

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

GRAZIELLA FERREIRA ALVES

ADOÇÃO NO BRASIL À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Uberlândia
2011

GRAZIELLA FERREIRA ALVES

ADOÇÃO NO BRASIL À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos e Garantias Fundamentais da Cidadania

Orientador: Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins

Uberlândia
2011

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

A474a Alves, Graziella Ferreira, 1979-
Adoção no Brasil à luz do neoconstitucionalismo / Graziella Ferreira
Alves. - Uberlândia, 2011.
205 f.

Orientador: Fernando Rodrigues Martins.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Adoção - Brasil - Teses. 3. Crianças - Assistência
em instituições - Brasil - Teses. I. Martins, Fernando Rodrigues. II.
Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em
Direito. III. Título.

CDU: 340

GRAZIELLA FERREIRA ALVES

ADOÇÃO NO BRASIL À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos e Garantias Fundamentais da Cidadania

Orientador: Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins

Uberlândia, 04 de agosto de 2011.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins
(Orientador – CMDIP – UFU)

Prof. Dr. Leosino Bizinoto Macedo
(Examinador – CMDIP - UFU)

Profa. Dra. Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga
(Examinadora – UNESP – Franca/SP)

Prof. Dr. Carlos José Cordeiro
(Suplente – CMDIP – UFU)

Prof. Dr. Giovanni Ettore Nanni
(Suplente – PUC – São Paulo/SP)

DEDICATÓRIA

Aos irmãos; 10, 11 e 13 anos respectivamente; todos negros; “a menina (9 anos) é portadora de HIV. Podem ser adotados separadamente”;*

Aos irmãos; 8 e 11 anos respectivamente; todos negros; “A menina possui deficiência mental moderada com atraso psicomotor, com perspectiva de melhora. O menino possui deficiência mental grave, também, com atraso psicomotor. Podem ser adotados separadamente”;*

Ao menino; 8 anos; pardo; “portador de anemia falciforme e HIV positivo, e está abrigado desde 13/09/2004, na Sociedade Viva Cazuza. Já existe DPF ajuizada e suspensão do poder familiar”;*

Ao menino; 15 anos; pardo; “Está abrigado desde 2000, na Sociedade Viva Cazuza. É HIV positivo, mas a doença está controlada, fazendo periódicos exames para controle e uso de medicação anti-retroviral. Matriculado na 4ª série em escola particular”;*

A todas as crianças abrigadas neste país.

** Fonte: <http://www.quintaldeana.org.br/informacoes_crianças.php>. Todas essas crianças e adolescentes constam como disponíveis para adoção em uma extensa lista, apenas nessa instituição.*

AGRADECIMENTOS

À minha mãe Izabel e ao meu pai Waldomiro por terem me amado incondicionalmente desde o dia em que nasci; por terem cumprido excepcionalmente o papel da maternidade e da paternidade; por terem feito todos os sacrifícios emocionais e financeiros para que eu pudesse chegar até aqui.

Ao meu irmão Rodrigo, parceiro e amigo de toda a vida, pela paciência e compreensão. À Cris por cuidar dele com dedicação e amor.

À minha sobrinha Maria Clara por mostrar quão bela é a infância.

Ao Danilo, companheiro presente que me motivou nos momentos mais difíceis.

Ao Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins pelos ensinamentos, por ter sempre palavras de incentivo ao invés de palavras de crítica, e, sobretudo, por concordar com a pesquisa do tema proposto.

À FADIR e todos os seus colaboradores, colegas professores e alunos, especialmente aos professores Alemar, Cícero, Figueira, Leosino, Márcio Alexandre, Neiva Flávia, Rubens, Shirlei, Tânia e Walmott, e aos servidores Antônio, Edivaldo, Janaína e Yêda.

Ao Escritório de Assessoria Jurídica Popular, antiga Assistência Judiciária, local onde a semente dessa pesquisa começou a germinar, e a todos os amigos que lá deixei.

Finalmente, à família da Livraria Jurídica Universal pela acolhida e pela ajuda, sem a qual esse trabalho não seria o mesmo.

Os lábios estão apertados, seus ouvidos não ouvem a música da pianola. Só vê as luzes que giram com ele e prende em si a certeza de que está num carrossel, girando num cavalo como todos aqueles meninos que têm pai e mãe, e uma casa e quem os beije e quem os ame. Pensa que é um deles e fecha os olhos para guardar melhor esta certeza. Já não vê os soldados que o surraram, o homem de colete que ria.

(Capitães de Areia, Jorge Amado)

