante destacar que o conceito de “raças” não é cientificamente comprovado e, de acordo com estudos contundentes, deve ser rechaçado, pois foi introduzido ao longo da história da humanidade para justificar a dominação de determinados grupos em relação a outros, envolvendo episódios de discriminação, opressão e exploração.¹⁹⁰

O geneticista Sérgio Pena, na obra “Humanidade Sem Raças?”, afirma a

¹⁸⁸ O Cadastro Nacional de Adoção (CNA) é um sistema que uniformiza os dados de crianças e adolescentes aptos a adoção e pretendentes. É gerenciado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e, para preservar os inscritos, é de acesso restrito, podendo ser consultado tão somente por juízes de direito atuantes nas varas da infância e juventude, promotores de justiça com atribuição para a infância e juventude, Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção (CEJAs), Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional (CEJAIs), Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH) e auxiliares dos juízes, como serventuários e técnicos da justiça da infância e juventude. Portanto, não foi possível o acesso ao conteúdo direto do CNA para esta pesquisa; no entanto, o CNJ disponibiliza matérias jornalísticas com os dados do CNA, sem, contudo, revelar a identidade das partes envolvidas. (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Adoção: Guia do Usuário**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/cadastro-adocao/guia-usuario-adocao.pdf>>. Acesso em 23 de outubro de 2013). Os gráficos reproduzidos abaixo são baseados em matéria divulgada pelo CNJ, disponível para livre acesso.

¹⁸⁹ SOUZA, Giselle. Cadastro tem 5,2 mil crianças. **Portal Conselho Nacional da Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/19552:cadastro-tem-52-mil-criancas&catid=223:cnj>>. Acesso em: 5 jun. 2012.

¹⁹⁰ PENA, Sergio D. J. **Humanidade sem raças?** São Paulo: Publifolha, 2008, p. 3-5.

necessidade de desconstrução do conceito de raça, já que, para ele, a introdução das raças na cultura mundial se deu por um processo criativo de determinados grupos que buscavam classificar outros seres humanos como inferiores. Para o estudioso, “Perversamente, o conceito tem sido usado não só para sistematizar e estudar as populações humanas, mas também para criar esquemas classificatórios que parecem justificar o *status quo* e a dominação de alguns grupos sobre outro”.¹⁹¹

Hoje, não é possível identificar os seres humanos a partir de uma escala de valor, já que geneticamente todos são essencialmente iguais, ainda que cada um tenha suas peculiaridades que os individualize.¹⁹²

Surgem duas questões relevantes a partir da análise das informações trazidas pelo Conselho Nacional de Justiça. A primeira está relacionada ao fato de que, por um lado, existem mais crianças pardas e negras institucionalizadas e aptas a serem adotadas, ou seja, cujos pais foram destituídos do poder familiar. De outro lado, aqueles que desejam ajudar buscam crianças consideradas brancas.

Não há que se dizer que a pigmentação da pele de uma pessoa determina sua individualidade, suas características psíquicas ou mesmo seu “valor” — se é que a dignidade humana pode ser valorada —, mas é interessante atentar para os dados apresentados e questionar por que tantas crianças institucionalizadas são “classificadas” como sendo pardas ou negras, identificando qual o reflexo dessa informação para a sociedade brasileira e para o quadro da adoção no Brasil.

Neste ponto, é interessante perceber a razão pela qual o Conselho Nacional de Justiça ainda utiliza o termo “raça”, embora já existam inúmeros estudos que afastam a utilização da palavra e do conceito intrínseco a ela. Parece que ainda é utilizada porque persiste dentro dos pleiteantes à adoção a vontade de manter uma semelhança física com aquele a quem pretende ter como filho, em uma busca de uma identidade fenotípica.

Esses questionamentos apontam para a desigualdade a que ainda estão submetidos os negros e pardos no Brasil, e apontam para a discriminação latente que ainda existe na sociedade brasileira.

Quanto à destituição do poder familiar, é possível identificar como causa o abandono material, que essencialmente está relacionado à falta de recursos materiais e à falta de suporte do Estado para a transformação social na vida de determinada comunidade. Não há um projeto social efetivo que vise trabalhar uma família desestruturada, seja

¹⁹¹ PENA, Sergio D. J. Op. cit., p. 3.

¹⁹² Ibidem, p. 4.

financeiramente, seja emocionalmente, para que ela se torne hígida e possa proporcionar todos os meios para que seus membros se desenvolvam de forma plena. Nestes casos, quando o Estado falha na manutenção da criança junto de sua família natural, promove o afastamento das crianças e dos adolescentes na busca de sua colocação em uma família substituta, o que, por vezes, também não se mostra uma prática exitosa, vez que ainda é grande o número de crianças e adolescentes que crescem sem a perspectiva de compor um núcleo familiar.

A manutenção de crianças e adolescentes em instituições de acolhimento é reflexo da incapacidade do Estado em proporcionar a seus cidadãos o mínimo existencial necessário a uma vida digna, embora estejam entre os fundamentos e objetivos do Brasil a dignidade da pessoa humana, a busca por uma sociedade mais livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza, bem como o combate a qualquer espécie de discriminação — aspectos que estão intrinsecamente relacionados.¹⁹³

Como a pobreza ainda é, na prática, razão para a destituição do poder familiar, embora o ECA afaste essa possibilidade,¹⁹⁴ nota-se que a esmagadora maioria das crianças que se encontram acolhidas é originária de famílias de baixa renda.

Existem, então, duas batalhas que devem ser enfrentadas pelas autoridades que atuam no sistema de garantias de crianças e adolescentes. A primeira é investir nas famílias para a manutenção da criança em sua família natural, até que se esgotem tais possibilidades, e, concomitantemente, incentivar os pleiteantes à adoção a ter menos restrições em relação àqueles que desejam ter como filhos.

Permitir o preenchimento de uma série de requisitos sobre o perfil da criança que se deseja ter como filho chega a ser algo cruel, preconceituoso e que demonstra inversão de valores, pois o Estado não se preocupa em encontrar uma família que seja adequada às necessidades de uma criança ou adolescente específico, mas sim em buscar uma criança que se enquadre nos desejos do adulto que quer um filho.

¹⁹³ CF: “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. [...] Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

¹⁹⁴ Artigo 23, ECA: “A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. Parágrafo único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.”

O preconceito que permeia a adoção não se relaciona somente com a cor da pele do adotando, mas também com sua idade. Essa constatação se dá por uma análise superficial do quadro da adoção no Brasil, já que os adotantes desejam, em sua maioria, ter como filhos crianças entre 0 (zero) e 3 (três) anos de idade. Porém, tal desejo se choca com a idade média de crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente, que está acima dos padrões exigidos pelos adotantes.

O que mais espanta neste ponto é que as exceções ao Cadastro de Adotantes, colocadas no artigo 50, § 13, do ECA parecem estimular a manutenção da visão dos adotantes, pois para este dispositivo legal somente é possível adotar de forma direta as crianças que tenham mais de 3 (três) anos de idade. Melhor esclarecendo, é certo que o objetivo é estimular a adoção de crianças mais velhas, mas acaba por se criar uma fila de adoção de bebês.

Ao mesmo tempo em que o Cadastro de Adotantes tem o objetivo de prevenir fraudes, incentiva a manutenção do desejo dos adotantes de ter consigo crianças recém-nascidas, permanecendo estável o quadro das crianças mais velhas e dos adolescentes que também têm direito à convivência familiar e comunitária.

O primeiro dado que chama a atenção é a disparidade entre o número de pretendentes à adoção, registrados no Cadastro Nacional de Adotantes, e o número de crianças e adolescentes aptos a serem adotados.

Gráfico 1 - Número de pretendentes versus número de crianças e adolescentes habilitados para adoção

Fonte: Conselho Nacional de Justiça – CNJ¹⁹⁵

¹⁹⁵ SOUZA, Giselle. Op. cit.

À diferença do pensamento comum, há muito mais pretendentes, pouco mais de 28 mil, do que crianças e adolescentes aptos a serem adotados, cerca de 5,2 mil. Isto significa que, em média, supostamente, há 5,35 pretendentes por criança ou adolescente.

Aparentemente, os números supracitados podem parecer acalentadores, uma vez que, em uma análise rasa, dão a entender que os jovens para adoção têm diversos pretendentes. Entretanto, eles escondem uma realidade muito diferente, perversa até. A pergunta que deve ser feita é: se há tantas pessoas dispostas a adotar, por que estas crianças continuam na fila de adoção?

Ora, em tese, todos esses 5.240 infantes deveriam estar adotados. Infelizmente, a realidade prova que a diferença entre a aparência e a realidade é abismal, afinal, esta não é uma análise puramente matemática, mas essencialmente social e jurídica.

Desagregando o número total de jovens aptos à adoção pela “raça” de cada um deles, observa-se que a maioria deles é parda, seguida de brancos, e, a minoria, de negros. Dos exatos 5.240 infantes aptos a ser adotados no país, à data da publicação da notícia do CNJ (25 de maio de 2012), 2.406 (ou 45,92%) eram pardos, 1.771 (33,80%) brancos, 999 (19,06%) negros e apenas 64 (1,22%) de outras “raças”.

Gráfico 2 - Crianças e adolescentes aptos à adoção classificadas por “raça”

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁹⁶

Na outra ponta, tem-se que, dos 28.041 pretendentes à adoção, 25.492 (ou 90,91% do total) aceitam adotar crianças ou adolescentes brancos. Esta proporção cai para 61,87%

¹⁹⁶ SOUZA, Giselle. Op. cit.

(17.349 pessoas) com relação a jovens pardos e para 34,99% (9.812 pretendentes) com relação a negros.

Gráfico 3 - Nível de aceitação das “raças” de crianças e adolescentes entre os pretendentes à adoção

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁹⁷

Neste ponto, torna-se mister frisar, novamente, que este trabalho é — e não poderia deixar de ser — permeado pelo campo científico da sociologia em muitos dos seus conceitos e teses. Entretanto, não cabe no escopo deste estudo tentar compreender por que há mais crianças e adolescentes pardos para adoção do que brancos ou negros.

Interessa perceber, em âmbito jurídico, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) pode ajudar, efetivamente, estes jovens a conseguirem uma vida melhor. Interessa identificar os principais pontos fortes e fracos do ECA na concretização de suas previsões.

A esta altura, cabe também a questão sobre a atuação do ECA no auxílio à adoção de crianças com mais de três anos de idade, já que a “raça” não é a única variante a influenciar o “biotipo” que os pleiteantes à adoção desejam ter como filhos.

Como observado no gráfico abaixo, apenas 23,99% das pessoas que desejam adotar uma criança aceitam que ela tenha mais de 36 meses.

¹⁹⁷ SOUZA, Giselle. Op. cit.

Gráfico 4 - Preferência de idade das crianças e adolescentes a serem adotados

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁹⁸

Infelizmente, não foram divulgados pelo CNJ dados mais específicos, mas os números permitem inferir que, à medida que uma criança fica mais velha, mais improvável torna-se a sua adoção.

Outro aspecto a ser destacado é que o CNJ informa que 33,04% dos pretendentes querem adotar apenas meninas.

A notícia ainda menciona que o levantamento realizado aponta que 77,16% das crianças cadastradas têm irmãos, mas, dentre os pretendentes à adoção, apenas 18,08% estão dispostos a adotar um grupo de irmãos. Lembrando que o ECA privilegia a manutenção de irmãos em uma mesma família, de acordo com seu artigo 28, § 4º.

Os dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça consideram apenas as crianças que já não podem ser reinseridas em seu seio familiar natural, o que exclui o grande número de crianças e adolescentes que vivem em instituições de acolhimento,¹⁹⁹ sem que seu destino tenha sido definido.

Tais dados também excluem as crianças e adolescentes incluídos no Programa de Acolhimento Familiar, com previsão no artigo 34 do ECA,²⁰⁰ que se trata de medida de proteção transitória e emergencial, consistente na colocação de criança em risco junto a

¹⁹⁸ SOUZA, Giselle. Op. cit.

¹⁹⁹ O programa de acolhimento institucional é medida de proteção prevista no artigo 101, VII, do ECA, de caráter provisório e excepcional, cabível como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo possível para colocação em família substituta.

²⁰⁰ Art. 34, ECA: “O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar. § 1º - A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei. § 2º - Na hipótese do § 1º deste artigo a pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento familiar poderá receber a criança ou adolescente mediante guarda, observado o disposto nos arts. 28 a 33 desta Lei.”

família de apoio devidamente cadastrada, que por ela se responsabilizará apenas enquanto se decide sobre seu destino, independentemente de qualquer pretensão de seu acolhimento definitivo. A regularização desta medida se dará pela colocação em família substituta na modalidade guarda.

O acolhimento familiar (tal como a adoção internacional) é alternativa ao acolhimento institucional, pois, enquanto este expõe a criança a riscos psicológicos e emocionais, devido ao tratamento impessoal recebido, embora proporcione assistência material, aquele promove o convívio em uma família, que atenderá às necessidades emergenciais da criança ou do adolescente, sem, contudo, a intenção de acolhimento definitivo. As chamadas “famílias de apoio”, que devem ser avaliadas e cadastradas junto ao juízo de infância, correspondem a um acolhimento familiar desinteressado.

Essa medida pode ser entendida como uma violência contra a criança, que pode sofrer com o desligamento posterior, mas é importante para aquelas crianças e principalmente adolescentes que não estão sob o poder familiar, não têm família extensa e não têm chances reais de serem adotados.

A explicação aparente para que tantas crianças ainda estejam acolhidas, embora haja grande número de interessados na adoção, é a seguinte: as tentativas de reinserção na família biológica e os procedimentos judiciais voltados à destituição do poder familiar podem ser ambos morosos, tendo em vista a prioridade na manutenção da criança junto à sua família natural ou extensa, conforme se depreende do artigo 39, § 1º, do ECA, que trata a adoção como medida excepcional. Apesar dessa demora, por outro lado, o tempo de crescimento das crianças é extremamente célere.

A destituição do poder familiar, medida judicial prévia e necessária para que seja efetivada a adoção quando a criança ainda tem pais vivos, é extremamente séria e considerada como excepcional a partir do advento da Lei n. 12.010/2009.

De acordo com a interpretação do artigo 19, § 3º, do ECA,²⁰¹ antes da destituição do poder familiar, devem ser tomadas todas as medidas possíveis por parte do Estado para a manutenção da criança em sua família natural, como, por exemplo, a inclusão da família em programas assistenciais, tal como Bolsa Família,²⁰² programas de moradia e

²⁰¹ Art. 19, ECA: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. [...] § 3º - A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei.”

²⁰² “O Programa Bolsa Família (PBF) é um programa de transferência direta de renda que beneficia famílias

acompanhamento pela rede de apoio da assistência social, por meio dos Centros de Referência de Assistência Social – CRAS,²⁰³ especialmente porque a situação de pobreza, mesmo que em casos extremos, não é motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar e, portanto, não autoriza, por si, a medida de inclusão da criança em família substituta, como preleciona o artigo 23, *caput* e parágrafo único, do ECA.²⁰⁴

Neste sentido, esclarece a jurista portuguesa Maria Clara Sottomayor que os direitos fundamentais dos pais também devem ser levados em consideração no curso da ação de destituição do poder familiar que visa a uma futura adoção,²⁰⁵ já que o Estado deve, antes de acolher uma criança, apartando-a do convívio com seus pais, fornecer os meios necessários para que esta família possa suprir as necessidades de suas crianças, seja do ponto de vista material, seja do ponto de vista psicossocial, sem que seja

em situação de pobreza e de extrema pobreza em todo o País. O Bolsa Família integra o Plano Brasil Sem Miséria (BSM), que tem como foco de atuação os 16 milhões de brasileiros com renda familiar per capita inferior a R\$ 70 mensais, e está baseado na garantia de renda, inclusão produtiva e no acesso aos serviços públicos. O Bolsa Família possui três eixos principais focados na transferência de renda, condicionalidades e ações e programas complementares. A transferência de renda promove o alívio imediato da pobreza. As condicionalidades reforçam o acesso a direitos sociais básicos nas áreas de educação, saúde e assistência social. Já as ações e programas complementares objetivam o desenvolvimento das famílias, de modo que os beneficiários consigam superar a situação de vulnerabilidade. O Programa atende mais de 13 milhões de famílias em todo território nacional de acordo com o perfil e tipos de benefícios: o básico, o variável, o variável vinculado ao adolescente (BVJ), o variável gestante (BVG) e o variável nutriz (BVN) e o Benefício para Superação da Extrema Pobreza na Primeira Infância (BSP). Os valores dos benefícios pagos pelo PBF variam de acordo com as características de cada família — considerando a renda mensal da família por pessoa, o número de crianças e adolescentes de até 17 anos, de gestantes, nutrízes e de componentes da família. A gestão do Bolsa Família é descentralizada e compartilhada entre a União, estados, Distrito Federal e municípios. Os entes federados trabalham em conjunto para aperfeiçoar, ampliar e fiscalizar a execução do Programa, instituído pela Lei 10.836/04 e regulamentado pelo Decreto nº 5.209/04. A seleção das famílias para o PBF é feita com base nas informações registradas pelo município no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, instrumento de coleta de dados que tem como objetivo identificar todas as famílias de baixa renda existentes no Brasil. Com base nesses dados, o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) seleciona, de forma automatizada, as famílias que serão incluídas no PBF. No entanto, o cadastramento não implica a entrada imediata das famílias no Programa e o recebimento do benefício.” (BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. **Bolsa Família**. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia>>. Acesso em: 21 de abril de 2013).

²⁰³ “O Centro de Referência de Assistência Social (Cras) é uma unidade pública estatal descentralizada da Política Nacional de Assistência Social (PNAS). O Cras atua como a principal porta de entrada do Sistema Único de Assistência Social (Suas), dada sua capilaridade nos territórios e é responsável pela organização e oferta de serviços da Proteção Social Básica nas áreas de vulnerabilidade e risco social. Além de ofertar serviços e ações de proteção básica, o Cras possui a função de gestão territorial da rede de assistência social básica, promovendo a organização e a articulação das unidades a ele referenciadas e o gerenciamento dos processos nele envolvidos. O principal serviço ofertado pelo Cras é o Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família (Paif), cuja execução é obrigatória e exclusiva. Este consiste em um trabalho de caráter continuado que visa fortalecer a função protetiva das famílias, prevenindo a ruptura de vínculos, promovendo o acesso e usufruto de direitos e contribuindo para a melhoria da qualidade de vida.” (BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. **Centro de Referência de Assistência Social**. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/protecaobasica/cras>>. Acesso em: 21 de abril de 2013).

²⁰⁴ Art. 23, ECA: “A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. Parágrafo único - Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.”

²⁰⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Op. cit., p. 194.

fundamentalmente necessária a desvinculação completa da família.

No que tange à adoção *intuitu personae*, deve o Poder Judiciário avaliar se, no caso em concreto que lhe é apresentado, os pais biológicos não estão entregando seu filho para os futuros adotantes única e exclusivamente porque não têm condições financeiras de sustentar sua prole, uma vez que, nestes casos, devem-se ofertar os meios materiais disponibilizados pelo Estado para que a família natural, entregue sua criança para adoção de modo livre e consciente, ou seja, somente se este for seu real desejo e não contrariados unicamente pela realidade da pobreza em que vivem.

Não pode, de forma alguma, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente ser corrompido para sustentar o alijamento de um filho do convívio com seus pais, fundamentando-se na preservação de seus direitos e interesses, sem que se tente de todas as formas a manutenção na família natural.

Para garantir que os direitos dos pais biológicos sejam respeitados no processo de manutenção da criança em seu seio familiar, Maria Clara Sottomayor entende que a rede de proteção à criança, formada pelos órgãos assistenciais governamentais, deve ser composta de técnicos, inclusive juristas, que esclareçam aos pais sobre seus direitos e deveres em relação a seus filhos e também sobre o suporte estatal que existe para auxiliá-los no exercício das vertentes inerentes ao poder familiar.²⁰⁶

Se na ação de destituição do poder familiar houver desrespeito aos direitos dos pais, poderá ser declarada a nulidade da sentença e, conseqüentemente, a nulidade da sentença posterior que decretou a adoção.

Ocorre que, não sendo as crianças objetos que possam ser devolvidos a seus “proprietários legítimos”, não poderão simplesmente ser devolvidas aos pais biológicos. No caso concreto, deverá ser estudada alternativa para corrigir os erros do julgamento, como, por exemplo, a realização de visitas à criança pelos pais biológicos. Isso porque “o interesse do adotado e a defesa da estabilidade do vínculo estão acima dos direitos dos pais biológicos e dos pais adotivos”.²⁰⁷

Voltando aos gráficos apresentados e sumarizando-os, o perfil da criança adotável no Brasil é: menina, branca, menor de 3 (três) anos de idade.

A partir dessas observações, surge a questão central do presente estudo, qual seja: o afastamento da possibilidade da adoção direta restringe ou não ainda mais a possibilidade de inclusão de crianças institucionalizadas no seio de uma família?

²⁰⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Op. cit., p. 194.

²⁰⁷ Ibidem, p. 194.

A institucionalização prolongada mantém crianças e adolescentes fora do seio de uma família, seja ela natural ou substituta, perpetuando a vivência em locais impessoais e desprovidos da experiência que a convivência familiar pode proporcionar ao desenvolvimento de qualquer pessoa. E, como se percebeu pelos gráficos apresentados, quanto mais velha fica uma criança, mais difícil é a probabilidade de sua adoção.

Ao burocratizar o instituto da adoção, criando diversos obstáculos à sua efetivação, o Estado desestimula a colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas, relegando-os a uma juventude dentro de uma instituição impessoal de acolhimento. Ao mesmo tempo, não se trazem elementos para que a população mais carente de estudo e, portanto desinformada, tenha acesso aos meios para a elaboração de um planejamento familiar ou mesmo a meios de vida para a manutenção de suas crianças consigo.

Além disso, cada vez menos crianças alijadas do convívio com sua família natural tem a possibilidade de desfrutar da comunhão de vida em um lar substituto, já que, em paralelo à indiferença estatal, a biotecnologia avança e proporciona meios alternativos para a realização da maternidade e da paternidade.

Como bem expõe Lúcia Maia de Paula:

Em contrapartida, caminha a passos largos o avanço da Medicina na área da genética e da inseminação artificial, porque cada vez mais a adoção não é vista como uma opção à realização da paternidade. A adoção manteve sua pecha de trilha tortuosa, sofrida, morosa, insegura, enquanto que a inseminação artificial tem, através das técnicas modernas e na inexistência de barreiras jurídicas, da não discussão das questões éticas que muitas vezes a envolvem, sido caminho mais ágil, seguro, desburocratizado para se alcançar a paternidade.²⁰⁸

Há uma série de fatores que colidem e desencadeiam as estatísticas demonstradas nos gráficos apresentados. A sociedade, o Estado e a família ainda não são capazes de desempenhar de forma plena seus papéis e proporcionar a efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes previstos na Constituição Federal brasileira, tampouco aqueles previstos em tratados internacionais. Ainda persiste a necessidade da elaboração de um projeto sólido e integrado de políticas públicas nas áreas do direito, da sociologia, da psicologia e da assistência social para a solução, não absoluta, mas talvez eficaz, da situação de crianças e adolescentes que ainda hoje são abandonados em latas de lixo — como se vê diariamente nos noticiários de jornal.

²⁰⁸ FREITAS, Lúcia Maia de Paula. Adoção: quem em nós quer um filho? **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 3, n. 10, p. 146-156, jul./set. 2001.

3 ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*

Quando se trata de adoção *intuitu personae*, há que se fazer um alerta, pois esta modalidade pode aparecer de duas formas diferentes: na hipótese clássica, os genitores entregam o filho para um terceiro, pois desejam que estes assumam a responsabilidade sobre a criança na condição de (novos) pais; já na segunda hipótese, certa pessoa ou casal deseja adotar criança específica, pois mantém com ela laços de afetividade.

De acordo com Antonio Fonseca, trata-se de uma espécie de adoção dirigida, que também pode ocorrer quando alguém deseja adotar determinada criança, pois com ela possui vínculos de afeto, não passando pelo Cadastro de Adotantes,²⁰⁹ que seria o caso da segunda subespécie de adoção *intuitu personae*.

Na primeira vertente, a adoção *intuitu personae* deriva de uma relação de confiança pessoal; consiste na entrega voluntária dos pais, normalmente somente da mãe, de seu filho a uma família conhecida, na qual ela confia, por isso corresponde a uma adoção consentida, consensual.²¹⁰ Ou seja, trata-se de caso em que a mãe biológica entrega diretamente seu filho a um casal por ela eleito.

Nesse mesmo sentido, para Rolf Madaleno, “adoção *intuitu personae* é aquela em que os pais dão consentimento para a adoção em relação a determinada pessoa, identificada como pessoa certa ou para um casal específico, estando presentes os demais pressupostos para a adoção”.²¹¹ Na adoção direta, os pais naturais somente concordam com a adoção quando deferida à pessoa por eles indicada em razão da confiabilidade depositada nos adotantes; por isso, ela se estrutura na pura manifestação de vontade dos pais.

De acordo com o artigo 45 do ECA, em qualquer situação, o deferimento da adoção exige o consentimento dos pais ou representantes legais do adotando — este somente será dispensado quando os pais forem desconhecidos ou forem destituídos do poder familiar. E, para os adotandos maiores de doze anos de idade, também é necessária sua concordância com a medida.²¹²

O artigo 166, §§ 1º a 6º, do ECA esclarece que, na hipótese de concordância, os titulares do poder familiar serão orientados sobre a gravidade e definitividade da medida;

²⁰⁹ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Op. cit., p. 146.

²¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Adoção:** entre o medo e o dever. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/ado%E7%E3o_-_entre_o_medo_e_o_dever_-_si.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2012, p. 1.

²¹¹ MADALENO, Rolf. Op. cit., p. 627.

²¹² FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Op. cit., p. 163-167.

depois, deverão ser ouvidos em juízo.

As alterações promovidas pela Lei n. 12.010/2009 no mencionado artigo 166 prescrevem, ainda, que o consentimento só terá validade se prestado de forma livre, sem qualquer vício do consentimento. Deve, também, ser verbal — não pode ser escrito —, justamente para que o juiz possa avaliar o grau de discernimento do genitor ao manifestar-se pela entrega de seu filho. Tendo em vista ainda a orientação para manutenção da criança na família natural ou extensa, o consentimento é personalíssimo e retratável, podendo ser revogado até a data da sentença e somente terá valor após o nascimento da criança.²¹³

Essas disposições do ECA reforçam a importância da manifestação de vontade dos pais nos rumos que a vida de sua prole irá tomar, já que desta concordância ocorrerá a ruptura definitiva dos laços de parentesco existentes.²¹⁴ Sem o consentimento dos pais biológicos, a adoção somente será possível depois que houver uma ação judicial que promova a destituição do poder familiar, ou seja, deve haver motivo justificável que autorize afastar a criança de sua família natural.

O artigo 1.638 do Código Civil traz as condutas perpetradas pelos pais que ensejam a perda do poder familiar.

O poder familiar é um conjunto de direitos e meios outorgados aos pais que lhes possibilitam o exercício do instituto em favor do melhor interesse de seus filhos;²¹⁵ por esta interpretação, vê-se que os pais sabem (ou ao menos deveriam saber) qual a melhor forma de conduzir a vida de seus filhos; por isso, a eles seria permitido decidir sobre a entrega da criança a um terceiro de sua confiança, como um ato de amor.

A partir destas observações preliminares, surgem dois modos de se encarar a adoção *intuitu personae*.

Pela primeira visão, a adoção direta não tem mais cabimento no ordenamento brasileiro, pois, muitas vezes, está permeada por fraude, já que a entrega da criança se faz mediante o pagamento de determinada quantia, como se a criança fosse mercadoria, caracterizando o crime previsto no artigo 238 do ECA.²¹⁶

O poder familiar tem como características próprias: a irrenunciabilidade, na medida em que há um interesse de ordem pública envolvido na prestação de meios para o

²¹³ RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vívian Cristina Maria; SOUZA, Ionete de Magalhães. **Nova lei de adoção comentada**: Lei n. 12.010 de 03 de agosto de 2009. 2. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2012, p. 283-287.

²¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 1.032.

²¹⁵ COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 66-67.

²¹⁶ Artigo 238, ECA: “Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou promessa. Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa. Parágrafo único – incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa.”

desenvolvimento da criança; a intransmissibilidade, já que ele decorre da parentalidade; e a imprescritibilidade, pois o poder familiar não se extingue pelo seu não exercício ou eventual amenização do exercício por fatores alheios à vontade dos pais — por exemplo, pela atribuição de guarda em favor de apenas um dos genitores.²¹⁷ Por essas características, não caberia aos pais o poder de governar a vida dos filhos, pela transferência de algo que, por suas características, é personalíssimo.

Para coibir esta prática, a Lei n. 12.010/2009 reforçou a necessidade da habilitação prévia do pleiteante à adoção, com seu registro em um Cadastro de Adotantes, sendo que somente em casos excepcionais o respeito a este cadastramento poderá ser afastado.²¹⁸

O artigo 50, § 13, do ECA traz as hipóteses, aparentemente em rol taxativo, em que a adoção poderá ser deferida independentemente de prévio cadastro de candidato domiciliado no Brasil: quando se tratar de pedido de adoção unilateral,²¹⁹ quando o pedido for formulado por parente com o qual a criança possua vínculos de afinidade e afetividade, ou quando o pleiteante possuir a guarda jurídica de criança maior de três anos de idade,²²⁰ desde que não haja má-fé e que o tempo de convivência seja suficiente para caracterizar a afetividade.

Murilo Digiácomo, em comentário ao artigo 50, § 13, do ECA, defende a importância do rigor da cronologia e da inscrição no Cadastro de Adotantes, esclarecendo que:

Quis o legislador, de um lado, privilegiar a tutela ou guarda legal em detrimento da guarda de fato, assim como criar entraves à chamada “adoção intuito personae”, que geralmente envolve crianças recém-nascidas ou de tenra idade, que são confiadas à guarda de fato de terceiros, de forma completamente irregular, não raro à custa de paga ou promessa de recompensa (caracterizando assim o crime tipificado no art. 238 do ECA). Pessoas interessadas em adotar devem ter consciência de que o único caminho a seguir é o caminho legal, com a prévia habilitação (e preparação) à adoção, não podendo a Justiça da Infância e da Juventude ser complacente com aqueles que agem de má-fé e/ou usam de meios escusos para obtenção da guarda ou adoção de uma criança.²²¹

²¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual...** Op. cit., p. 414.

²¹⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. p. 59-60.

²¹⁹ Adoção unilateral é aquela em que o cônjuge ou companheiro adota o filho de seu consorte, sem que isso provoque a extinção dos vínculos entre a criança e seu genitor, ou seja, a linha sucessória é alterada somente por parte do adotante. É um modo de oficializar a paternidade socioafetiva, como esclarece Maria Berenice Dias em: DIAS, Maria Berenice. **Manual...** Op. cit., p. 478-480.

²²⁰ Neste ponto, o ECA se volta à realidade brasileira, pois o legislador sabe que crianças com mais de três anos de idade têm pouquíssimas chances de ser adotadas, caso sejam retiradas da família em que vivem e colocadas em acolhimento institucional, como se viu no quadro explicitado no item 2.4.

²²¹ CURY, Munir (Coord). Op. cit., p. 237-238.

Há jurisprudência que corrobora este entendimento:

Agravo de Instrumento – Ação de guarda – Revogação de liminar de guarda provisória de recém-nascida concedida a terceiros – Criança entregue a eles pela mãe biológica, logo após o nascimento, por não ter condições de criá-la – Irregularidade que levou a instauração de medida de proteção da infante – Suspensão do poder familiar e determinação de busca e apreensão da infante – Guarda de fato exercida de forma irregular – Ausência de autorização judicial – Menor em situação de indefinição civil – Inexistência de vínculo afetivo definitivo entre o bebê e o casal – Circunstâncias fáticas que impõem a manutenção da decisão – Agravo desprovido.²²²

Para os que entendem dessa forma, a adoção direta sempre estará permeada pela violação dos direitos da criança e pela prevalência dos interesses daqueles que desejam, a qualquer custo, ter um filho. Ocorre que, ao adotar esta posição radicalizada, afasta-se da realidade, já que, no Brasil, a entrega de filhos a padrinhos é culturalmente disseminada e até os dias de hoje ainda é prática corriqueira.²²³

Se o legislador entende que a família natural é o local adequado para o desenvolvimento das crianças deve criar meios para isso, ou seja, deve realizar políticas públicas que afastem as pessoas da pobreza e permitam-nas criar seus filhos em ambiente de dignidade, respeitando-se os preceitos da Constituição Federal, já que, como bem estudado pela psicóloga Lygia Santa Maria Ayres, a maioria das mães que entregam seus filhos são aquelas que não possuem estrutura financeira para criá-los, ou seja, a entrega não se dá muitas vezes pelo descaso, mas sim pelo amor.²²⁴

Ao analisar os motivos que normalmente são levantados para afastar a possibilidade da adoção direta, passa-se a crer que o problema não está no instituto em si, mas em certas situações de risco que podem estar ligadas à efetivação desta modalidade. Não há como mudar um comportamento tão antigo apenas presumindo que as pessoas cumpram o disposto na Lei. É claro que a lei deve ser respeitada e cumprida, mas, em determinados casos, justificados, pode ser relativizada em benefício da estabilidade na vida da criança.