RESUMO

No Brasil, mais de 80 mil crianças estão acolhidas em instituições, mas apenas 10% desse total estão totalmente aptas à adoção – as demais aguardam a finalização dos processos de destituição do poder familiar. Crianças retiradas da família biológica que possuam mais de três anos de idade, negras, do sexo masculino, ou portadoras de necessidades especiais não são desejadas por aqueles que pretendem adotar, crescendo e se desenvolvendo em situação de abrigo. Em 2009, entrou em vigor a chamada Lei de Adoção – Lei n. 12.010/09, a qual se propôs trazer efetividade ao direito à convivência familiar de crianças e adolescentes institucionalizados. Após o movimento de constitucionalização do direito civil, cumpre verificar se o atual modelo de adoção vigente no país está em conformidade com os atuais paradigmas do direito positivo brasileiro, sobretudo no reconhecimento do valor jurídico do afeto e do cuidado pela tutela dos direitos fundamentais. Destarte, este estudo propõe-se a investigar de que forma o Estado pode ou deve interferir no tocante às adoções de crianças e adolescentes, em razão das modalidades de adoção existentes e aquelas admitidas pela legislação brasileira. Nessa perspectiva questiona-se: como tornar a adoção adequada aos contornos do neoconstitucionalismo? A adoção, após a vigência da Lei 12.010/09, está em conformidade com os direitos fundamentais estampados na Constituição Federal e demais normas infraconstitucionais? O direito à convivência familiar e seus corolários estão sendo adequadamente tutelados pelos operadores do direito? Para cumprir o mister proposto neste trabalho, elegeu-se a pesquisa teórica, com compilação e revisão de material bibliográfico acerca dos temas propostos. Paralelamente, adotou-se a pesquisa documental, com análise da legislação pertinente, jurisprudência, direito estrangeiro e análise estatística. Espera-se, com o estudo do tema proposto, trazer propostas e embasamentos doutrinários para uma melhoria da postura do jurista frente à questão da adoção de crianças e adolescentes. Anseia-se, por fim, que essa pesquisa frutifique em políticas públicas que propiciem o efetivo acesso da criança e do adolescente aos direitos e garantias fundamentais de que são titulares.

Palavras-chave: Direito à Convivência Familiar; Adoção *intuitu personae*; Adoção Aberta; Institucionalização Infanto-Juvenil.

ABSTRACT

In Brazil, more than 80 000 children live into foster care, but only 10% of this total are available for adoption - the others are awaiting if their status: return to parents, adoption or continued foster care. Children removed from the biological family that have more than three years old, are black, male, or have special needs are not desired by those who wish to adopt. In 2009, was enacted the Law of Adoption – Law n. 12.010/09, which is proposed to bring effectiveness to the right to family of institutionalized children and adolescents. After the movement of the new constitutionalism into the civil law, it is important verify if the current model of adoption has compatibility with the current paradigm of positive law in Brazil, especially in the legal recognition of affection and care for the protection of fundamental rights. Also, this study proposes to investigate how the state can or should interfere with regard to adoptions of children and adolescents, considering the different types of adoption admitted in Brazil and in other countries. From this perspective the questions are: how to make Brazilian's adoption model appropriate to new constitutionalism? The adoption, after the enactment of Law 12.010/09, attends the fundamental rights printed in the Federal Constitution and other laws? The right of familiar living and other principles and rights are being protected by law operators? To find the answers, this work elected to theoretical research, with compiling and review of bibliography on the themes proposed. Also, was adopted the documentary research, with analysis of relevant legislation, jurisprudence, foreign law, and statistical analysis. It is expected, with the study of the theme proposed, bring proposals for improving the posture of the law operator facing the issues of child adoption. Finally, it is expected that this research encourage public policies that promote the effective access of the child and adolescent's rights.

Key-words: The Right of Familiar Living; *Intuitu personae* Adoption; Open Adoption; Children in Foster Care.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O INSTITUTO DA ADOÇÃO	14
1.1 Breve Relato Histórico da Adoção na Humanidade	15
1.2 Evolução Legislativa da Adoção no Brasil até a Lei 12.010/09	23
1.3 Os Direitos Fundamentais que Permeiam a Adoção	51
1.4 Modalidades de Adoção no Brasil e na Legislação Estrangeira	63
1.4.1 Modalidades brasileiras	66
1.4.2 A adoção na legislação estrangeira	72
1.4.2.1 Portugal	73
1.4.2.2 Espanha	75
1.4.2.3 França	76
1.4.2.4 Itália	78
1.4.2.5 Estados Unidos	81
1.4.2.6 Argentina	86
1.4.2.7 Chile	88
1.4.2.8 Uruguai	91
1.4.2.9 Venezuela	94
1.4.3 Breve análise da legislação mundial sobre adoção	98
2 O PROCESSO DE ADOÇÃO JUDICIAL BRASILEIRO	100
2.1 O Atual Modelo Processual	100
2.2 O Cadastro Nacional de Adoção	117
2.3 O Papel do Estado Frente às Questões Afetas à Família	129
2.4 Tendências à Desjudicialização de Questões Familiares	138
3 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO CIVIL, AFETIVIDADE E ADOÇÃO	144
3.1 Sistemas Jurídicos e o Neoconstitucionalismo	144
3.2 Adoção Judicial Brasileira, Socioafetividade e Estado de Filiação	153
3.3 Adoção Judicial Brasileira, Adoção <i>intuitu personae</i> e Adoção Aberta	161
3.4 Adoção no Brasil à Luz do Neoconstitucionalismo	166
3.4.1 Análise da constitucionalidade do art. 8º, § 5º e art. 13, parágrafo único, do ECA: entrega de filhos à adoção	168

3.4.2	Análise da constitucionalidade do art. 50, § 13, do ECA: necessidade de cadastro prévio para adoção	171
3.4.3	Outros apontamentos	175
CONCLUSÃO		186
REFERÊNCIAS		190