Por esses motivos surge uma segunda visão, segundo a qual a lei não pode acabar com a adoção *intuitu personae*, pois vigora o princípio do melhor interesse da criança. A defesa vai no sentido de que nem todas as situações devem ser observadas sob o mesmo ângulo, especialmente tendo em foco a grande diversidade das relações sociais existentes

²²² PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 0548300-9**. Relator Augusto Lopes Cortes, julgado em setembro de 2009.

²²³ ENEI, Isabel Cardoso da Cunha Lopes. Op. cit., p. 16.

²²⁴ AYRES, Lygia Santa Maria. **Adoção: de menor a criança, de criança a filho**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 205.

atualmente e a fragilidade com que elas se constroem.²²⁵

As situações sociais e os acontecimentos fáticos que ocorrem, infelizmente, em um país como o Brasil, que não proporciona informações suficientes para que as pessoas façam um planejamento familiar, acabam gerando situações em que crianças desamparadas são acolhidas por terceiros.²²⁶ Tais situações, inevitavelmente, proporcionam o surgimento de vínculos de afeto entre as partes envolvidas, e tais sentimentos não podem ser desatados nem mesmo pela lei.

Pensando de modo legalista, a lei não permite, expressamente, a adoção direta, mas, a partir de um ponto de vista principiológico, o melhor interesse da criança, que está acima de qualquer norma positivada, permite a manutenção de qualquer situação, mesmo que não expressa na lei, a fim de que seja preservada a criança, seu bem-estar e suas possibilidades de desenvolvimento.²²⁷

Como bem destaca Maria Berenice Dias:

Em face da garantia da convivência familiar, há toda uma tendência de buscar o fortalecimento dos vínculos familiares e a manutenção de crianças no seio da família natural. Porém, às vezes, melhor atende aos interesses do infante a destituição do poder familiar e sua entrega à adoção. O que deve prevalecer é o direito à dignidade e ao desenvolvimento integral, e, infelizmente, tais valores nem sempre são preservados pela família. Daí a necessidade de intervenção do Estado, afastando crianças e adolescentes do contato com os genitores, colocando-os a salvo junto a famílias substitutas. O direito à convivência familiar não está ligado à origem biológica da filiação. Não é um dado, é uma relação construída no afeto, não derivando dos laços de sangue.²²⁸

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entende no mesmo sentido que Maria Berenice dias, como esclarece o julgado a seguir:

AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER CUMULADA COM ADOÇÃO. A hereditariedade, voz do sangue, não é garantia plena do amor e dos cuidados indispensáveis ao bom desenvolvimento de toda criança. O amor comporta méritos silenciosos, mas seus efeitos são transparentes, sendo certo que só o afeto verdadeiro é capaz de fazer do ente amado um ser melhor e mais feliz. Configuração de abandono (art. 1.635, inciso II, do Código Civil de 2002). Incidência da sanção civil prescrita no art. 24, por descumprimento injustificado dos deveres a que alude o art. 22, ambos do ECA. De todo o contexto probatório resulta transparente a inegável intensidade do sentimento que ligam as menores e

²²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual...** Op. cit., p. 486-487.

²²⁶ CURY, Munir (Coord). Op. cit., p. 110.

²²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 1.058.

²²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual...** Op. cit., p. 68-69.

a autora, ficando claro que a destituição do pátrio poder e a adoção atendem aos interesses das menores e, sem qualquer dúvida, podem minimizar o sofrimento que, por certo, marcou o abandono e a falta de identidade familiar. Além do vínculo afetivo que já se faz presente entre adotante e adotadas, as condições morais, psicológicas e materiais da autora lhe confere credenciais para bem cumprirem a nobre missão de adotar, construindo um futuro melhor para as menores. IMPROVIMENTO DO RECURSO.²²⁹

Afastar uma criança de seu lar, onde está adaptada e acolhida como membro, unicamente em razão de privilegiar o Cadastro de Adotantes e sob a argumentação de se evitarem fraudes, é um atentado ao melhor interesse da criança, podendo gerar danos psicológicos irreversíveis, como o trauma de ser afastada de seu lar e ser colocada em uma instituição de acolhimento ou mesmo alocada em outra família, como se não tivesse sentimentos ou apego com quem convive.

Parece ser contrário a todo o sistema do ECA retirar a criança do convívio com os pais substitutos e colocá-la em instituição acolhedora ou mesmo em outro lar, podendo acarretar-lhe danos imensuráveis, ao invés de preservá-la. Quanto à capacidade dos pais substitutos para manter uma criança sob sua proteção, é evidente que, mesmo fora do cadastramento, os interessados na adoção deverão passar por estudos sociais e psicológicos para que fique atestada sua capacidade.²³⁰

O Superior Tribunal de Justiça assentou esse entendimento em julgado recente, quando estabeleceu que o Cadastro de Adotantes não é critério absoluto para a concessão da adoção, especialmente quando, no caso da adoção *intuitu personae*, surgem laços de afeto entre os adotantes e a criança, como se depreende do seguinte²³¹:

RECURSO ESPECIAL - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO VERIFICAÇÃO - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o

²²⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0023005-34.2005.8.19.0014**. Relator Maldonado de Carvalho, julgado em julho de 2010.

²³⁰ MADALENO, Rolf. op. cit., p. 627-628.

²³¹ Anote-se que esta decisão é posterior ao advento da Lei n. 12.010/2009.

sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro;

II - É incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo;

III - Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o conseqüente vínculo de afetividade;

IV - Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente;

V - O argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda. Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança;

VI - Recurso Especial provido.²³²

Em outro precedente da corte, o entendimento é no mesmo sentido:

RECURSO ESPECIAL - ADOÇÃO - CADASTRO DE ADOTANTES - RELATIVIDADE - PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR - VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM CASAL DE ADOTANTES DEVIDAMENTE CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA POR APROXIMADAMENTE DOIS ANOS, NA SOMATÓRIA DO TEMPO ANTERIOR E DURANTE O PROCESSO - ALBERGAMENTO PROVISÓRIO A SER EVITADO - ARTIGO 197-E, § 1º, DO ECA - PRECEDENTES DESTA CORTE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1.- A observância do cadastro de adotantes, ou seja, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança, não é absoluta. A regra comporta exceções determinadas pelo princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção. Tal

²³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1172067/MG**. Relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em março de 2010.

hipótese configura-se, por exemplo, quando já formado forte vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que no decorrer do processo judicial. Precedente.

2.- No caso dos autos, a criança hoje com 2 anos e 5 meses, convivia com os recorrentes há um ano quando da concessão da liminar (27.10.2011), permanecendo até os dias atuais. Esse convívio, sem dúvida, tem o condão de estabelecer o vínculo de afetividade da menor com os pais adotivos.

3.- Os Recorrentes, conforme assinalado pelo Acórdão Recorrido, já estavam inscritos no CUIDA - Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo o que, nos termos do artigo 197-E, do ECA, permite concluir que eles estavam devidamente habilitados para a adoção. Além disso, o § 1º, do mesmo dispositivo legal afirma expressamente que "A ordem cronológica das habilitações somente poderá deixar de ser observada pela autoridade judiciária nas hipóteses previstas no § 13 do art. 50 desta Lei, quando comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando".

4.- Caso em que, ademais, a retirada do menor da companhia do casal com que se encontrava há meses devia ser seguida de permanência em instituição de acolhimento, para somente após, iniciar-se a busca de colocação com outra família, devendo, ao contrário, ser a todo o custo evitada a internação, mesmo que em caráter transitório.

5.- A inobservância da preferência estabelecida no cadastro de adoção competente, portanto, não constitui obstáculo ao deferimento da adoção quando isso refletir no melhor interesse da criança.

6.- Alegações preliminar de nulidade rejeitadas.

7.- Recurso Especial provido.²³³

Paulo Hermano Soares Ribeiro resume, dizendo que:

O cadastramento não pode ser visto como regra absoluta para os casos de adoção, diante da singularidade que envolve o desejo e o afeto já sacralizados entre os maiores envolvidos: crianças a serem adotadas e pessoas que querem adotar. Portanto, a exceção deve ser analisada e levada a termo, se o caso assim o desejar. Há que se trabalhar casos em que o casal não está inscrito no Cadastro Nacional de Adoção. Os propósitos contidos no artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) são nobres, mas a inscrição cronológica dos adotantes não pode prevalecer sobre o melhor interesse da criança ou do adolescente.²³⁴

Não há dúvidas de que o Cadastro de Adotantes garante, na maioria das situações, a legalidade, a lisura e a imparcialidade do processo de adoção; porém, não é absoluto e, como se verá, de acordo com o entendimento jurisprudencial, pode ser mitigado em razão de motivo relevante, devidamente justificado e comprovado — como, por exemplo, em havendo laços de afinidade e afetividade entre o adotando e os adotantes. Isso porque a

²³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1347228/SC**. Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em novembro de 2012.

²³⁴ RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vívian Cristina Maria; SOUZA, Ionete de Magalhães. Op. cit., p. 172.

listagem não pode ser mais importante que a adoção em si.²³⁵

Tanto é verdade a importância do Cadastro de Adotantes que somente poderá ser afastado quando houver comprovação do afeto. Isso fica claro em julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

AÇÃO DE ADOÇÃO - CRIANÇA JÁ MANTIDA SOB A GUARDA DE OUTRO CASAL, REGULAR E PREVIAMENTE HABILITADO NO CADASTRO DE ADOÇÃO - PLENA ADAPTAÇÃO À FAMÍLIA GUARDIÃ, AFERIDA POR ESTUDO PSICOSSOCIAL - VERIFICAÇÃO, DE PLANO, DA AUSÊNCIA DE MOTIVO EXCEPCIONAL A JUSTIFICAR A INOBSERVÂNCIA DA ORDEM CRONOLÓGICA DA LISTA - MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - VALOR MAIOR - MITIGAÇÃO DO RIGOR PROCEDIMENTAL, EM PROL DO BEM-ESTAR DA MENOR - INJUSTIFICÁVEL PROSSEGUIMENTO DA DEMANDA - PRETENSÃO INVIÁVEL - SENTENÇA CONFIRMADA - RECURSO DESPROVIDO. - Em ação de adoção, o interesse do menor deve prevalecer sobre qualquer espécie de formalidade legal, mesmo que de ordem procedimental, sendo que "o bem estar da criança e a sua segurança econômica e emocional devem ser a busca para a solução do litígio" (TJMG, Agravo nº 234.555-1, 2ª Câmara Cível, Relator Des. Francisco Figueiredo). - No Processo Civil moderno, o fim último da atividade jurisdicional deve estar voltado à consecução efetiva dos objetivos de ordem material levados ao conhecimento do Judiciário, de modo que "a preocupação com a técnica e a precisão conceitual só se justifica enquanto vinculada à consecução de determinados fins.", sob pena de o processo tornar-se um fim em si mesmo. (José Roberto dos Santos Bedaque) - Embora se reconheça que a ordem de preferência das pessoas habilitadas para adotar crianças não seja absoluta, há de se prestigiar, dentro do possível, a observância do critério cronológico do cadastro, legalmente previsto, por ser medida sempre precedida de avaliação dos pretensos adotantes por uma comissão técnica multidisciplinar e que propicia igualdade de condições àqueles que pretendem adotar (REsp 1.172.067/ MG), admitindo-se o desrespeito da fila, portanto, apenas em casos excepcionais, quando o melhor interesse da criança assim recomendar. - Nessa orientação, em sendo possível constatar, já de plano, a inviabilidade da pretensão inaugural, vez que, conforme estudo psicossocial realizado no caso, já não mais não mais subsiste vínculo sólido de afeto entre os requerentes — ex-padrinhos sociais — e a criança, a justificar a excepcional hipótese de desrespeito à ordem cronológica de registro no cadastro de adotantes, e estando a criança, de outro lado, plenamente adaptada à família guardiã, não se justifica o prosseguimento do processo, que, ao final, não alcançará a justiça do caso concreto, a bem do melhor interesse da criança.²³⁶

A jurisprudência apresentada acima demonstra ser a mais relevante para o estudo da

²³⁵ MADALENO, Rolf. op. cit., p. 628.

²³⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0024.10.117976-0/001**. Relator Eduardo Andrade, julgado em agosto de 2011.

colisão entre o Cadastro de Adotantes e a adoção *intuitu personae*, tanto que há outros julgados que seguem estes entendimentos e buscam consolidar a matéria, ou no sentido de privilegiar o cadastramento ou em sentido oposto, buscando preservar a criança no ambiente em que ela se encontra acolhida.

No Tribunal de Justiça de São Paulo aparecem julgados nos dois sentidos, tanto buscando privilegiar o Cadastro de Adotantes quanto mantendo a criança na família substituta, apesar da falta de habilitação. Essa oscilação no tratamento que se dá à matéria é importante, na medida em que demonstra a preocupação dos julgadores em avaliar cada caso concreto, levando-se em conta suas peculiaridades e, principalmente, as necessidades da criança envolvida no litígio.

O primeiro exemplo traz a manutenção da criança na família substituta, mesmo depois da desistência dos pais em manter o filho com a família extensa.

PODER FAMILIAR - Destituição c.c. adoção - Ação fundada em abandono e maus-tratos - Admissão pelos genitores de terem deixado o filho com a tia por meses, sem se interessarem em saber em que condições a criança vinha sendo mantida - Procedência do pedido - Manutenção do menor com a nova família - Necessidade - Demonstração da situação de abandono na qual o menor se encontrava, quando acolhido pelos novos pais. Recurso improvido.²³⁷

Já no segundo exemplo, a inexistência de comprovação do vínculo afetivo inviabilizou a possibilidade da adoção *intuitu personae* e manteve a criança em situação de abrigo institucional, onde sua genitora poderia visitá-la; provavelmente os julgadores buscavam uma reaproximação e, futuramente, a reintegração da criança no seio de sua família natural.

Agravos de Instrumento. Guarda provisória. Inexistência de cerceamento de defesa. Casal requerente que não está inscrito no cadastro de adotantes. Caso concreto que não se amolda às hipóteses previstas no art. 50, §13, ECA. Ausência de vínculo afetivo sólido e definitivo e, por conseguinte, apto a afastar a exigência de prévia inscrição em cadastro para o fim de prevalecer o melhor interesse do menor. Correta a r. decisão que indeferiu a guarda provisória e determinou a entrega da menor na Vara da Infância e Juventude. Abrigamento que não impede que genitora visite sua filha. Recursos improvidos.²³⁸

²³⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 638.729-4/9-00**. Relator Álvaro Passos, julgado em julho de 2009.

²³⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 0379508-73.2010.8.26.0000**. Relator Presidente da Seção de Direito Privado (julgador: órgão especial), julgado em janeiro de 2011.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul há importantes julgamentos sobre o tema. Alguns deles destacam a importância da avaliação psicossocial para a caracterização de situações que ensejam a perda do poder familiar e ao mesmo tempo comprovam ou não a existência de elos afetivos entre os envolvidos.

Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação de destituição do poder familiar movida em face da genitora que descumpriu o dever de sustento, guarda e educação dos filhos.- Sentença que Julgou procedente a ação, determinando a inclusão dos menores no cadastro de adoção da Comarca e no CEJAL.- Apelo pretendendo a reforma da r. decisão, sob a alegação, em síntese, de que não houve abandono das crianças, nem tampouco a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, isso sem contar que a questão econômica, por si só, não autoriza a perda do poder familiar.- Inadmissibilidade.- Vários relatórios sociais e psicossociais que apontam, com segurança, a inaptidão da apelante para o exercício do poder familiar.- Aplicação do princípio da proteção integral às crianças. Situação de risco dos infantes.- Apelação não provida.²³⁹

ADOÇÃO – CRIANÇA ABANDONADA – OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO REGULAR – PRÉVIA INSCRIÇÃO NO CADASTRO PRÓPRIO – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – A escolha de uma criança para adotar feita pelos pretendentes não os habilita a postular a sua guarda provisória. A inexistência de vínculos sólidos com o infante, que seria situação excepcional, não se verifica no caso em exame, sendo necessário antes verificar o rol de pretendentes já habilitados. Recurso desprovido, por maioria.²⁴⁰

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR, CUMULADA COM PEDIDO DE ADOÇÃO. POSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE. ABANDONO CONSCIENTE DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE LAÇOS AFETIVOS DA MENOR COM SUA GENITORA. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS E JURÍDICOS FUNDAMENTOS. Demonstrado que a genitora conscientemente abandonou a filha na residência dos apelados, revelando ausência de vínculo afetivo com a menina e descumprindo o dever inerente ao poder familiar, imperiosa torna-se a destituição do poder familiar, bem ainda a adoção da criança por parte da apelada, concretizando-se o direito do infante ao pleno desenvolvimento afetivo e material. APELAÇÃO DESPROVIDA.²⁴¹

A jurisprudência do Estado de Minas Gerais também demonstrou ser relevante para

²³⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 162.411.0/9-00**. Relator Reis Kuntz, setembro/2008.

²⁴⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70009424219**. Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em setembro de 2004.

²⁴¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70041742412**. Relator Roberto Carvalho Fraga, julgado em agosto de 2011.

a pesquisa; aliás, a decisão do Superior Tribunal de Justiça que entendeu pela possibilidade da adoção *intuitu personae*, após o advento da Lei n. 12.010/2009, decorreu de recurso especial proveniente deste Estado.

Tais julgados ressaltam a importância do princípio do melhor interesse e também o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, alertando que a mera falta de habilitação no Cadastro de Adotantes não é suficiente para o indeferimento de plano da ação que se funda em pedido de adoção direta, já que somente a fase probatória poderá indicar se a manutenção da criança em família substituta fora do cadastramento é o que melhor atende as suas necessidades.

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. ADOÇÃO. EXTINÇÃO PREMATURA DO FEITO AMPARADA NA AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE ADOTANTES. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. IMPERIOSA NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. SENTENÇA CASSADA. Estando jurisprudencialmente assentada a relativização da exigência de inscrição no Cadastro Nacional de Adotantes em homenagem aos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da busca do melhor interesse do menor, inaceitável a extinção da ação de adoção ao único fundamento de que os autores não se encontram inscritos neste cadastro.²⁴²

ADOÇÃO - CRIANÇA - CADASTRO NACIONAL - INSCRIÇÃO - AUSÊNCIA - INTERESSE PROCESSUAL - CARACTERIZAÇÃO - VÍNCULO AFETIVO - INDÍCIOS - EXISTÊNCIA - PROSSEGUIMENTO DO FEITO - NECESSIDADE - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE MÁXIMA PROTEÇÃO À CRIANÇA. - O indeferimento da inicial, que visava à adoção de menor cumulada com destituição do poder familiar, não se justifica pelo simples fato de os adotantes não terem inscrição no Cadastro Nacional respectivo. Isto porque, havendo indícios de existência de vínculo afetivo com a menor, que se encontra sob seus cuidados desde os primeiros dias de vida, há que se dar prosseguimento ao feito, com a regular instrução, sobretudo em obediência ao princípio constitucional da máxima proteção à criança.²⁴³

No terceiro julgado colacionado, o afeto não restou demonstrado, o que impossibilitou o descumprimento da cronologia do Cadastro.

APELAÇÃO CÍVEL - ADOÇÃO - INDEFERIMENTO DA INICIAL - IMPROCEDÊNCIA "PRIMA FACIE" - SENTENÇA MANTIDA. Deve ser mantida a sentença que indefere a inicial do processo de adoção, se

²⁴² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0145.10.049035-1/001**. Relator Peixoto Henriques, julgado em julho de 2011.

²⁴³ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0317.10.006113-2/001**. Relator Geraldo Augusto, julgado em outubro de 2010.

ausente demonstração, de plano, do vínculo de parentesco e sócio-afetivo que autorize a excepcional burla ao cadastro de adoção da comarca, eis que configurada a improcedência "prima facie".²⁴⁴

Seja qual for o caso em concreto, imutável é o fato de que os critérios adotados pelo ECA buscam atingir os fins sociais a que ele se destina,²⁴⁵ quais sejam: proteger integralmente e assegurar todas as oportunidades e facilidades para que crianças e adolescentes se desenvolvam em condições de liberdade e dignidade, e não preservar a legalidade estrita.

A única forma de adoção admitida pelo ordenamento brasileiro é aquela constituída por decisão judicial, acompanhada da vontade dos adotantes, já que não pode ser imposta, como ocorre com a tutela, e da manifestação dos adotandos, quando possível, até os doze anos de idade, e sempre, nas hipóteses em que sua idade for superior a doze anos.

Então, basicamente, o que impulsiona o processo de adoção é a vontade dos pleiteantes, que devem habilitar-se para inscrição no Cadastro de Adotantes. Depois desta fase, a vontade dos adotantes já não é o ponto central do processo, que passará a ser o melhor interesse da criança a ser adotada.

Outro fator que interfere na adoção e depende da vontade dos adotantes é a possibilidade de escolha do perfil da criança a ser adotada, o que acaba por refletir no quadro da adoção no Brasil.

Em paralelo ao reconhecimento de filhos biológicos e à adoção formal existe uma outra forma de perfilhação, a qual é reconhecida pela doutrina, a socioafetividade. Nesta modalidade, o vínculo surge em razão do afeto entre as partes, pela persistência de uma situação fática que corresponde a uma relação entre pais e filhos, embora não seja considerada formal.

Neste contexto, surge a denominada “adoção à brasileira”, hipótese em que alguém reconhece como seu filho alheio, com o objetivo de acolher a criança sem ter que passar pela burocracia imposta pelo processo de adoção. A partir desta relação surge a “posse do estado de filho”, ou seja, a aparência perante a sociedade de relação paterno-filial, e, quando a situação demonstra-se consolidada, passa a receber proteção jurídica.²⁴⁶

O nome de “adoção à brasileira” se dá pelo fato de ser extremamente comum esse

²⁴⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0518.09.169524-8/001**. Relator Afrânio Vilela, julgado em setembro de 2009.

²⁴⁵ Artigo 6º, ECA: “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

²⁴⁶ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Op. cit., p. 94.

tipo de acolhimento de crianças no Brasil. Essa é uma prática remota na sociedade brasileira, tanto que, ao mencionar dados oficiais relativos ao número de adoções na cidade de São Paulo, no período de 1955 a 1964,²⁴⁷ Antônio Chaves já alerta para o grande número de situações de fato, que fogem ao controle das autoridades estatais. O autor até elogia tais situações dizendo que: “[...] há de se chegar à conclusão de que toda uma população, destinada a padecer uma existência de dificuldades, frustrações e miséria, passa, graças ao gesto generoso da acolhida em lares substitutos, a levar uma vida digna e produtiva”.²⁴⁸

A adoção à brasileira representa uma violação ao Cadastro de Adotantes, pois aquelas crianças que possivelmente seriam adotadas por casais habilitados são registradas de forma irregular como sendo filhos de terceiros. Fundados nesta justificativa, na possibilidade de acesso de todos à adoção e em evitar abusos e preferências, inúmeros magistrados pregam a obediência cega à lista dos inscritos.²⁴⁹

Ao contrário do que se objetiva com a manutenção de um cadastro, sua observância cega pode incentivar situações de irregularidade, já que as pessoas se manterão longe do Poder Judiciário, temendo sofrer separações em relação àqueles que já têm como membros de sua família.²⁵⁰

Haveria, deste modo, um incentivo indireto à manutenção de guardas de fato, bem como às adoções à brasileira, modalidade que é tipificada como crime pelo ordenamento brasileiro. Isso porque o medo levaria à manutenção de crianças na clandestinidade, construindo-se laços a partir de mentiras.²⁵¹

A adoção à brasileira corresponde ao ato de registrar como seu filho de outrem, sem que se passe por um processo judicial de adoção; por isso, Rolf Madaleno as define como verdadeiros “registros de falsidade ideológica”.²⁵²

Embora não possa ser classificada como modalidade de adoção,²⁵³ essa modalidade de perfilhação é prática disseminada no Brasil, embora vedada pela legislação — pois é classificada como crime pelo artigo 242, Código Penal.²⁵⁴

²⁴⁷ O autor relata o número de 2.966 adoções no período de 1955 a 1964.

²⁴⁸ CHAVES, Antônio. *Adoção*: I. Op. cit., p. 361.

²⁴⁹ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Op. cit., p. 96-97.

²⁵⁰ MADALENO, Rolf. Op. cit., p. 628.

²⁵¹ Ibidem, p. 627.

²⁵² Ibidem, p. 640.

²⁵³ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 328.

²⁵⁴ Artigo 242, Código Penal: “Dar parto alheio como próprio; registrar como seu filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil. Pena - Reclusão, de 2 a 6 anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza. Pena - Detenção, de 1

Ao comentar o crime previsto no artigo 242, do Código Penal, Mirabete esclarece que a objetividade jurídica do tipo penal é tutelar o estado de filiação, especialmente dos recém-nascidos, bem como proteger a fé pública do Registro Civil. Em regra, o sujeito passivo do crime é o recém-nascido, mas pode ser a criança ou um adulto em caso de registro de nascimento tardio.²⁵⁵

Mirabete ressalta que quando o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza, como prevê o parágrafo único do artigo 242 do CP, configura-se a forma privilegiada, reduzindo-se a pena, que originalmente é de reclusão de dois a seis anos, para um a dois anos de detenção. Cita como exemplo a grávida que prefere entregar o filho a quem melhor possa cuidar dele ao invés de abortar o feto,²⁵⁶ em referência clara à adoção *intuitu personae*, embora o delito seja mais comumente relacionado à adoção à brasileira.

Rogério Greco destaca a possibilidade do reconhecimento do erro de proibição, o qual tem previsão no artigo 21 do Código Penal,²⁵⁷ para os casos em que alguém, dada sua pouca instrução, registra como seu filho de outrem, entendendo ser esse um método legal para a adoção.²⁵⁸ Neste caso, o juiz, avaliando as condições concretas do agente do crime — tais como grau de instrução, cultura, condição social, dentre outras —, poderá reconhecer a ilicitude do ato praticado, isentando a pena ou reduzindo-a, conforme o caso em concreto.²⁵⁹

O crime do artigo 242, CP, admite, ainda, a possibilidade de perdão judicial quando, em razão de motivação nobre por parte dos acusados, o juiz deixa de aplicar a pena, embora reconheça o ilícito penal.²⁶⁰

Há julgados no sentido de admitir o perdão judicial, mas somente após análise do conteúdo probatório dos autos criminais e comprovação da nobreza da motivação que levou ao cometimento do delito.

Nesse sentido os dois acórdãos que seguem:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A FAMÍLIA -
REGISTRO DE FILHO ALHEIO COMO PRÓPRIO (CP, ART. 242,
CAPUT) - COMPANHEIRA COAUTORA - PERDÃO JUDICIAL

a 2 anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.”

²⁵⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte especial: arts. 235 a 361 do CP. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 21-22.

²⁵⁶ Ibidem, p. 23.

²⁵⁷ Artigo 21, Código Penal: “O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.”

²⁵⁸ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial: v. 3. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 658-659.

²⁵⁹ Ibidem, p. 658-659.

²⁶⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Op. cit., p. 23.

CONCEDIDO NA ORIGEM (CP, ART. 242, PAR. ÚN.) - VIABILIDADE - MOTIVAÇÃO NOBRE VISLUMBRADA. I - A consumação do delito de registro de filho alheio como próprio (CP, art. 242, caput) opera-se quando evidenciado o dolo específico de alterar estado de filiação por meio de falseamento de registro civil de nascimento, conduta conhecida como "adoção à brasileira" coibida com o fito de proteger-se a família, instituição reconhecida constitucionalmente como célula mater da sociedade, hipótese plenamente verificada quando o agente se dirige à cartório público e registra como seu filho que sabidamente é de outro. No entanto, visando proporcionalizar as sanções aplicadas aos casos concretos, o legislador fez inserir o parágrafo único ao aludido artigo, o qual traz uma pena de detenção em prazo menor que a de reclusão prevista no caput e, ainda, a faculdade de o julgador deixar de aplicar esta sanção, por meio de perdão judicial, para os casos em que o sujeito ativo age por motivo de reconhecida nobreza. II - A reconhecida nobreza, tal qual disposta art. 242, par. ún., do CP, deve ser demonstrada inequivocadamente pelo incriminado, porquanto se presume o dolo específico em alterar o estado de filiação quando alguém, plenamente consciente da inexistência de relação parental com a criança, procede ao registro desta como se seu filho fosse. Dessa forma, demonstrada a intenção de evitar a supressão ou restrição dos direitos da criança, por meio da convivência para que o companheiro figure nos documentos de filha legítima como pai, mormente se esta situação fática já se encontra posta na realidade, pode-se reputar a conduta coesa à necessária proteção integral que deve ser oferecida às crianças e adolescentes em virtude de seu especial estágio de desenvolvimento, a ponto de justificar o reconhecimento da nobreza da motivação e, por corolário, a aplicação do referido parágrafo único. DOSIMETRIA - PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - CULPABILIDADE E PERSONALIDADE DESFAVORÁVEIS - EQUÍVOCO VERIFICADO - EXCLUSÃO EX OFFICIO - CONDUTA SOCIAL NEGATIVA - MANUTENÇÃO DO PATAMAR DE AUMENTO. Quando da estipulação da pena-base, prevista no art. 59 do CP, não se reputa desfavorável a culpabilidade do réu tão-somente em razão do cometimento de crime doloso, haja vista compor o próprio tipo penal. Outrossim, diante da ausência de elementos indicativos das características pessoais do acusado, sejam elas adquiridas ou hereditárias, inexistem parâmetros para análise da circunstância atinente à personalidade, a ponto de não se admitir considera-la negativamente. Assim, verificando-se no caderno processual as circunstâncias judiciais que devem direcionar a primeira fase da dosimetria da pena, mostrando-se tão-somente a conduta social desfavorável ao réu, em virtude de sentença transitada em julgado posterior a data dos fatos em análise e ação penal em trâmite, majora-se a pena-base no patamar de 1/6 (um sexto) sobre o mínimo cominado pelo tipo, conforme orientação jurisprudencial dessa corte de justiça.²⁶¹

CRIMINAL. RHC. PARTO SUPOSTO. REGISTRO DE FILHAS DE OUTREM COMO PRÓPRIAS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA. PERDÃO JUDICIAL CONCEDIDO A OUTRO CASAL. CASOS DIVERSOS. MOTIVO DE RECONHECIDA NOBREZA NÃO DEMONSTRADO

²⁶¹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 722784SC2008072278-4**. Relatora Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, julgado em agosto de 2009.

DE PLANO. DÚVIDAS A SEREM DIRIMIDAS NO DECORRER DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS. MOTIVO NOBRE QUE PODE SER APLICADO NO MOMENTO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO DESPROVIDO.

I. Hipótese na qual se requer o trancamento da ação penal instaurada em desfavor dos pacientes pela suposta prática do crime de parto suposto e registro de filhas de outrem como próprias, sob o fundamento de terem agido imbuídos por motivo de reconhecida nobreza.

II. Evidenciado que, em princípio, os pacientes teriam dado parto alheio como próprio, registrando como suas as filhas de outrem, caracterizado está, em tese, o delito que lhes é imputado, tornando-se prematuro o trancamento da ação penal.

III. Se o caso apontado pela impetração, ao qual foi aplicado o perdão judicial, é diverso do presente, não resta caracterizado constrangimento ilegal.

IV. Não há prejuízos aos réus no tocante ao não reconhecimento, na via eleita, do perdão judicial descrito no art. 242, parágrafo único, do Código Penal, pois este poderá ser aplicado pelo Magistrado, se comprovado o motivo nobre, no momento da prolação da sentença.

V. A ausência de justa causa para o prosseguimento do feito só pode ser reconhecida quando, sem a necessidade de exame aprofundado e valorativo dos fatos, indícios e provas, restar inequivocamente demonstrada, pela impetração, a atipicidade flagrante do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação, ou, ainda, a extinção da punibilidade, hipóteses não verificadas in casu.

VI. Recurso desprovido.²⁶²

Maria Berenice Dias constata que as adoções à brasileira não têm gerado condenações criminais, pois, na inúmera maioria dos casos, existe motivação afetiva que leva o casal a registrar como seu filho de outrem.²⁶³

No mesmo sentido, Kátia Maciel entende que, com ocorre na maioria dos julgados que tratam do tema da adoção à brasileira, deve ser privilegiada a paternidade socioafetiva estabelecida, não que haja anuência com tal prática, mas em respeito à família e, principalmente, em respeito ao melhor interesse das crianças e adolescentes envolvidos.²⁶⁴

De qualquer modo, adoção à brasileira deve ser analisada com cautela, já que, por trás de suposta nobreza, podem estar envolvidos casos como burla à cronologia imposta pelo Cadastro de Adotantes, compra e venda de crianças ou mesmo subtração de incapazes. Sob este ponto de vista, a adoção *intuitu personae* é benéfica, pois atenua esse tipo de prática, permitindo a participação judicial na entrega da criança, inclusive com a realização de todas as avaliações técnicas que permitem saber se o pleiteante tem reais condições de ter a criança como filho.

²⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 17569/SP**. Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em maio de 2005.

²⁶³ DIAS, Maria Berenice. **Manual...** Op. cit., p. 485.

²⁶⁴ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). Op. cit., p. 330.

Em interessante posicionamento, José Luiz Gavião condena o desligamento dos vínculos de parentesco do adotando com sua família de origem, dizendo que este efeito da adoção somente poderia ser admitido em outros tempos, quando era necessário o desaparecimento do parentesco anterior para garantir o segredo da adoção, uma vez que essa era tida como vexatória, o que já não se justifica, do ponto de vista sociológico, nos dias de hoje.²⁶⁵

Tal pensamento coaduna-se com a ideia de adoção aberta, hipótese em que a família de origem mantém contato com a criança e participa de sua vida social, embora ela seja criada por uma família substituta. Essa modalidade de adoção, se admitida no Brasil, poderia ser uma alternativa à adoção à brasileira e uma hipótese da adoção *intuitu personae*, já que os pais biológicos escolhem a família a quem entregar seu filho.