ABREVIATURAS

ABMP	–	Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude
AMB	–	Associação de Magistrados Brasileiros
Art.	–	Artigo
CF	–	Constituição Federal
CONANDA	–	Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente
CC	–	Código Civil
CLT	–	Consolidação das Leis do Trabalho
CNA	–	Cadastro Nacional de Adoção
CNCA	–	Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos
CNJ	–	Conselho Nacional de Justiça
CP	–	Código Penal
CPC	–	Código de Processo Civil
DPF	–	Destituição do Poder Familiar
ECA	–	Estatuto da Criança e do Adolescente
EUA	–	Estados Unidos da América
HIV	–	<i>Human immunodeficiency vírus</i> - vírus da imunodeficiência humana
IPEA	–	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
ONG	–	Organização Não-Governamental
PL	–	<i>Public Law</i>
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
STF	–	Supremo Tribunal Federal
TJ	–	Tribunal de Justiça
UNICEF	–	<i>United Nations Children's Found</i> – Fundo das Nações Unidas para a Infância
US	–	<i>United States</i>

INTRODUÇÃO

Se os direitos fundamentais pudessem ser colocados em uma balança, certamente aqueles destinados à tutela e defesa de crianças e adolescentes teriam maior peso e importância. Isso porque, sem dúvida, enquanto seres em desenvolvimento, totalmente dependentes de cuidado, amparo e afeto, demonstram incrível fragilidade, merecendo toda atenção e zelo possíveis.

No Brasil, desde o advento da Constituição Federal de 1988, relevantes mudanças foram percebidas em todos os sentidos, especialmente no que pertine ao direito das famílias e ao direito da infância e juventude. Um crescente movimento de irradiação dos princípios constitucionais para o ordenamento jurídico é percebido a olhos vistos e esses princípios também contemplaram os direitos infanto-juvenis.

Não obstante, se na Lei Maior tudo é colorido, o mundo concreto por vezes traz cenários em preto-e-branco e o abandono é realidade constante na vida de inúmeras crianças e adolescentes espalhados pelo Brasil afora, produzindo uma legião de infantes que vivem nas ruas e outros tantos que se criam em instituições de acolhimento.

Mas há um caminho – o caminho da adoção. Não para todos, deve-se admitir. Em verdade, esse caminho tem se revelado possível para bem poucos. Em que pese todos os princípios e regras previstos no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo nos contornos do neoconstitucionalismo e reposicionamento dos direitos da família e da infância e juventude, garantir o direito fundamental à convivência familiar para crianças e adolescentes não se revela tarefa simples. Ao contrário, o assunto tem se demonstrado dos mais espinhosos.

Por isso, o instituto da adoção, no Brasil, tem sido objeto de algumas discussões e reformas legislativas, tudo com finalidade de mudança dessa realidade, admita-se. Constatou-se que a institucionalização de crianças e adolescentes é fato que não se deve aceitar pacificamente. Por outro lado, apesar dos esforços do legislador em solucionar o abrigo infanto-juvenil, alguns problemas ainda podem ser percebidos.

É com esse pano de fundo que surgem alguns questionamentos: como tornar a adoção adequada aos contornos do neoconstitucionalismo? A adoção infanto-juvenil, tendo em vista a atual redação do Estatuto da Criança e do Adolescente, dada pela Lei n. 12.010/09, está em conformidade com os direitos fundamentais estampados na Carta Magna? Por fim, o direito fundamental à convivência familiar e seus corolários estão sendo adequadamente tutelados pelo legislador infraconstitucional e pelos demais operadores do direito?

Para cumprir o mister proposto neste trabalho, elegeu-se a pesquisa teórica, com compilação e revisão de material bibliográfico acerca dos temas propostos. Paralelamente, adotou-se a pesquisa documental, com análise da legislação pertinente, jurisprudência, direito estrangeiro e análise estatística. No primeiro capítulo se propõe investigar como se deu a evolução da adoção no mundo e no Brasil, seja no que diz respeito à sua finalidade, seja no tocante ao tratamento legislativo. Outrossim, necessária a análise dos direitos fundamentais que permeiam a adoção para que se possa verificar a possibilidade de ocorrência de danos a tais direitos. Por fim, mas ainda nessa abordagem inicial, serão apresentadas diversas modalidades de adoção admitidas no Brasil e na legislação estrangeira, para breve análise comparativa.

No segundo momento, o instituto da adoção será analisado na sua vertente processual e procedimental, inclusive com estudo do Cadastro Nacional de Adoção implementado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2008. Com igual importância, cumpre verificar qual o papel do Estado nas questões afetas à família e à infância e juventude, ou seja, quais os limites de atuação e qual deve ser o grau de interferência.

No último momento, os fenômenos de irradiação constitucional para o Direito brasileiro serão trazidos à baila para análise da adoção enquanto formação de vínculo socioafetivo de filiação, e para a verificação da possibilidade da implementação, no país, de outras modalidades adotivas, como a adoção *intuitu personae* e a adoção aberta. Por fim, o instituto da adoção, tal como vigente atualmente, será analisado à luz do neoconstitucionalismo, com o escopo da avaliação da pertinência e permanência do modelo atual, ou da necessidade de mudanças para a melhor tutela dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Cumpra esclarecer que não há o interesse em se discutir, neste trabalho, a adoção homoafetiva, tendo em vista que a perspectiva de abordagem ora realizada é em razão dos adotandos, geralmente crianças e adolescentes, e não dos adotantes. Em que pese o fato da possibilidade da discussão refletir nos direitos infanto-juvenis, a controvérsia sobre a possibilidade da adoção conjunta por casais homoafetivos parece tutelar, em princípio, o interesse dos adotantes, e não de crianças ou adolescentes eventualmente institucionalizados.

Outrossim, o recorte metodológico desta dissertação foi pela análise do instituto quando procedido no Brasil por brasileiros, não sendo abordada, portanto, a adoção internacional, ainda que a matéria tenha sido objeto de importante alteração legislativa recente, e também não obstante o fato da adoção internacional ser relevante quando o assunto é a adoção de crianças e adolescentes institucionalizados. Por ora, prefere-se abordar o instituto realizado por aqueles residentes e domiciliados no Brasil, fora do âmbito da adoção internacional, a qual deve ocorrer apenas quando esgotadas todas as possibilidades de adoção nacional.

O que se espera, na máxima medida possível, será provocar os operadores do direito para que saiam da inércia verificada quando o assunto é adoção de crianças e adolescentes e passem a discutir tão importante tema. É lamentável perceber como o tema tem sido objeto de descaso, quando não desprezo por parte do mundo jurídico. Pretende-se também que o meio acadêmico desperte para as questões aqui tratadas e sinta-se incentivado a buscar soluções que possam complementar este estudo, aprofundando a investigação científica sobre a adoção, visando sempre um melhor serviço à sociedade. Anseia-se, por fim, que esta pesquisa frutifique em uma mudança de atitude do operador do direito e também em políticas públicas que propiciem o efetivo acesso de crianças e adolescente aos direitos e garantias de que são titulares.

1 O INSTITUTO DA ADOÇÃO

Segundo dados da Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) mais de 80 mil crianças vivem abrigadas em instituições no Brasil. Dessas, cerca de dez por cento foram retiradas das suas famílias naturais e passaram por um processo de destituição do poder familiar, significando isso dizer que “perderam” seus pais e estão totalmente disponíveis para a adoção. Em regra, são crianças que vivenciavam situações de risco no seio familiar e foram abrigadas em instituições de acolhimento, para sua proteção. Não raro são grupos de irmãos, com idade superior a 3 anos de idade, negras, portadoras de necessidades especiais ou com grave histórico familiar.

Significa dizer que, dependendo das características, (idade, cor de pele, gênero, histórico familiar) essas crianças não são desejadas pelos candidatos que pretendem adotar. Elas não formam o perfil das crianças desejadas pelos casais ou pessoas solteiras que se habilitam nas Varas da Infância e Juventude para adotar uma criança. Esses pretensos adotantes preferem crianças brancas, de até três anos de idade, não raro do gênero feminino, com problemas de saúde tratáveis e com histórico familiar sem relatos de muitos abusos.

Percebe-se, pela conduta dos futuros pais, que muitas vezes a criança é tratada como objeto de realização de um desejo por vezes egoístico, e não como ser humano em formação. Daí a imensa importância na análise aprofundada e criteriosa sobre quais os reais motivos levam um casal ou pessoa solteira a adotar. Infelizmente, pouco tem sido feito para conscientizar esses futuros adotantes, que continuam exercendo seu “direito de escolha”.

Isso faz com que um grande número de crianças cresça e se desenvolva fora do ambiente familiar, em uma instituição de acolhimento, vendo-se privadas dos direitos e garantias fundamentais mais comecinhos. Se a frieza de uma instituição pode causar marcas e danos psicológicos em adultos, imagine-se quão grave são as consequências dessa realidade para um ser humano em franco desenvolvimento. Esse é apenas um dos diversos problemas que cercam o tema ora estudado.

O instituto da adoção se modificou lenta e gradualmente ao longo do tempo, possivelmente por ser um instituto familiar, e a família, nas palavras de Lewis H. Morgan¹

é o elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado. Os sistemas de parentesco, pelo contrário, são passivos; só depois de longos intervalos, registram os progressos feitos pela família, e não sofrem uma modificação radical senão quando a família já se modificou radicalmente.

Em razão dessa realidade, o instituto da adoção tem sofrido fortes modificações ao longo do tempo. Não apenas modificações legislativas, mas também no tocante às concepções sobre a finalidade e direitos tutelados pelo instituto. Destarte, cumpre inicialmente uma breve análise da evolução histórica da adoção, desde a antiguidade, para, posteriormente verificar como se deu a evolução legislativa no Brasil. Por fim, neste capítulo pretende-se o estudo dos direitos e garantias fundamentais envolvidos à temática e as modalidades de adoção admitidas pelo ordenamento jurídico pátrio e estrangeiro.

1.1 Breve Relato Histórico da Adoção na Humanidade

A adoção tem passado por inúmeras e recentes alterações no Brasil, mas se tem notícia do instituto em épocas remotas na história da civilização humana. Na Idade Antiga, o direito de adotar poderia ser exercido por aqueles impossibilitados de dar continuidade à família. Fustel de Coulanges informa que a religião era o principal elemento constitutivo das famílias gregas e romanas na antiguidade². A família antiga aparentemente não era fundada no afeto, ainda que esse pudesse existir intimamente. Era a religião que dava sustentáculo e mantinha a associação familiar.

Ainda segundo Coulanges, havia a crença de que o homem, após sua morte, apenas teria tranquilidade e felicidade se sua memória fosse cultuada por seus descendentes. A

1 MORGAN, Lewis H. *apud* ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado:** trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. 5. ed. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p. 30.