Tânia da Silva Pereira acredita ser muito radical o rompimento dos laços com a família biológica em determinados casos, o que poderia prejudicar até mesmo a adaptação da criança na nova família. Ela esclarece:

Considero que houve extremo rigorosismo do legislador brasileiro, mesmo no Estatuto, em estabelecer como regra geral o rompimento do vínculo com a família biológica. Poder-se-ia ter sido um pouco flexível deixando ao magistrado identificar situações especiais para dar tratamento diverso; temos assistido na 1ª Vara da Infância, principalmente quando as crianças são adotadas mais velhas, que existe um vínculo familiar com as famílias de origem. Por que não mantê-la como medida de proteção?²⁶⁶

Mas existe um risco na aproximação entre família natural e família extensa, especialmente tendo em conta a realidade econômica do Brasil aliada ao quadro da adoção, já que os mais abastados adotam, enquanto que os mais pobres entregam seus filhos a adoção, o que poderia gerar a gana dos pais biológicos de obter vantagem econômica em troca de dar sossego à família adotiva.²⁶⁷ Por isso, ainda se entende que a melhor forma de resguardar a criança e a família adotiva é a confidencialidade da adoção e o afastamento em relação à família biológica.²⁶⁸

O artigo 48 do ECA, introduzido pela Lei n. 12.010/2009, reconhecendo a importância do conhecimento da origem biológica, admite, em duas situações, o acesso

²⁶⁵ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Op. cit., p. 203-204.

²⁶⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. O estatuto da criança e do adolescente e os desafios do novo Código Civil. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**, n. especial, parte 2, p. 116-131, jul. 2002/abr. 2003, p. 123.

²⁶⁷ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Op. cit., p. 209.

²⁶⁸ Ibidem, p. 234.

irrestrito do adotado ao processo no qual a adoção foi deferida: (i) após ter completado dezoito anos de idade, quando o legislador entende que ele já tem maturidade para entender o processo, ou mesmo (ii) enquanto ainda for menor de dezoito anos de idade, embora, neste caso, deva ser assegurada a ele orientação e assistência jurídica e psicológica.

Em interessante texto sobre o tema da paternidade, Giselda Hironaka define o “direito aos pais” como aquele que vai além do direito sucessório, do direito aos alimentos ou de qualquer outro direito de conteúdo essencialmente patrimonial, correspondendo ao exercício de uma das vertentes do direito da personalidade e, com isso, o define como:

[...] o direito atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, de ser cuidado, alimentado e instruído, de se colocar em situação de aprender e apreender os valores fundamentais da personalidade e da vida humanas, de ser posto a caminhar e a falar, de ser ensinado a viver, a conviver e a sobreviver, como de resto é o que ocorre — em quase toda a extensão mencionada — com a grande maioria dos animais que compõem a escala biológica que habita e vivifica a face da terra.²⁶⁹

Esta definição de direito aos pais trazida pela professora Giselda Hironaka pode ser relacionada com o conceito de afeto recentemente trazido por um julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em que a corte condenou um pai a indenizar sua filha por abandono afetivo.

A ementa do acórdão descreve:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por

²⁶⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai... In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A família na travessia do milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Instituto Brasileiro de Direito de Família e OAB-MG. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 173-182.

abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes — por demandarem revolvimento de matéria fática — não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.²⁷⁰

Ao proferir a frase “amar é faculdade, cuidar é dever”, a ministra relatora do caso, Nancy Andrighi, da Terceira Turma do STJ, asseverou a possibilidade de se exigirem danos morais em decorrência de abandono afetivo perpetrado pelos pais. Com isso, a responsabilidade civil adentra nas relações paterno-filiais e a ineficiência no exercício do dever de cuidar pode ensejar a indenização àquele que sofreu prejuízo em seu desenvolvimento físico e mental pela falta de afeto dos seus pais, devendo-se comprovar o fato, o dano, o nexo de causalidade e a culpa.

De acordo com os ensinamentos da ministra relatora:

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.²⁷¹

Assim, seja o vínculo biológico ou autoimposto por adoção, do ato de vontade fundado na liberdade de escolha do agente em gerar ou em adotar um filho sempre decorrem os ônus e responsabilidades decorrentes.

O julgado ainda traz importante distinção entre o dever de cuidar e a faculdade de amar, os quais não se confundem, na medida em que o primeiro é caracterizado por atos físicos, sendo uma imposição legal, enquanto a segunda se caracteriza como uma relação metafísica e metajurídica — portanto, impossível de ser mensurada.

²⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1159242/SP**. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em abril de 2012.

²⁷¹ Ibidem.

4 POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO DIRETA COM O ADVENTO DA LEI N. 12.010/2009

4.1 Objetivos do legislador com a promulgação da Lei n. 12.010/2009

4.1.1 Família natural, família extensa e família substituta

O direito à convivência familiar e à convivência comunitária tem previsão legal no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, bem como na Parte Geral, Título II, Capítulo II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, entre os artigos 19 e 52.

Sua natureza jurídica é de direito fundamental especial,²⁷² tendo em vista os sujeitos destinatários. Corresponde ao direito da criança e do jovem à integração social no meio em que vive, frequentando a escola, a casa de amigos, a igreja, etc., bem como se refere ao direito de ser criado em uma comunidade familiar natural ou substituta; sendo assim, é um direito de todas as crianças e adolescentes, independentemente de sua situação fática ou jurídica.²⁷³

A convivência familiar é de imensurável importância para a criança e, por isso, é considerada como “necessidade humana básica” pela psicanalista Gisele Groeninga, já que é a partir dos vínculos estabelecidos no núcleo familiar, os quais correspondem aos primeiros contatos da criança com o mundo e da apreensão desses estímulos, que a criança desenvolverá sua capacidade de pensamento, conhecimento e aprendizagem.²⁷⁴

No âmbito jurídico, pode-se dizer que “a convivência atende à realização dos direitos da personalidade”,²⁷⁵ especialmente no que tange à integridade psíquica, pois garante o livre desenvolvimento da personalidade.²⁷⁶

O convívio dentro da família é caracterizado pelo relacionamento contínuo e duradouro entre seus membros, que possibilita o desenvolvimento da capacidade de reconhecer e de ser reconhecido pela criança, sendo que tais elementos são essenciais para a formação da identidade pessoal e da autoestima.²⁷⁷

A ruptura no processo de formação de vínculos de afeto, formados a partir de

²⁷² CURY, Munir (Coord). Op. cit., p. 109.

²⁷³ RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vívian Cristina Maria; SOUZA, Ionete de Magalhães. Op. cit., p. 29-31.

²⁷⁴ GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência...** Op. cit., p. 173.

²⁷⁵ Ibidem, p. 225.

²⁷⁶ Ibidem, p. 227.

²⁷⁷ Ibidem, p. 176.

cuidados e convivência, podem levar a criança a desenvolver distúrbios de personalidade e crises no desenvolvimento de sua identidade e mesmo de sua compleição física. Portanto, a criança necessita de estabilidade e de continuidade em sua convivência materna e paterna para que possa ter pleno desenvolvimento.²⁷⁸

As oscilações na continuidade afetiva, necessária ao desenvolvimento infantil, podem desencadear psiquismos — ou seja, sem estímulos e elementos fundamentais, a criança provavelmente se tornará um adulto, no mínimo, inseguro de si mesmo.²⁷⁹ É o que ocorre, frequentemente, com as crianças crescidas fora de um seio familiar — por exemplo, em uma instituição de acolhimento.

O acolhimento institucional é tão prejudicial que não pode prevalecer em detrimento de uma família que acolheu a criança em razão de adoção *intuitu personae* que, como verificado, não possui previsão expressa em lei, como bem esclarece o seguinte julgado, que também alerta para a importância da interdisciplinaridade quando se fala em direitos das crianças e adolescentes.

ADOÇÃO DIRIGIDA OU INTUITU PERSONAE. GUARDA PROVISÓRIA DE MENOR. INDEFERIMENTO DO PEDIDO. EXIGÊNCIA DE PROCESSO DE HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO. TECNICISMO DA LEI. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. Agravo de instrumento. Adoção. Menor que, com dois dias de vida, foi entregue pela mãe biológica aos agravantes. Adoção dirigida ou *intuitu personae* que permite à mãe biológica entregar a criança a terceiros, que passam a exercer a guarda de fato. Juízo *a quo* que indefere pedido de guarda provisória determinando a busca e apreensão da criança e a colocação em abrigo ao argumento de que o art. 50 do ECA privilegia o processo de habilitação para adoção. Tecnicismo da lei que não deve ser empecilho para manter-se a criança com o guardião provisório em lugar de manter a mesma em abrigos públicos estes que despersonalizam as relações humanas e institucionalizam o emocional. Teoria do apego que oriunda da psicologia não pode ser ignorada pelo Judiciário. Comprovação nos autos de que os agravantes vêm cuidando da criança com afeto, respeito e extremada atenção material e moral durante meses. Dever da sociedade e do poder público de proteger e amparar o menor, assegurando-lhe o direito à convivência familiar e à dignidade. Inteligência dos arts. 1º, III, e 227 da CF/88. Recurso a que se dá provimento para conceder a guarda provisória do menor aos agravantes, até a prolação da sentença.²⁸⁰

A importância do direito à convivência familiar está em seu objetivo final, que é

²⁷⁸ GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência...** Op. cit., p. 35.

²⁷⁹ Ibidem, p. 176.

²⁸⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2007.002.26351**. Relatora Cristina Tereza Gaulia, Segunda Câmara Cível, julgado em novembro de 2007.

proporcionar o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes, em todas as suas atribuições, sejam físicas, morais, sociais, mentais ou de qualquer outra natureza, dentro de um ambiente seguro e de afeto, já que a família é o “primeiro agente socializador do ser humano”.²⁸¹ Visa, ainda, a manter a criança em um núcleo familiar saudável, evitando justamente o acolhimento institucional.

Neste sentido, Giselle Groeninga esclarece os efeitos prejudiciais do abrigo/hospitalismo para o desenvolvimento de crianças e, para comprovar esses efeitos, destaca a pesquisa empírica do psicólogo René Spitz, segundo a qual o mero contato, sem a presença de afeto, pode causar desde o atraso mental e físico até o mutismo, incapacidade de adquirir peso, ainda que bem alimentada, e incapacidade de reagir a estímulos, podendo culminar em episódios fatais.²⁸²

Ao tratar do mal que pode ser gerado pelo acolhimento institucional de crianças, José Luiz Gavião ressalta a essencialidade da troca de afetos entre a criança de tenra idade e a mãe, em particular, ou a mãe substituta permanente (aquela que exerce o papel de mãe por período prolongado, mesmo não sendo a genitora); para tanto, toma como base relatório publicado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) por J. Bowlby.²⁸³

Tal estudo leva à conclusão de que a relação materno-filial é antes uma relação social do que efetivamente uma relação biológica, já que o vínculo socioafetivo será estabelecido entre aquela que dedica os cuidados de forma permanente e a criança, e não necessariamente entre aquela que gera e cria e a criança. Desta forma, pode-se dizer que o conceito de “mãe” — aquela que cria e educa — é diferente do conceito de “genitora” — aquela que permanece gestante e dá a luz ao bebê.

A figura primária de referência da criança, em regra, é exercida pela mãe biológica, que destina todos os cuidados básicos que o bebê necessita nos primeiros meses de sua vida. É com esta mulher que o bebê estabelece seus primeiros vínculos de afeto e é a partir da qualidade dessa relação que desenvolverá suas emoções; então, sendo saudável a relação, a criança terá um bom desempenho no transcorrer das etapas de sua primeira infância.²⁸⁴ Pode ser, no entanto, que este papel fundamental seja desempenhado por outra pessoa que não a mãe biológica — por uma substituta com quem a criança estabelecerá seus vínculos. Assim, seja com a mãe biológica, seja com uma mãe substituta, a relação com a figura primária deve ser mantida para que a criança não sofra traumas em seu

²⁸¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit., p. 25.

²⁸² GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência...** Op. cit., p. 44.

²⁸³ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Op. cit., p. 70.

²⁸⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Op. cit., p. 200.

desenvolvimento, provocados pela ruptura na construção de seus paradigmas de desenvolvimento.

O direito à convivência familiar está ligado a três conceitos introduzidos no ECA pela Lei n. 12.010/2009, quais sejam: família natural, família extensa e família substituta. Tais conceitos se diferenciam daqueles apresentados pelo Código Civil²⁸⁵ quando trata das relações de parentesco; porém, as diferentes definições não são excludentes entre si: aquelas presentes no ECA apenas ramificam o conceito de família e o adaptam ao direito da criança e do adolescente, como seara independente do direito de família.

De acordo com o ECA, a família natural corresponde à família nuclear, formada pelos pais e filhos ou por estes e qualquer um daqueles (pai ou mãe); é aquela com quem a criança tem laços sanguíneos, genéticos.

Depreende-se do texto estatuísta que esta modalidade de família é preferida pelo legislador e, por isso, merece tutela preponderante, uma vez que é presumida a existência de vínculos afetivos nela, os quais seriam inatos. Isso implica no fato de que a reinserção da criança em sua família natural será preferida em relação a qualquer outra medida.²⁸⁶

Neste ponto, cabe uma crítica, já que há muito foi desconstruída, não só pela doutrina psicológica, mas também pela filosofia, a ideia de que a mulher ama seu filho incondicionalmente. A própria realidade atesta o contrário.

Em um contraponto com a preferência do ECA pela família natural, devem-se levar em consideração os interesses concretos da criança e não simplesmente considerar abstratamente o melhor interesse da criança como sendo a identidade biológica. Seu interesse concreto envolve sua idade, sua personalidade, seu grau de desenvolvimento, a estabilidade de suas relações afetivas e sua integração na família.²⁸⁷

Em interessante passagem, Maria Clara Sottomayor enfatiza que:

a questão da origem, da identidade biológica, da proveniência dos genes e do sangue, é uma questão que interessa aos adultos, que se querem conhecer e compreender a si próprios. Uma criança não se preocupa com questões tão filosóficas e culturais. Um sorriso, um gesto de ternura valem mais do que todas as filosofias do mundo.²⁸⁸

²⁸⁵ Artigo 1.591, CC: “São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.” Artigo 1.592, CC: “São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.” Artigo 1.593, CC: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”

²⁸⁶ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Op. cit., p. 66-68.

²⁸⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Op. cit., p. 196.

²⁸⁸ Ibidem, p. 207.

O ECA traz uma presunção relativa de que os laços biológicos ensejam afeto e amor filial. Parece que esta regra trazida pela Lei n. 12.010/2009 veio como um mecanismo para evitar que abusos recorrentes nas varas da infância se perpetuem, especialmente quando se fala em destituição do poder familiar. Esta inovação garante o direito dos pais de manter seus filhos consigo, garantindo-se nos procedimentos referentes ao ECA o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

No entanto, não é sempre que os interesses da criança coincidem com a filiação biológica:

O interesse da criança como critério de decisão do destino de um menor é sempre o **interesse concreto e actual de cada criança**. Por isso podemos dizer que há tantos interesses da criança como crianças. Em consequência desta perspectiva, em cada processo relativo ao destino de um menor devia ser designado um representante do menor que analisasse profundamente a questão do ponto de vista da criança e em interacção com esta, fornecendo ao tribunal toda a informação relativa a esta (a sua personalidade, preferências, relação com os pais), dando à criança todas as informações necessárias relativamente ao processo, no caso de ela ter maturidade suficiente para as entender, determinando a opinião da criança e trazendo-a ao conhecimento do tribunal.²⁸⁹

Como afirma a filósofa francesa Elisabeth Badinter,²⁹⁰ é certo que a sociedade não admite que existam más mães ou mães que não amem seus filhos. Mas, em realidade, elas existem, bem como existem mulheres que, mesmo não sendo genitoras, representam tudo o que se espera de uma mãe.

A psicóloga Maria Antonieta Pisano Motta alerta para a realidade de que a maternidade é um processo biológico, que não leva necessariamente a um ato psicológico de criação de vínculos e afetos, o qual é por ela denominado como “maternagem”. Por isso, para a estudiosa do tema, a entrega de um filho à adoção deve ser examinada caso a caso, já que por vezes evita que se imponha a alguém o ônus de criar outro ser que, possivelmente, será abandonado em outras circunstâncias futuras.²⁹¹

Neste ponto, a desvinculação da conexão entre afeto e família natural seria importante para se avaliar o que protege o interesse da criança envolvida em um litígio de adoção,²⁹² bem como seria de extrema relevância avaliar o que leva uma mãe a entregar

²⁸⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Op. cit., p. 197-198.