2 COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 47.

ventura de um homem após a morte dependia, portanto, da existência de descendentes a lhe prestarem as homenagens fúnebres³:

... depois de sua morte, o homem se reputava um ser feliz e divino, mas havendo a condição de os vivos lhe oferecerem sempre a refeição fúnebre. Se essas oferendas cessassem, o morto caía em infelicidade, pois logo passava à categoria de demônio desgraçado e malfazejo. Porque na época em que essas antigas gerações principiaram a fantasiar sobre a vida futura, os homens não acreditavam ainda em recompensas nem em castigos; julgavam não depender a felicidade do morto da conduta mantida pelo homem durante a sua vida, mas daquela mantida pelos seus descendentes para com este, depois da sua morte. Por isso, cada pai esperava da sua posteridade aquela série de refeições fúnebres que assegurasse aos seus manes repouso e felicidade. Este conceito foi princípio fundamental do direito doméstico entre os antigos. Daí derivou, como regra, deverem todas as famílias perpetuar-se para todo o sempre. Os mortos tinham necessidade de que a sua descendência nunca se extinguísse.

Os antigos, portanto, acreditavam que a existência de descendentes era imprescindível para a felicidade da alma humana, sobretudo após a morte. Nesse passo, a adoção era instituto importante para a continuidade das famílias e das homenagens fúnebres.

Acaso uma mulher casada fosse acometida de infertilidade, tal fato era causa legítima para o divórcio. Caso a patologia se verificasse no marido, ou em caso de viuvez, o irmão do cônjuge ou outro parente deveria ser oferecido à esposa. Não obtendo resultados com tais recursos, a adoção era o derradeiro recurso. “O dever de perpetuar o culto doméstico foi o princípio do direito de adoção entre os antigos”⁴. Tendo a adoção finalidade única de dar continuidade à família adotante, eram rompidos todos os laços do adotado com a família de origem.

O Código de Hamurabi do império babilônico (aproximadamente XVIII século a.C.) trazia alguns dispositivos regulamentando o instituto da adoção, em que a problemática girava em torno, principalmente, da possibilidade ou não do retorno do adotado à família biológica. Pela reprodução das cláusulas do Código é possível perceber como o instituto se fazia presente em época tão longínqua⁵:

3 Ibid., p. 51 et seq.

4 COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 56.

5 CARLETTI, Amilcare. **Brocados jurídicos**: volume III – Códigos Primitivos. São Paulo: Universitária de Direito, 1986. p. 185-187.

Título XI – **ADOÇÃO**, OFENSAS AOS PAIS, SUBSTITUIÇÃO DA CRIANÇA .

§ 185 – Se alguém dá seu nome a uma criança, e o cria como filho, **este adotado** (*tarbit*) não poderá ser mais pedido.

§ 186 – Se alguém **adota como filho** uma criança e depois que a adotou ele se revolta contra seu pai adotivo e sua mãe, este adotado deverá voltar à sua casa paterna.

§ 187 – O filho de um eunuco a serviço da corte (*nersega*) ou de uma meretriz não pode ser mais devolvido.

§ 188 – Se o membro de uma corporação (*um operário*) **cria uma criança e lhe ensina o seu ofício, não pode ser mais reclamada.**

§ 189 – Se ele não lhe ensinou o seu ofício, o **adotado pode voltar à sua casa paterna.**

§ 190 – Se alguém não tem entre os seus filhos uma criança que tomou e criou como filho, o **adotado pode voltar à sua casa paterna.**

§ 191 – Se alguém tomou e **criou como filho uma criança**, constituiu um lar e tem filhos e **quer renegar o adotado, o filho adotivo não deverá sair sem mais nem menos.** O pai adotivo lhe deverá dar sobre seu patrimônio, um terço da sua quota de filho, e então ele deverá afastar-se. Do campo, do horto e da casa não deverá dar-lhe nada.

§ 192 – Se o filho de um eunuco ou de uma meretriz diz a seu pai adotivo ou a sua mãe adotiva: **'tu não és meu pai ou minha mãe', dever-se-á cortar-lhe a língua.**

§ 193 – Se o filho de um eunuco ou de uma meretriz aspira voltar à casa paterna, se afasta do pai adotivo e da mãe adotiva e volta à sua casa paterna, dever-se-á tirar-lhe os olhos.

§ 194 – Se alguém dá seu filho a ama, e o filho morre na mão desta, mas a ama sem conhecimento do pai ou da mãe amamenta uma outra criança, deve-se provar que ela sem conhecimento do pai ou da mãe amamentou uma criança, e cortar-lhe o seio.

§ 195 – Se um filho bate em seu pai, dever-se-á cortar suas mãos. (Destaques nossos).

Cumpra-se perceber que o Código de Hamurabi denotava uma espécie de revogabilidade do instituto para situações em que o adotado poderia ou deveria retornar à família de origem (parágrafos 186, 189, 190 e 191). Em outras situações, o adotado não poderia ser reclamado ou retornar à família biológica (parágrafos 185, 187 e 188) . Curioso notar que os parágrafos 192 e 193, em que o adotado se rebela contra os pais adotivos ou tenta retornar à família biológica, não previam a revogação do instituto, mas penas pessoais (cortar a língua ou arrancar os olhos).

Pela simples leitura do Código não se pode afirmar que o vínculo entre adotantes e adotado era baseado na afetividade. Pela interpretação do parágrafo 189, aparentemente o vínculo preponderante seria socioeconômico, bem diferente do que se espera da adoção na atualidade.

As Leis de Manu da sociedade Hindu (aproximadamente entre séculos II a.C. e II d.C.), por sua vez, previam situações relacionadas ao instituto estudado, ainda com a preponderante finalidade de atender às crenças religiosas de continuidade das famílias e dos cultos domésticos⁶

Art. 476. Quando não se tem filhos, a progenitura que se deseja pode ser obtida pela união da esposa, convenientemente autorizada, com um irmão ou com um outro parente.

Art. 554. Pela razão que o filho livra seu pai da morada infernal chamada *Pout*, ele tem sido chamado Salvador do inferno pelo próprio *Brâma*.

Art. 558. Um filho dado a uma pessoa não faz mais parte da família de seu pai natural e não deve herdar de seu patrimônio; o bolo fúnebre segue a família e o patrimônio; para aquele que deu seu filho não há mais oblação fúnebre feita por esse filho.

Art. 584. Deve-se reconhecer como filho dado, aquele que um pai e uma mãe, por mútuo consentimento, dão, fazendo uma libação d'água, à uma pessoa que não tem filhos, sendo da mesma classe que essa pessoa e demonstrando afeto.

Art. 585. Quando um homem toma para filho um rapaz da mesma classe que ele, que conhece a vantagem da observação das cerimônias fúnebres e o mal resultante de sua omissão, e dotado de todas as qualidades estimadas em um filho, este filho é chamado filho adotivo.

Art. 587. O menino, que um homem recebe como seu próprio filho, depois que ele foi abandonado pelos pais ou por um deles, sendo o outro morto, é chamado filho exposto.

Art. 590. O menino que um homem desejoso de ter filho cumpra o serviço fúnebre em sua honra, compra ao pai ou à mãe, é chamado filho comprado [...].

Art. 593. O filho que perdeu seu pai e sua mãe ou que foi abandonado por eles sem motivo, e que se oferece *motu proprio* a alguém, se diz dado por si mesmo.

Art. 604. Na falta de todas essas pessoas, *Brâmanes* versados nos três Livros Santos, puros de espírito e de corpo, e senhores de suas paixões, são chamados a herdar, e devem por consequência, oferecer o bolo; dessa maneira os deveres fúnebres não podem cessar.

De acordo com Antônio Chaves, a adoção entre os romanos era instituto de direito privado, tendo passado por várias modalidades, como a *ad-rogação*, medida mais grave de transferência do pátrio poder em que o chefe de uma família adotava outra, e a adoção propriamente dita – a *adoptio* – “ato relativo a uma criança submetida ao poder de seu pai, um filho-família”, tendo a adoção finalidade de transferência do pátrio poder relativo ao infante⁷.

6 CARLETTI, Amilcare. **Brocados jurídicos**: volume III – Códigos Primitivos. São Paulo: Universitária de Direito, 1986. p. 330 et seq.

7 CHAVES, Antônio. **Adoção e legitimação adotiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 31 et seq.

À época do Imperador Justiniano a adoção evolui para dar ao filho adotivo direitos em relação ao pai adotante. Surgem as modalidades *adoptio plena*, em que o adotante era ascendente do adotado e *adoptio minus plena*, em que o adotante não tinha vínculo de parentesco com o adotado⁸.

Casos emblemáticos foram relatados na Bíblia: Ester 2, 7 – “Este criara a Hadassa (que é Ester, filha de seu tio), porque não tinha pai nem mãe; e era jovem bela de presença e formosa; e, morrendo seu pai e sua mãe, **Mardoqueu a tomara por sua filha**” (destaque nosso); Êxodo 2, 10 – “E, quando o menino já era grande, ela o trouxe à filha de Faraó, **a qual o adotou**; e chamou-lhe Moisés, e disse: Porque das águas o tenho tirado” (destaque nosso); e o mais relevante deles: Jesus não era filho biológico de José, mas por ele fora adotado – Mateus 1, 18-25⁹.

Na Idade Média, a adoção deixou de ser instituto utilizado pelas famílias, caindo em desuso, tendo em vista mudanças na religiosidade que passa a ser majoritariamente cristã, com culto ao sacramento do matrimônio, mas retorna na Idade Moderna principalmente na legislação francesa, com destaque para o Código de Napoleão¹⁰.

Com efeito, a breve análise da evolução histórica da adoção também permite verificar modificações ao longo do tempo no tocante a seu conceito jurídico e natureza jurídica. No Brasil, diversos teóricos se manifestaram, buscando a melhor tipificação jurídica para o instituto.

O conceito de adoção para Clóvis Beviláqua possui como elemento central o fato de alguém aceitar um estranho na qualidade de filho, sendo, portanto, ficção jurídica¹¹. Sílvio Rodrigues critica a definição de Beviláqua, por entender que o adotante não *aceita* o adotado, mas tem comportamento positivo e não passivo, por, em geral, tomar a iniciativa pela adoção¹². Caio Mário da Silva Pereira também denota, em sua definição, certa postura passiva

8 CHAVES, Antônio. **Adoção e legitimação adotiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 31 et seq.

9 BÍBLIA. Est 2,7; Ex 2,10; Mt 1,18-25. Português. Versão da Edição Pastoral. **Bíblia Sagrada**. São Paulo: Paulus, 1990.

10 KAUSS, Omar Gama Ben. **A adoção no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993. p. 5 et seq.

11 BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio; Faculdades Integradas Estácio de Sá, 1976. p. 351.

12 RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6. p. 340.

do adotante, posto que o instituto seria “ato jurídico pelo qual uma pessoa **recebe** outra como filho” (destaque nosso), mas complementa que o parentesco consanguíneo é irrelevante para sua concretização¹³.