²⁹⁰ BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado**: o mito do amor materno. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

²⁹¹ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Mães abandonadas**: a entrega de um filho em adoção. São Paulo: Cortez, 2001, p. 263.

²⁹² ENEI, Isabel Cardoso da Cunha Lopes. Op. cit., p. 35-36.

seu filho em adoção, ou seja, definir se esta é uma opção sua, consciente e voluntária, por não ter identificação com a criança, por não estabelecer vínculo de maternagem, ou se ela foi levada a entregar seu filho por circunstâncias alheias à sua vontade, como a pobreza extrema e a falta de assistência estatal.

Além disso, José Luiz Gavião de Almeida alerta para o fato de que a adoção de crianças e adolescentes é voltada exclusivamente para o interesse destes, não cabendo se falar em prejuízo aos pais biológicos, mesmo que se considere a prévia destituição do poder familiar como um malefício, pois esta se dá em um processo contraditório e a sentença que determina a destituição deve ser pautada em fatos que demonstrem a prejudicialidade da convivência da criança com seu genitor. Do mesmo modo, a adoção não objetiva qualquer benefício direto aos adotantes,²⁹³ embora a constituição de uma família possa gerar benefícios a todos os seus membros. Ou seja, mesmo que possa indiretamente gerar benefícios e malefícios a terceiros, a adoção tem como foco a criança ou o adolescente envolvido.

É a partir dessas reflexões que deveriam ser tomadas as decisões sobre a colocação ou não em família substituta; sendo assim, seria necessário um profundo estudo interdisciplinar do caso concreto, o que muitas vezes é inviabilizado diante do número de casos que chegam todos os dias ao Poder Judiciário. É claro que o volume de trabalho não pode ser motivo para a negligência estatal — ao contrário, deve ser incentivo para que sua atuação seja prévia ao conflito perante os Tribunais, a partir de políticas públicas efetivas para a manutenção de crianças em suas famílias e também para a prevenção de gravidezes indesejadas.

A Constituição Federal, em seu artigo 226, § 7º,²⁹⁴ trata do planejamento familiar como um direito, que deve ser respeitado pelo Estado e realizado de acordo com a livre convicção do casal, cabendo ao poder público fornecer os meios para orientação quanto aos métodos contraceptivos e as consequências da geração de um filho, a partir da conscientização sobre a paternidade responsável, ou melhor, parentalidade responsável, já que envolve a paternidade e também a maternidade.

O planejamento familiar tem regulamentação na Lei n. 9.263/1996, segundo a qual o conjunto de ações que envolve a capacidade de limitação ou o estímulo da fecundidade é

²⁹³ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Op. cit., p. 16.

²⁹⁴ Artigo 226, CF: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

um direito do homem, da mulher e do casal, dentro de uma visão de acesso e promoção da saúde. Assim, o Sistema Único de Saúde (SUS) é o órgão responsável pela efetivação das políticas públicas relacionadas ao planejamento familiar.

O livre exercício do planejamento familiar pressupõe a orientação da população sobre as ações preventivas em relação à concepção,²⁹⁵ bem com o fornecimento, pelo Estado, dos mecanismos necessários à prevenção de uma gestação indesejada, como o fornecimento de pílula anticoncepcional, de preservativos e até mesmo a realização de procedimentos cirúrgicos de esterilização, como a vasectomia e a laqueadura, nos casos recomendados por laudo médico e com o consentimento do paciente.

Caso o Estado realmente fornecesse elementos suficientes para a efetivação do planejamento familiar, através da aplicação dos direitos constitucionais mencionados, certamente haveria menos concepções indesejadas, bem como haveria maior respeito à liberdade sexual, especialmente das mulheres. Ocorre que a falta de informação suficientemente qualificada à população, mesmo que de forma indireta, contribui para o abandono de crianças e adolescentes, ensejando a necessidade de sua colocação em família substituta.

Muitas vezes, os genitores não desejam seus filhos, mas sua família pode ter laços com as crianças e também condições, especialmente psicológicas, de acolhê-las. Apesar da importância que deva se dar em cada caso concreto, entendeu o legislador que a medida protetiva de colocação da criança em família substituta é sempre excepcional, então, o conceito de família extensa foi apresentado como uma alternativa preferencial para acolhimento da criança.

Também conhecida como família ampliada, a família extensa é aquela que vai além da unidade formada por pais e filhos, alcançando parentes próximos com quem a criança convive e mantém laços de afinidade e afetividade, como tios e avós.

A família extensa é preferida em relação à família substituta, pois o legislador entende que os vínculos já estabelecidos facilitam a adaptação da criança caso ela necessite de alguma medida de proteção.²⁹⁶

As definições preliminares permitem entender que a criança só poderá ser colocada junto a estranhos quando não existir família natural, não existir família extensa ou quando

²⁹⁵ Art. 9º da Lei n. 9.263/1996: “Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.”

²⁹⁶ RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vívian Cristina Maria; SOUZA, Ionete de Magalhães. Op. cit., p. 32-33.

estas não atenderem ao melhor interesse da criança, caso em que se dará a perda ou a suspensão do poder familiar.

Somente neste contexto surgirá a família substituta, a qual corresponde à comunidade de existência voltada à proteção e ao acolhimento de criança ou adolescente em situação de risco, de modo voluntário e sob o compromisso de lhe garantir o integral desenvolvimento de sua personalidade.²⁹⁷

Então, o pressuposto para a colocação de uma criança em família substituta é a ausência de medidas alternativas para sua manutenção junto a sua família natural ou extensa ou, ainda, que as medidas existentes sejam insuficientes para solucionar a situação da criança. A colocação do jovem em família substituta poderá se dar de três formas diferentes: por meio da guarda, da tutela ou da adoção.

O ECA estabelece uma série de critérios para que se efetive uma dessas três hipóteses de medida de proteção. Dentre elas: capacidade civil do agente acolhedor, compatibilidade entre a medida e as necessidades específicas da criança, ambiente familiar adequado, participação do acolhido na escolha da medida, manutenção dos irmãos em uma mesma família, preparação gradativa e acompanhamento posterior da criança, além de outras. Especificamente para a adoção, o ECA ainda prevê a necessidade de habilitação dos pleiteantes junto ao Cadastro de Adotantes.

4.1.2 Diretrizes, critérios e efeitos da adoção

O ECA estabelece algumas diretrizes para a colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas, seja na modalidade guarda, tutela ou adoção. Dentre tais requisitos estão a capacidade civil do agente acolhedor, pois ele assumirá diversas responsabilidades sobre a pessoa do acolhido — como, por exemplo, sua guarda e todas as implicações que decorrem desta —, e, a partir daí, a incapacidade torna-se fato impeditivo para a efetivação do acolhimento; outro fator é a compatibilidade da medida e a situação da criança ou adolescente em questão, sendo que deve haver proporcionalidade entre as necessidades da criança ou adolescente e a medida aplicada, preservando seus direitos e interesses.

A compatibilidade da medida, do ponto de vista do acolhedor, pode ser abordada a partir de dois aspectos: a compatibilidade econômica e a compatibilidade emocional. A compatibilidade econômica deve se dar em relação aos custos que surgirão em decorrência

²⁹⁷ MADALENO, Rolf. Op. cit., p. 613.

da medida que será adotada, ou seja, deve-se avaliar se a pessoa suportará economicamente a medida. Já a compatibilidade emocional significa que a pessoa deve ter consciência das responsabilidades e ônus que serão assumidos. Daí a necessidade de avaliação prévia à habilitação na adoção, por exemplo.

Outro fator que deve ser sopesado no momento da colocação em família substituta é a adequação do ambiente familiar, que se ramifica em dois aspectos: uma família com laços consistentes e membros com comportamento moral socialmente adequado. Neste ponto entra a questão da homoafetividade que, sendo uma orientação sexual — portanto, algo inerente ao sujeito —, não é um impedimento a este requisito, tendo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em dois precedentes recentes e relevantes, admitido a adoção por casais gays. Os casais homossexuais devem passar pelo processo de habilitação para a adoção, como qualquer outro pleiteante, devendo ser avaliados em relação à criança — ou seja, se sua vida íntima não interferir no tratamento dispensado ao jovem, não há que se cogitar o impedimento da medida.

Relatam os precedentes mencionados:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.
2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.
3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".
4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.
5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual

é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.

6. Os diversos e respeitáveis estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, 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.

15. Recurso especial improvido.²⁹⁸

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO

²⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 889852/RS**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em abril de 2010.

HOMOAfetiva. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA.

I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V.

II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral — que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexista um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança —, mas que se aplica também à adoção conjunta — onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado.

III. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável.

IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios.

V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando".

VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas "[...] têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo". (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76).

VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva — ou aqueles que têm disforia de gênero — aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor — aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção — e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico — tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos.

VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação

sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral.
Recurso especial NÃO PROVIDO.²⁹⁹

Outra importante diretriz do ECA para colocação em família substituta é a excepcionalidade absoluta da hipótese de adoção internacional. Essa medida, embora excepcional, é importante e necessária, pois possibilita que as crianças que normalmente não são adotadas no Brasil (via de regra negras, adolescentes, deficientes, etc., como se viu no perfil da adoção no Brasil contemporâneo, apresentado no capítulo anterior) tenham seu direito à convivência familiar e comunitária respeitado. Porém, deve ser aplicada com cautela, em razão da impossibilidade de fiscalização pela rede de proteção brasileira, ou seja, juízes, promotores, defensores públicos e conselheiros tutelares, em razão dos critérios de jurisdição.

A lei ainda prevê como imprescindível a participação da criança e do adolescente no processo que ensejará a aplicação da medida. É necessário colher a opinião da criança, e ela deve ser considerada para a decisão judicial, desde que respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida. Já a oitiva do adolescente é obrigatória, vez que seu consentimento para implementação da medida é imprescindível, conforme preveem os parágrafos 1º e 2º do artigo 28 do ECA.³⁰⁰

A preferência da família extensa no momento da colocação em família substituta também é uma diretriz imposta pelo ECA; para tanto, o juiz deve analisar os laços anteriores para facilitar a integração da criança na família substituta. Neste mesmo sentido de preservação de laços, há a predileção pela manutenção dos irmãos na mesma família, de acordo com o artigo 28, § 4º, do ECA³⁰¹ — embora nem sempre seja possível, é desejável que os vínculos naturais não se desfaçam. Da mesma forma, deve haver a manutenção de

²⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1281093/SP**. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em dezembro de 2012.

³⁰⁰ Art. 28, ECA: “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. § 1º - Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. § 2º - Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência.”

³⁰¹ Art. 28, ECA “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. [...] § 3º - Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. § 4º - Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais.”

crianças quilombolas e indígenas com pessoas de sua comunidade, preservando sua cultura, identidade social, tradições e costumes, sendo que esta preferência deve ser compatível com os direitos fundamentais do jovem — devendo-se avaliar o melhor interesse da criança ou adolescente a partir de acompanhamento interprofissional realizado por assistentes sociais, psicólogos e também antropólogos.³⁰²

De acordo com o artigo 28, § 5º, do ECA, seja qual for a modalidade de colocação em família substituta, a preparação gradativa e o acompanhamento posterior da criança pelo Juízo e por sua equipe interprofissional é fundamental.³⁰³

Além das diretrizes mencionadas para a colocação da criança ou adolescente em família substituta, o ECA traz requisitos específicos para a efetivação da medida de proteção de adoção.

Quanto ao adotante, há um critério etário segundo o qual o pleiteante à adoção deve ter ao menos dezoito anos de idade à data do pedido. Destaca-se que este não é apenas um requisito de capacidade, mas, sobretudo, um requisito de idade, já que alguém emancipado aos dezesseis anos de idade não pode adotar, embora seja dotado de capacidade. Além disso, é necessário que haja uma diferença de idade entre o adotante e o adotado, que é de no mínimo dezesseis anos. Tais requisitos explicam-se porque, ainda hoje, a adoção é um modo de imitação da vida real, e a distância etária é necessária para se manter a aura da paternidade. Anteriormente, a lei dispensava o critério de idade para um dos adotantes em caso de o outro ser maior de dezoito anos; porém, essa possibilidade foi retirada do ECA, sendo que hoje a idade é um critério absoluto. Já quanto à idade máxima, não há um limite.

Alguém pode adotar uma criança sozinho, mas, se a adoção for conjunta, diz o ECA que os adotantes devem ser casados ou viver em união estável; desta forma, teoricamente, não poderia haver a adoção por amigos ou irmãos, por exemplo. Porém, o STJ, em decisão recente, entendeu possível a adoção por um casal de irmãos, já que havia

³⁰² Art. 28, ECA: “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. [...] § 6º - Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório: I - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal; II - que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia; III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso.”

³⁰³ Art. 28, ECA: “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. [...] § 5º - A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.”

estabilidade familiar e a medida demonstrava atender plenamente aos interesses da criança.

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO PÓS-TUM. VALIDADE. ADOÇÃO CONJUNTA. PRESSUPOSTOS. FAMÍLIA ANAPARENTAL. POSSIBILIDADE.

Ação anulatória de adoção post mortem, ajuizada pela União, que tem por escopo principal sustar o pagamento de benefícios previdenciários ao adotado — maior interdito —, na qual aponta a inviabilidade da adoção post mortem sem a demonstração cabal de que o de cujus desejava adotar e, também, a impossibilidade de ser deferido pedido de adoção conjunta a dois irmãos.

A redação do art. 42, § 5º, da Lei 8.069/90 — ECA —, renumerado como § 6º pela Lei 12.010/2009, que é um dos dispositivos de lei tidos como violados no recurso especial, alberga a possibilidade de se ocorrer a adoção pós-tum na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.

Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

O art. 42, § 2º, do ECA, que trata da adoção conjunta, buscou assegurar ao adotando a inserção em um núcleo familiar no qual pudesse desenvolver relações de afeto, aprender e apreender valores sociais, receber e dar amparo nas horas de dificuldades, entre outras necessidades materiais e imateriais supridas pela família que, nas suas diversas acepções, ainda constitui a base de nossa sociedade.

A existência de núcleo familiar estável e a consequente rede de proteção social que podem gerar para o adotando, são os fins colimados pela norma e, sob esse prisma, o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas.

Restringindo a lei, porém, a adoção conjunta aos que, casados civilmente ou que mantenham união estável, comprovem estabilidade na família, incorre em manifesto descompasso com o fim perseguido pela própria norma, ficando teleologicamente órfã. Fato que ofende o senso comum e reclama atuação do interprete para flexibilizá-la e adequá-la às transformações sociais que dão vulto ao anacronismo do texto de lei.

O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares.

O fim expressamente assentado pelo texto legal — colocação do adotando em família estável — foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu — nos limites de suas possibilidades — seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte.

Nessa senda, a chamada família anaparental — sem a presença de um

ascendente —, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA.

Recurso não provido.³⁰⁴

O motivo legítimo exigido pelo ECA para a efetivação da adoção refere-se às intenções daquele que deseja adotar. Essa motivação não pode ser outra senão o desejo de ter um filho; se o motivo for outro — por exemplo, fazer do adotado um empregado doméstico, como já se observou em alguns casos —, a adoção é invalidada. Nos casos de ilicitude do motivo, o adotante pode inclusive ser colocado em lista negativa de adoção, para que nunca mais possa adotar.

O estágio de convivência, exigido pelo artigo 46 do ECA,³⁰⁵ corresponde a um período preliminar de convivência entre os adotantes e o adotando, destinado à avaliação das reais possibilidades de sua integração à nova família. Sua intenção é a de permitir testar a futura relação, o que é importante, pois, por vezes, denota o mau comportamento dos adotantes em relação aos futuros filhos.

A realização do estágio é feita sob o acompanhamento permanente da equipe técnica do juízo. Para casos de adoção comum não há um prazo fixo para o estágio de convivência; o juiz, nesses casos, tem a autoridade para determinar o período de duração, de acordo com as avaliações de sua equipe técnica. Em relação à adoção internacional, o legislador exige um prazo mínimo de trinta dias — então, este tempo é considerado como uma base.

O estágio de convivência, em regra, é obrigatório; apenas em hipótese específica pode ser dispensado: no caso de o adotando já estar sob tutela ou guarda legal (a guarda de fato não justifica a dispensa) do adotante, durante período suficiente para a constituição do vínculo.

A concordância dos pais do adotando é necessária para a efetivação da medida, mas existem situações de dispensa da manifestação de vontade dos pais: quando forem

³⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1217415/RS**. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em junho de 2012.

³⁰⁵ Art. 46, ECA: “A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso. § 1º - O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo. § 2º - A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência. § 3º - Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 (trinta) dias. § 4º - O estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida.”

desconhecidos — ou seja, formalmente não reconheceram o adotando, vez que não constam de seu registro de nascimento, mesmo que informalmente possam ser conhecidos — ou quando forem pais destituídos do poder familiar.