Mais recentemente, Sílvio Venosa afirma que a adoção é ato de manifestação de vontade, sendo “modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural.”¹⁴. O teórico complementa salientando que o vínculo não é uma relação de filiação biológica, mas afetiva. Afirma ainda que a adoção tem utilidade ao infante abandonado ou carente e aos casais sem filhos, desde que atenda ao melhor interesse do adotado.¹⁵

Hugo Nigro Mazzilli diz que “a adoção, por qualquer de suas atuais formas, é ficção jurídica que estabelece entre adotante e adotado uma relação de paternidade e filiação”¹⁶. No mesmo sentido, Arnoldo Wald registra que a adoção é parentesco civil de filiação criado por ato jurídico solene e bilateral “entre pessoas para as quais tal relação inexistia naturalmente”¹⁷. Orlando Gomes conceituou a adoção como sendo o “ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente do fato natural da procriação, o vínculo de filiação”, entendendo, em conformidade aos demais autores, se tratar de ficção jurídica¹⁸.

Ben Kauss afirma que a definição de Orlando Gomes “[...] parece conter a perfeição das verdades definitivas porque atravessou os tempos e se apresenta moderna [...].”¹⁹ Demasiado afirmar que tal conceito contenha “*a perfeição de verdades definitivas*”, ante a dificuldade (se não impossibilidade) de existirem verdades definitivas, sobretudo perfeitas.

Por outro lado, cumpre verificar que muitos dos autores citados não contemplaram em suas definições uma das finalidades da adoção: dar proteção a uma criança ou adolescente, permitindo desenvolvimento adequado daquele privado de convivência com a família

13 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 392.

14 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 295.

15 VENOSA, 2005, loc. cit.

16 MAZZILLI, Hugo Nigro. As várias formas de adoção. **Justitia**. São Paulo. v. 48. n. 133. p. 26-32. jan./mar. 1986. p. 26.

17 WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 197.

18 GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998. p. 369.

19 KAUSS, Omar Gama Ben. **A adoção no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993. p. 10.

biológica, conforme se manifesta Eunice Granato²⁰

A adoção, como hoje é entendida, não consiste em 'ter pena' de uma criança, ou resolver situação de casais em conflito, ou remédio para a esterilidade, ou ainda, conforto para a solidão. O que se pretende com a adoção é **atender às reais necessidades da criança**, dando-lhe uma família, onde ela se sinta acolhida, protegida, segura e amada.

Nas palavras de Jason Albergaria, a adoção “visa a resgatar a dignidade humana da criança abandonada, de cujo abandono todos somos responsáveis”²¹, ressaltando o autor o caráter social do abandono de crianças e adolescentes. João Delciomar Gatelli complementa que a adoção estabelece “relações de cunho sentimental”²², além do vínculo jurídico pretendido.

Arnoldo Wald defende que a adoção “superou a fase individualista e egoísta para ser um instituto de solidariedade social, de auxílio mútuo, um meio de repartir por maior número de famílias os encargos de proles numerosas”²³. Wilson Liberati, por outro lado, faz questão de rechaçar qualquer caráter assistencialista do instituto²⁴

Não existe palavra mais hedionda, ou que produza efeitos mais danosos numa criança que o termo *assistencial*. Para os conhecedores da prática da adoção esta palavra tem significado pejorativo. Quem pensa em adotar para fazer ato benemérito ou filantrópico, ou que procura na adoção um meio de 'preencher o vazio e a solidão do casal', [...], está completamente alienado e alijado do verdadeiro sentido da adoção. [...]. A adoção requer dos interessados, sejam eles nacionais ou estrangeiros, a disponibilidade para *se entregar ao amor pela criança*. Porque não é possível existir a adoção *sem o amor*. (Destaques do autor).

Maria Berenice Dias reforça esse entendimento, especificamente sobre a adoção de crianças e adolescentes, manifestando-se pelo atual rompimento com a finalidade assistencialista ou institucionalista da adoção, ressaltando a doutrina da proteção integral em detrimento ao exclusivo interesse e vontade dos adotantes, afirmando que “[...] a adoção significa muito mais a **busca de uma família para uma criança**” (destaque da autora) e não

20 GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 26.

21 ALBERGARIA, Jason. **Adoção simples e adoção plena**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1990. p. 17.

22 GATELLI, João Delciomar. **Adoção internacional: procedimentos legais utilizados pelos países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 26.

23 WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 200.

24 LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção: adoção internacional – doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 24-27.

“a busca de uma criança para uma família”²⁵.

Assim como a evolução conceitual da adoção, o estudo da natureza jurídica do instituto também modificou-se entre os operadores do direito ao longo do tempo. Planiol manifestava-se pela natureza privada e contratual do instituto²⁶. Henri, Léon e Jean Mazeaud entendiam a adoção como forma artificial de filiação criada pela autonomia da vontade²⁷. Orlando Gomes, sobre a natureza jurídica da adoção, afirmava que²⁸

[...] não é possível considerá-la um *contrato* no sentido que ao vocábulo se atribui em direito patrimonial. A manter-se tal qualificação, necessário se torna ajuntar que é relação contratual familiar, para esclarecer que se distingue pela peculiaridade da predeterminação legal do seu conteúdo. Por exigir o *concurso de vontades*, forma-se como todo contrato, mas não têm as partes liberdade para a regulação dos seus efeitos, devendo, necessariamente, aderir ao esquema preestabelecido na lei. Constitui-se bilateralmente, limitando-se, à sua formação a *autonomia privada*. Daí a observação de quem é uma *instituição* de base contratual, tendo natureza híbrida. [...]. Com esses esclarecimentos, pode-se afirmar que a adoção é *contrato de direito familiar* ainda nos sistemas que exigem homologação judicial. (Destaques do autor).