Outro fator para a efetivação da adoção é a inscrição dos pleiteantes no Cadastro de Adoção, que é precedida de uma habilitação. Como este ponto é de extrema relevância para o presente trabalho, ele será mais bem detalhado adiante.

Em relação ao adotando, a adoção deve ser deferida quando lhe proporcionar reais vantagens. O juiz tem certa discricionariedade para avaliar se há ou não atendimento ao melhor interesse do adotando.

Os conceitos de reais vantagens para a criança ou adolescente e motivos legítimos para efetivação da adoção não são de livre preenchimento pela convicção judicial; ao contrário, representam uma mitigação ao princípio do livre convencimento motivado, pois devem estar de acordo com os anseios sociais e o conjunto de normas que compõem o direito da criança e do adolescente.³⁰⁶

As reais vantagens para o adotando podem ser de ordem material ou afetiva, mas devem ser aferidas de modo concreto. Já em relação aos motivos legítimos, devem ser resumidos a um único, que é o desejo de ter um filho. Esse desejo atende tanto aos interesses da criança, de ser inserida no seio de uma família, como dos adotantes, que desejam a realização de uma satisfação pessoal.³⁰⁷

Quanto aos impedimentos para a adoção, existe um peremptório e intransponível, já que o legislador veda a adoção em prol de ascendentes e irmãos, assim, avós não podem adotar netos, pois a relação de parentesco natural próxima não deve ser alterada pela relação de parentesco artificial, pois isso poderia gerar problemas sucessórios. Na colateralidade, apenas irmãos não podem adotar; tios e primos podem. Há também um impedimento transitório, contornável, segundo o qual é impossível a efetivação da adoção de pupilos e curatelados por tutores e curadores, enquanto não houver prestação judicial de contas. Depois de apresentadas as contas em juízo, saldadas as dívidas, poderá haver a adoção. A razão deste impedimento temporário é o término de uma relação para que se inicie outra, resolvida a questão puramente patrimonial.

A adoção é plena — então seus efeitos também o serão. É medida irrevogável, o que impede que, por vontade das partes, a adoção seja desfeita. Apenas uma nova adoção pode extinguir o vínculo anterior, ou seja, uma pessoa adotada pode ser adotada outra vez,

³⁰⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Op. cit., p. 198-199.

³⁰⁷ Ibidem, p. 199-201.

sendo que os pais adotivos podem ser destituídos do poder familiar — por exemplo, por maus-tratos.

A adoção gera o desligamento das relações naturais de parentesco entre o adotando e sua família de origem, mas, embora haja o desligamento, ele é ineficaz para fins de impedimentos matrimoniais.

Outro efeito da adoção é o cancelamento do assento de nascimento anterior para a produção de um novo registro, expedido mediante autorização judicial. O registro poderá ser feito no local de residência dos adotantes e poderá implicar inclusive na alteração do prenome do adotando, o que se apresenta como uma exceção à Lei federal n. 6.015/73, conhecida como Lei de Registros Públicos; mas, sendo o adotando adolescente, ele deverá concordar ou não com a modificação, devendo o juiz, ainda, avaliar se a modificação trará prejuízos à criança. O sobrenome da nova família, obrigatoriamente, será incluído no nome do adotando.

As certidões, a partir do registro, serão expedidas sem qualquer referência à adoção, para se preservar a intimidade do adotando, mas, de qualquer forma, o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo de adoção, após completar dezoito anos ou, se for menor de dezoito anos poderá ter acesso quando requerer, mas, neste caso, lhe é assegurada a orientação jurídica e psicológica.

Essas medidas visam à inserção do adotando na família do adotante de modo amplo, inclusive com a reconstrução dos vínculos parentais e familiares, pois o adotando ingressa na família na condição de filho, assumindo inclusive direitos sucessórios recíprocos.

No Brasil, hoje, só existe um tipo de adoção, a plena; no entanto, ela pode ser ramificada em adoções plenas especiais, com previsão expressa no ECA.

A adoção póstuma, descrita no artigo 42, § 6º, ECA, é aquela que se consuma após a morte do adotante, ocorrida em meio ao procedimento. O requisito para que essa adoção aconteça é a inequívoca manifestação da vontade do adotante. A intenção principal do legislador é salvaguardar os direitos sucessórios do adotando. Porém, de acordo com as normas de direito sucessório, se o vínculo se constitui pós-morte, não gera título para suceder; então, o legislador estabelece que, neste único caso, a sentença de adoção terá efeitos *ex tunc*, retroagindo até o momento da morte do adotante, permitindo, assim, a disputa sucessória.

A adoção unilateral ocorre quando um dos cônjuges ou companheiros adota os filhos do outro. Esta modalidade de adoção plena especial dispensa a inscrição do adotante

no Cadastro de Adotantes e não leva à extinção dos vínculos de parentesco natural existentes entre o adotando e seu pai/mãe biológico, cônjuge de quem o adota. Neste caso, será possível a adoção, quando o adotante tenha pai/mãe natural vivo e registrado, em duas hipóteses: com concordância do pai/mãe natural ou se existirem motivos para a destituição do poder familiar do pai/mãe natural.

É possível, ainda, a adoção por casais separados ou divorciados durante o processo de colocação da criança em família substituta, na modalidade adoção conjunta. Neste caso, a adoção somente será possível quando as partes forem civilmente casadas ou mantiverem união estável, comprovada a estabilidade da família durante o estágio de convivência, que deve ter sido iniciado quando o casal ainda convivia. Além disso, o casal deve acordar quanto à guarda, preferencialmente compartilhada, e quanto à regulamentação de visitas. O objetivo do legislador é manter os vínculos afetivos que já se formaram entre adotando e adotantes.

4.1.3 Cadastro de adotantes

A Lei federal n. 12.010/2009 introduziu no ECA a necessidade de habilitação de pretendentes à adoção, reafirmando a obrigatoriedade do Cadastro de Adotantes.

De acordo com o texto consolidado do ECA, o Cadastro de Adotantes e também o Cadastro de Adotandos são uma prática necessária e obrigatória aos juízos de adotantes, já que, segundo o artigo 50 do ECA, cada comarca ou foro regional manterá um registro atualizado de crianças e adolescentes em condições de serem adotados, bem como outro de pessoas interessadas na adoção. Também estabelece a criação de cadastros estaduais e nacional, o qual será regido pelo Conselho Nacional de Justiça, de acordo com a Resolução n. 54 do próprio CNJ, como se viu acima.

O Cadastro Nacional não substitui os Cadastros Locais; ao contrário, unifica informações, permitindo que seja pesquisado um maior número de pessoas que possam se adequar às necessidades específicas da criança que será colocada em família substituta, já que os adotantes é que devem se adequar ao perfil e às necessidades da criança.³⁰⁸

O Cadastro Nacional de Adoção (CNA) é um banco de dados único e nacional, controlado pelo CNJ, que traz informações sobre as crianças e adolescentes aptos a serem adotados e sobre os pretendentes à adoção. Seu objetivo é integrar todas as informações

³⁰⁸ MADALENO, Rolf. Op. cit., p. 615-616.

dos cadastros locais, possibilitando, assim, que a criança ou o adolescente apto a ser adotado tenha a oportunidade de encontrar uma família adequada a seu perfil e a suas necessidades, em todo o território nacional. Com isso, o sistema esgota as possibilidades de manutenção das crianças e adolescentes no território nacional, sob a proteção do sistema de garantias organizado pelo ECA, e orienta o poder público no estabelecimento de políticas públicas que garantam o direito à convivência familiar e comunitária.³⁰⁹

O CNA é um sistema sigiloso que somente pode ser acessado por usuários autorizados, essencialmente agentes que atuam na proteção e garantia de efetivação ao direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes. São eles: juízes de direito atuantes nas varas da infância e juventude, promotores de justiça com atribuição para a infância e juventude, Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção (CEJAs), Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional (CEJAIs), Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH) e auxiliares dos juízes, como serventuários e técnicos da justiça da infância e juventude.³¹⁰

O procedimento de adoção, previsto nos artigos 197-A a 197-E do ECA, começa com a habilitação do adotante, que é conseguida junto aos Juízos de Infância, com jurisdição no local do domicílio do pleiteante. A habilitação é uma preparação para a adoção, que visa a uma pré-avaliação dos requisitos objetivos e subjetivos dos adotantes.³¹¹

A habilitação corresponde a uma pré-avaliação dos requisitos objetivos e subjetivos dos adotantes; assim, a pessoa que deseja adotar deve passar por uma preparação para a adoção, que envolve sua orientação quanto às consequências da adoção, bem como a elaboração de laudos e pareceres que, se forem aprovados pelo Ministério Público e pela equipe técnica do juízo, permitem a inscrição no Cadastro de Adotantes.

No momento da habilitação, o pretendente à adoção preencherá uma série de questionários com seus dados pessoais, sua formação, sua capacidade econômica, seus dados familiares e sua motivação para a adoção. Na mesma oportunidade, traçará o perfil da criança que pretende adotar, esclarecendo o número de crianças ou adolescentes, o sexo, a idade e a “raça”; deve, ainda, esclarecer se aceita crianças ou adolescentes de outros estados, com doenças tratáveis e doenças não tratáveis, com deficiências físicas ou

³⁰⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Adoção**: guia do usuário. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/cadastro-adocao/guia-usuario-adocao.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2013, p. 3-4.

³¹⁰ Ibidem, p. 6.

³¹¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit., p. 226-227.

mentais, entre outras.³¹² Estas exigências denotam que ainda há resquícios da doutrina menorista no sistema de cadastro, pois é o candidato à adoção quem seleciona o perfil da criança que deseja e não a criança ou adolescente que se adequa à família que o receberia melhor. A criança e o adolescente ainda são escolhidos.

O Cadastro de Adotantes é preenchido em ordem cronológica, ou seja, cada um será inscrito após a habilitação do pretendente anterior e assim sucessivamente. O sentido da cronologia é evitar privilégios e igualar a todos. Os Cadastros Locais podem, além da cronologia, estabelecer outros critérios de prioridade para convocação dos pretendentes, como se são estéreis ou se possuem outros filhos.³¹³

O ECA, porém, traz algumas hipóteses fechadas de flexibilização do cadastramento, previstas no artigo 50, parágrafo 13. São elas: a adoção unilateral, o pedido de adoção formulado por parente, em razão da preferência pela adoção da família estendida, e o pedido de adoção formulado por quem possuir guarda ou tutela formal (jurídica) de criança maior de três anos de idade.

Note-se que não é admitido pelo ECA o pedido de adoção por quem detenha somente a guarda fática de criança ou adolescente; porém, enunciado produzido na 4ª Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, alerta para a prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente em caso de consolidação dos laços afetivos e da estabilidade familiar³¹⁴: “A guarda de fato pode ser reputada como consolidada diante da estabilidade da convivência familiar entre a criança ou o adolescente e o terceiro guardião, desde que seja atendido o princípio do melhor interesse.”³¹⁵

Os objetivos do Cadastro de Adotantes são preparar os pretendentes para o acolhimento da criança, visando o sucesso da convivência familiar, bem como ordenar as crianças disponíveis e os pleiteantes à adoção, evitando-se fraudes ao processo de adoção³¹⁶ — como, por exemplo, a “venda” de criança, aparentemente, afastando a possibilidade de adoção *intuitu personae*.

Embora o legislador estatutário não privilegie a adoção direta, justamente para

³¹² BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Adoção**. Op. cit., p. 25-30.

³¹³ Ibidem, p. 12-13.

³¹⁴ O Professor José Fernando Simão esclarece a importância dos enunciados produzidos a partir das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “Os enunciados são conclusões a respeito de certos dispositivos do Código Civil de 2002 que facilitam enormemente sua interpretação e compreensão. Os enunciados têm sido mencionados por todos os estudiosos como preciosa fonte e, por isso, sua leitura se faz obrigatória para todos aqueles que pretendem estudar o novo Código Civil”. (SIMÃO, José Fernando. **Enunciados aprovados nas Jornadas de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.professorsimao.com.br/enunciados.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2013).

³¹⁵ Enunciado 334, CJP.

³¹⁶ CURY, Munir (Coord). Op. cit., p. 872.

evitar fraudes e desrespeito à cronologia estabelecida pelo Cadastro de Adotantes, não é de se presumir que isso a veda por completo.

Assim entendem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, dizendo que, “com base nos princípios informadores da adoção, em especial a proteção integral infanto-juvenil e a real vantagem do adotando, é possível ao juiz, em cada caso concreto, autorizar a adoção por pessoa ou casal fora da lista ou fora de sua vez”.³¹⁷

As intenções da lei não podem substituir ou mesmo ser privilegiadas em detrimento da vida de uma criança, uma vez que seus rumos e suas relações não podem ser definidos por um critério puramente objetivo.

José Luiz Gavião pondera a obrigatoriedade absoluta do Cadastro de Adotantes e Adotados pregada por alguns, dizendo:

No entanto, se a adoção aspira ver criada entre adotante e adotado uma relação de afetividade própria dos pais e filhos, e se essa afeição, antes de concretizada a adoção, já se pode reconhecer como existente, como acontece com aqueles que acham recém-nascidos, ou que os recebem de conhecidos ou empregados, o melhor, nesses casos em que o amor, o apego e o carinho já estão formados, é transformar essa situação de fato em jurídica, ao invés de arriscar entregar o infante ao primeiro da fila, apostando que essa relação também será de ternura.³¹⁸

Conclui-se que o regramento para a efetivação da adoção através da elaboração de uma lista de pessoas aptas a adotar e de crianças e adolescentes aptos a serem adotados é importante do ponto de vista organizacional, mas tais regras “não podem ser rígidas a ponto de incentivar sua infringência”.³¹⁹

4.1.4 Fraudes

A filosofia kantiana entende a pessoa como sujeito de direitos universais, na medida em que somente ela é capaz de seguir regras e agir impelida pela vontade, a denominada razão prática; por conseguinte, todo ser racional existe como um fim em si mesmo, enquanto todas as outras coisas existem como meios para satisfazer as vontades do ser humano. Dessa afirmação, decorre que todo ser humano tem dignidade e é

³¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 1.058.

³¹⁸ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Op. cit., p. 97-98.

³¹⁹ Ibidem, p. 98.

insubstituível, vez que, ao contrário das coisas, que possuem um preço, as pessoas possuem valor intrínseco.³²⁰

O homem, e em geral todo ser racional *existe* como fim em si, *não apenas como meio*, do qual esta ou aquela vontade possa dispor a seu talento; mas, em todos os seus atos, tanto nos que se referem a êle próprio, como nos que se referem a outros seres racionais, êle deve sempre ser considerado *ao mesmo tempo como fim* [...]. Pelo que é sempre condicional o valor dos objetos que *podemos conseguir* por nossa atividade. Os seres, cuja existência não depende precisamente de nossa vontade, mas da natureza, quando são seres desprovidos de razão, só possuem valor relativo, valor de *meios*, e por isso se chamam *coisas*. Ao invés, os seres racionais são chamados *pessoas*, porque a natureza dêles os designa já como fins em si mesmos, isto é, como alguma coisa que não pode ser usada unicamente como meio, alguma coisa que, conseqüentemente, põe um limite, em certo sentido, a todo livre arbítrio (e que é objeto de respeito).³²¹

Com fundamento nessa explicação de Kant sobre a individualização do ser, pode-se entender que cada indivíduo é único e inigualável, e deve ser protegido na universalidade de seus direitos, não sendo, em nenhuma hipótese ou justificativa (por exemplo: reprovação social ou utilidade pública), permitido seu rebaixamento à qualidade de coisa, o que aviltaria sua condição especial.³²²

A dignidade inerente a todos os seres humanos implica que eles sejam tratados como iguais e com respeito, e qualquer ato que possa culminar em sua coisificação viola não só o indivíduo diretamente atingido, mas toda a coletividade, que sofrerá as consequências nocivas dessa conduta.³²³ Assim, quando uma criança é coisificada e tratada como objeto em uma “relação negocial” entre os pais biológicos e os possíveis adotantes, há uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, cabe ao Poder Judiciário, como representante do Estado e conseqüentemente dos anseios da sociedade, impedir esse tipo de fraude à legislação protetiva dos direitos da criança e do adolescente e aos direitos individualmente considerados da criança envolvida no conflito.

Para evitar a precificação do ser humano, o legislador estatuísta entendeu por bem criar um mecanismo legal para coibir a entrega de crianças e adolescentes mediante paga ou promessa. Esse mecanismo é o Cadastro de Adotantes, o qual vem aliado a crimes

³²⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução António Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964, p. 90-92.

³²¹ Ibidem, p. 90-91.

³²² COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 27-32.

³²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. Op. cit., p. 53.

específicos compreendidos entre os artigos 237 e 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente.³²⁴

4.2 Projeto de Lei n. 1.917/2011

O Projeto de Lei n. 1.917/2011, de autoria do deputado federal Sabino Castelo Branco, tem como objetivo a alteração da Lei n. 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, incluindo novos parágrafos ao artigo 13 da mencionada legislação.

O artigo 13, alterado pela Lei n. 12.010/2009, traz a seguinte redação:

Artigo 13 - Os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.

Parágrafo único. As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude.

Com a alteração proposta, o *caput* do artigo seria mantido e os parágrafos passariam a ter a seguinte redação:

Artigo 13 -

§1º - As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude podendo, caso desejem, indicar pessoa que poderá adotar o menor.

§2º - O indivíduo que encontrar ou auxiliar criança ou adolescente vítima de maus-tratos ou abandono, nos termos do *caput* do presente artigo, poderá candidatar-se à adoção da mesma, passando a contar com prioridade na análise o processo de adoção.

§3º - As hipóteses constantes dos parágrafos anteriores não isentam o interessado na adoção das determinantes previstas na Subseção IV da presente Lei.³²⁵

A justificativa apresentada pelo deputado para a alteração legislativa é o desejo de

³²⁴ Art. 237, ECA: “Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto: Pena - reclusão de dois a seis anos, e multa.” Art. 238, ECA: “Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa: Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa.” Art. 239, ECA: “Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro: Pena - reclusão de quatro a seis anos, e multa. Parágrafo único. Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.”

³²⁵ Projeto de Lei n. 1.917/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=513822>>. Acesso em: 29 abr. 2013.

mães de entregar seus filhos para família específica por ela elegida, bem como a dificuldade que casais enfrentam para adotar crianças e adolescentes encontrados por eles em situação de risco; é o caso, por exemplo, de pessoas que recebem em sua porta uma criança, sem saber sua origem, ou que encontram crianças em latas de lixo, abandonadas.

Esse projeto tem relação direta com a possibilidade da adoção *intuitu personae*, pois a introduz na lei como forma oficial de colocação de crianças e adolescentes em família substituta.

A burocracia exigida pela lei para a efetivação da adoção, bem como a falta de uma legislação clara, aparecem também como justificativa para a alteração legal; porém, o projeto reitera a necessidade de respeito à Subseção IV do ECA, aquela que trata do tema da adoção.

O ponto falho do projeto está no fato de que ele não esclarece se esta modalidade de efetivação da adoção deverá ou não seguir os trâmites necessários hoje previstos para a habilitação dos pleiteantes à adoção, bem como sua inscrição no Cadastro de Adotantes. Isso porque quando se diz que deve ser respeitada a Subseção do ECA que trata do tema da adoção, não se menciona qualquer alteração do artigo 50, § 13, o qual estabelece a possibilidade de adoção sem que haja prévio cadastramento dos pleiteantes.

Ademais, o projeto traz alteração normativa insuficiente para a regulamentação da matéria, que demonstra ser deveras complexa, tendo em vista que deveria ser esclarecido o modo como se dará a verificação da ocorrência ou não de fraude quanto à escolha dos adotantes.

O projeto de lei encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados e ainda carece de pareceres das Comissões Legislativas para que tenha seguimento e passe por votação nas duas Casas do Congresso Nacional e depois seja encaminhado para sanção ou veto.

CONCLUSÃO

Os estudos realizados passaram pelo histórico da adoção, pelos princípios norteadores do moderno direito da criança e do adolescente e pela atual realidade brasileira no que se refere ao perfil dos pleiteantes à adoção e das crianças e adolescentes que vivem em instituições de acolhimento.

As conclusões advindas da pesquisa permitem afirmar que a efetiva aplicação da teoria da proteção integral, bem como dos princípios que norteiam o Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda não é verificada na prática, pois crianças e adolescentes permanecem crescendo dentro de instituições de acolhimento até que atinjam a maioridade, em claro desrespeito a seu direito fundamental à convivência familiar e comunitária.

Há que se ressaltar que a legislação que trata da adoção no Brasil, bem como os recentes julgados que permitiram inclusive a adoção por casais homossexuais e por irmãos, é bem evoluída, mas não podem ser pensadas de forma isolada.

O direito, por si só, não é suficiente para solucionar definitivamente tema de grande angústia para a sociedade brasileira, que é o desenvolvimento de seres humanos longe de uma família. A vivência dentro do seio familiar é de tal importância que aparece, na Constituição Federal, como direito fundamental de toda criança e adolescente.

Para o cumprimento efetivo do direito constitucionalmente garantido à convivência familiar é necessário um fluxo de trabalho efetivo entre os órgãos que compõem o sistema de garantias de proteção às crianças e adolescentes, especialmente da rede de assistência social e políticas de saúde, de tal modo que seja suficiente para garantir não só aos infantes, mas a todos os membros da família uma existência digna, já que, conforme estudado, a família é voltada à realização pessoal de seus membros.

O sistema de justiça, composto por Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e advogados, não é suficiente para resolver um problema que vai além da seara jurídica, pois este é, de fato, um problema social brasileiro.

A questão da adoção é somente a solução extrema para um problema que é muito anterior, de cunho essencialmente social, já que, conforme verificado, os pais destituídos do poder familiar são, em regra, de baixa renda.

Já que a adoção é uma das últimas opções para a criança ou adolescente que se encontra afastado de sua família natural e não pode ser acolhido por sua família extensa, há que se incentivar a efetivação desta modalidade, após esgotadas as possibilidades

anteriores, como bem define o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Cadastro de Adotantes tem sua importância, mas deve ser relativizado em alguns casos em concreto, pois nada pode ser absoluto quando está em pauta a vida de uma criança. Além disso, deve-se tomar cuidado para que o Cadastro de Adotantes não se torne uma forma somente de ordenar uma lista a ser seguida, servindo tão somente como um mecanismo para permitir que os adotantes escolham um perfil de criança padronizada e aguardem para recebê-la.

O Cadastro de Adotantes é claramente voltado a regulamentar a adoção de crianças que se adéquem ao perfil de adotáveis no Brasil, ou seja, crianças até três anos de idade. Isso é de fácil percepção se cruzados os dados do Conselho Nacional de Justiça sobre as características esperadas na criança a ser adotada e as exceções previstas ao Cadastro de Adotantes, ou seja, é possível que se adote uma criança, não estando inscrito no Cadastro de Adotantes, se esta possuir mais de três anos de idade.

Questionam-se quais os critérios utilizados para a definição de idade superior a três anos, e a resposta aparece quando se analisa o perfil das crianças desejadas pelos possíveis adotantes, ou seja, bebês ou crianças na primeira infância.

Esse critério legal de necessidade de inscrição no Cadastro de Adotantes é, portanto, um estímulo à manutenção do quadro existente atualmente no Brasil, bem como à aceleração das destituições do poder familiar, quando a criança ainda está dentro do perfil considerado adotável, desrespeitando outra norma do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê a necessidade de tentativa de manutenção da criança dentro de seu núcleo familiar natural.

É possível depreender deste raciocínio que a adoção *intuitu personae* não será extinta; ao contrário, será mantida especialmente para os casos em que a criança já não se enquadra no perfil desejado pelos pleiteantes à adoção, ou seja, quando tiver idade superior a três anos ou outra peculiaridade que a exclua da possibilidade de inclusão em família substituta por meio da adoção.

Como se verificou nos gráficos que refletem a realidade da adoção no Brasil atual, a maioria das crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente e que estão esperando uma família substituta foge do padrão esperado por aqueles que desejam adotar, pois, normalmente, são mais velhos do que o esperado.

A adoção não pode, simplesmente, ser uma forma de suprir a demanda latente daqueles que querem ter um filho, mas deve, sim, ser uma forma de garantir às crianças e adolescentes que foram afastados de sua família natural uma família que os acolha e

proporcione todos os meios para um desenvolvimento pleno.

Sendo este o objetivo da adoção, o poder público, dentre as políticas que elabora e são voltadas à infância e juventude, deve primeiro garantir que as crianças não sofram nenhum tipo de violação e possam crescer dentro de sua família natural. Não sendo possível, o Estado deve incentivar a adoção de crianças mais velhas e de adolescentes, bem como de crianças com deficiências, com algum tipo de doença ou que sejam de uma origem étnica diferente daquela dos pais adotivos.

Tendo em vista que ainda existem muitas crianças e adolescentes vivendo em instituições, não se pode restringir a efetivação da adoção por qualquer meio, inclusive a *intuitu personae*, que, a depender do caso concreto, poderá ser efetivada, especialmente quando gerar reais vantagens para a criança ou adolescente envolvida no caso concreto, considerando as diretrizes da teoria da proteção integral e os princípios norteadores do ECA, especialmente o princípio do melhor interesse.

A questão é que a lógica jurídica não é suficiente quando, no mundo fático, há sentimentos e outras questões que vão além das normas legais envolvidas; por isso, os operadores do direito devem ter, além de conhecimento técnico e apoio interprofissional, sensibilidade para lidar com as questões familiares.

Quando se trata de crianças com idade inferior a três anos de idade e, portanto, alinhadas com o perfil desejado pela maioria dos pleiteantes à adoção no Brasil atual, entende-se que a adoção *intuitu personae* também se apresenta como uma importante alternativa à efetivação de entrega de crianças de forma indiscriminada, especialmente as recém-nascidas, para casais, sem que passem por uma análise de profissionais do Poder Judiciário, como ocorre nos casos de adoção à brasileira.

A adoção *intuitu personae* não aparece expressamente na legislação infanto-juvenil, mas é possível — se entendida a partir do princípio do melhor interesse da criança. Os tribunais nacionais inclusive autorizam a efetivação dessa modalidade de adoção, quando comprovado o vínculo entre a família substituta e a criança inserida nela.

A legislação estatuísta busca, por suas diretrizes, efetivar o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes. Verificou-se, ao longo deste trabalho, que a família é o lugar ideal para a construção de um ser humano pleno, uma vez que oferece todo o apoio de ordem moral e material de que se necessita.

A adoção *intuitu personae*, sem dúvidas, é meio legítimo para garantir esse direito a crianças e alternativa fundamental às crianças e adolescentes institucionalizadas que não

têm chance real de ingressar em uma família substituta pelo Cadastro de Adotantes, que exige perfil certo do adotando.

REFERÊNCIAS

I - Obras

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Adoção de adulto**. 2011. 278 p. Tese (Livre-Docência em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AYRES, Lygia Santa Maria. **Adoção**: de menor a criança, de criança a filho. Curitiba: Juruá, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**. São Paulo, n. 53, p. 90-101, mar./maio 2002.

BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado**: o mito do amor materno. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. 7. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1943.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Adoção**: guia do usuário. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/cadastro-adocao/guia-usuario-adocao.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2013.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. **Bolsa Família**. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/bolsafamilia>>. Acesso em: 21 de abril de 2013.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. **Centro de Referência de Assistência Social**. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/protecaobasica/cras>>. Acesso em: 21 de abril de 2013.

CALDAS, Gilberto. **Novo Código de Menores anotado**. 2. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1980.

CARNEIRO, Nélon; GOMES, Orlando. **Do reconhecimento dos filhos adulterinos**. Rio de Janeiro: Forense, 1952.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CHAVES, Antônio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

CHAVES, Antônio. Adoção: I. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 4, p. 359-388.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CURY, Munir (Coord). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção**: entre o medo e o dever. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/ado%E7%E3o_-_entre_o_medo_e_o_dever_-_si.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ENEI, Isabel Cardoso da Cunha Lopes. **Adoção *intuitu personae***. 2009. 94 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: v. 6. 4. ed. Bahia: Jus Podium, 2012.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011.

FRAGA, Thelma de Araújo Esteves. **A guarda e o direito à visitação sob o prisma do afeto**. Niterói: Impetus, 2005.

FREITAS, Lúcia Maia de Paula. Adoção: quem em nós quer um filho? **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 3, n. 10, p. 146-156, jul./set. 2001.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **Cidade antiga**. Tradução Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial: v. 3. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência entre pais e filhos**: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no Poder Judiciário. 2011. 260 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GROENINGA, Giselle Câmara. Do interesse da criança ao melhor interesse da criança: contribuições da mediação interdisciplinar. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 62, p. 72-83, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 62, p. 16-24, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Se eu soubesse que ele era meu pai... In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A família na travessia do milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Instituto Brasileiro de Direito de Família e OAB-MG. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 173-182.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Boletim IBDFAM**. Porto Alegre, v. 8, n. 51, jul./ago. 2008.

ISQUIERDO, Renato Scalco. A tutela da criança e do adolescente como projeção dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da autonomia: uma abordagem pela doutrina da proteção integral. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 518-526.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução António Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Tradução Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KUNKEL, Wolfgang. **Historia del derecho romano**. Tradução Juan Miquel. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Adoção por homossexuais: adultocentrismo x interesse das crianças. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coords.). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 65-118.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do poder familiar**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8371/do-poder-familiar>>. Acesso em: 7 jul. 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Repersonalização das Famílias. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 6, n. 24, jun./jul. 2004, p. 137-140.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte especial: arts. 235 a 361 do CP. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: v. 2: direito de família. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: v. 2: direito de família. 37. ed. Atualização Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Walter. Adoção: II. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 4, p. 388-403.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Mães abandonadas**: a entrega de um filho em adoção. São Paulo: Cortez, 2001.

OTERO, Paulo. **Pessoa humana e constituição**: contributo para uma concepção personalista do direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coords.). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 359-379.

PENA, Sergio D. J. **Humanidade sem raças?** São Paulo: Publifolha, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: v. 5: direito de família. Atualização Tânia da Silva Pereira. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A família na travessia do milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Instituto Brasileiro de Direito de Família e OAB-MG. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Tânia da Silva. O estatuto da criança e do adolescente e os desafios do novo Código Civil. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**, n. especial, parte 2, p. 116-131, jul. 2002/abr. 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do “melhor interesse da criança”**: da teoria à prática. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2012.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**: t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**: t. 9. Atualização Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vívian Cristina Maria; SOUZA, Ionete de Magalhães. **Nova lei de adoção comentada**: Lei n. 12.010 de 03 de agosto de 2009. 2. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: v. 6: direito de família. Atualização Francisco José Cahali. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SÊDA, Edson. **A proteção integral**. 3. ed. Campinas: Adês, 1995.

SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção**: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Eduardo. A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: o direito de família entre a Constituição e o Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 447-482.

SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: v. 5: direito de família. 7ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

SIMÃO, José Fernando. **Enunciados aprovados nas Jornadas de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.professorsimao.com.br/enunciados.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

SIMÃO, José Fernando. Ser ou não ser: outorga conjugal e solidariedade familiar. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 10, n. 3, p. 56-74, abr./maio 2008.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. Quem são os verdadeiros pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológicos. **Revista Direito e Justiça**, v. 16, t. 1, p. 191-229, 2002.

SOUZA, Giselle. Cadastro tem 5,2 mil crianças. **Portal Conselho Nacional da Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/19552:cadastro-tem-52-mil-criancas&catid=223:cnj>>. Acesso em: 5 jun. 2012.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SUCCHI, Maria Cristina (Coord.). **Direito de família no novo milênio**: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 415-435.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**: t. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**: o novo direito de família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

II - Fontes

II.a - Legislação

Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989.

Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil brasileiro.

Lei n. 12.010 de 3 de agosto de 2009, alterou a Lei n. 8.069/1990.

Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.

Lei n. 3.133, de 8 de maio de 1957, alterou o Código Civil de 1916.

Lei n. 4.655, de 2 de junho de 1965, dispunha sobre a legitimidade adotiva.

Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, Código de Menores.

Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ordenações Filipinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas>>. Acesso em: 9 jul. 2012.

Projeto de Lei n. 1.917/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=513822>>. Acesso em: 29 abr. 2013.

II.b - Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1159242/SP**. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em abril de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1172067/MG**. Relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em março de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1217415/RS**. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em junho de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1281093/SP**. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em dezembro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1347228/SC**. Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em novembro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 889852/RS**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em abril de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 17569/SP**. Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em maio de 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0024.10.117976-0/001**. Relator Eduardo Andrade, julgado em agosto de 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0145.10.049035-1/001**. Relator Peixoto Henriques, julgado em julho de 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0317.10.006113-2/001**. Relator Geraldo Augusto, julgado em outubro de 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1.0518.09.169524-8/001**. Relator Afrânio Vilela, julgado em setembro de 2009.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 0548300-9**. Relator Augusto Lopes Cortes, julgado em setembro de 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2007.002.26351**. Relatora Cristina Tereza Gaulia, Segunda Câmara Cível, julgado em novembro de 2007.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0023005-34.2005.8.19.0014**. Relator Maldonado de Carvalho, julgado em julho de 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70009424219**. Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em setembro de 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 162.411.0/9-00**. Relator Reis Kuntz, setembro/2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70041742412**. Relator Roberto Carvalho Fraga, julgado em agosto de 2011.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 722784SC2008072278-4**. Relatora Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, julgado em agosto de 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 0379508-73.2010.8.26.0000**. Relator Presidente da Seção de Direito Privado (julgador: órgão especial), julgado em janeiro de 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 638.729-4/9-00**. Relator Álvaro Passos, julgado em julho de 2009.