Para Sílvio Venosa, atualmente a adoção é ato jurídico que estabelece a filiação, independentemente do laço sanguíneo²⁹. Para Silvio Rodrigues é negócio unilateral e solene “[...] porque a lei lhe impõe determinada forma, sem a qual o ato não tem validade, ou mesmo existência, como tal”³⁰. Caio Mário, por sua vez, reconhece a solenidade do instituto, mas afasta eventual caráter contratual, entendendo a adoção como “ato complexo de princípios diversificados”³¹, que deve assegurar amparo e proteção à crianças e adolescentes.

25 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 426.

26 “Se debe agregar a esta filiación verdadera, la filiación llamada *adoptiva* cuando las personas crean entre sí, por un acto jurídico particular, y a favor de una ficción, relaciones análogas a las que resultan de la filiación legítima”. BOULANGER, Jean; RIPERT, Georges. **Tratado de derecho civil segun el tratado de Planiol**. Tomo II. Volumen I. Traducción de Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1963. p. 466.

27 “Parce qu’elles résultent l’une et l’autre du lien du sang, la filiation légitime et la filiation naturelle sont parfois qualifiées de filiation naturelles *lato sensu*, ou de filiation par le sang, par opposition à la *filiation artificielle, fictive*, qu’est la filiation adoptive. La filiation adoptive crée, em effet, un lien juridique de filiation entre deux personnes em dehors de tout lien du sang. *Elle nai uniquement de la volonté*.” (Destaque dos autores). MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Jean; MAZEAUD, Léon. **Leçons de droit civil**. Tome Premier. Troisième Volume. 6. ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1976. p. 455.

28 GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998. p. 371-372.

29 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 296.

30 RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6. p. 341.

31 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 396.

Há ainda a corrente institucionalista, a qual defende ser a adoção um instituto de ordem pública, posto que para sua concretização há necessidade de intervenção legal e estatal, tendo por adeptos, dentre outros, Antônio Chaves³² e Wilson Liberati³³.

A importância da análise desses dados históricos é perceber o quanto o instituto da adoção evoluiu ao longo do tempo, sobretudo no tocante aos interesses tutelados. Se antes tinha finalidade primordialmente religiosa, passando por questões pecuniárias, políticas e sociais, atualmente baseia-se (ou deveria basear-se) na afetividade. São os laços afetivos que devem ser estabelecidos para o sucesso do instituto. Ademais, se outrora o interesse defendido era principalmente dos adotantes, agora preocupa-se com o melhor interesse da criança e do adolescente. Essa mudança de paradigma será de fundamental importância para a análise e estudo dos temas em questão.

1.2 Evolução Legislativa da Adoção no Brasil até a Lei n. 12.010/09

A evolução do instituto pesquisado, na legislação brasileira, ocorreu de forma lenta e gradual, todavia hoje em nada se parece com o tratamento outrora dispensado. Segundo Eunice Granato, considerando que As Ordenações do Reino vigoraram no Brasil até a entrada em vigor do Código Civil de 1916, a adoção, na legislação pátria, seguia a regulamentação do direito português, sendo inicialmente de fato regulamentada no Brasil apenas com o advento da Lei 3.071/1916 – o vetusto Código Civil³⁴.

A norma civilista de 1916, com as alterações promovidas pela Lei n. 3.133/57, estipulava, em seu artigo 336, que a adoção estabelecia tão somente parentesco civil entre o adotante e o adotado. Os artigos 368 e seguintes do CC/16 traziam os comandos normativos mais relevantes para adoção, quais sejam: 1) apenas os maiores de 30 anos poderiam adotar (art. 368); 2) haveria a necessidade pelo menos cinco anos de matrimônio para adotar (art. 368, parágrafo único), sendo a adoção conjunta permitida exclusivamente para casados (art.

32 CHAVES, Antônio. **Adoção e legitimação adotiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 20-21.

33 LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção**: adoção internacional – doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21-23.

34 GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2008. p. 43.

370); 3) idade do adotante deveria ser superior em pelo menos dezesseis anos que a idade do adotado (art. 369); 4) o consentimento do adotado, ou seu representante legal, era imprescindível (art. 372); 5) o adotado, menor ou interdito, poderia desligar-se da adoção no prazo de um ano que atingisse a maioridade ou cessasse a interdição (art. 373); o vínculo da adoção poderia ser igualmente dissolvido por convenção das partes e nos casos em que fosse admitida a deserção (art. 374); 6) a adoção simples seria realizada mediante escritura pública, não se admitindo condição ou termo (art. 375); 7) o parentesco civil criado pela adoção restringia-se ao adotante e adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais (art. 376); 8) se o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a adoção não envolvia a sucessão hereditária (art. 377); e 9) a adoção apenas extinguiu o pátrio poder com relação à família de origem, sendo mantidos os direitos e deveres com a família biológica (art. 378)³⁵.

Uma das principais consequências da adoção no Código Civil de 1916 era a manutenção dos laços naturais do adotado à família de origem. Havia, portanto, apenas a transferência do poder familiar aos adotantes, sendo esse um efeito definitivo. Outrossim, imperioso perceber que a relação de parentesco resultante da adoção não se estendia além de adotantes e adotado, exceto pelos impedimentos matrimoniais, em que pese a interpretação do dispositivo não ser restritiva, posto que admitiam-se fixar os laços de parentesco entre adotantes e descendentes do adotado³⁶.

Outra importante consequência das normas previstas pelo Código de 1916 era a possibilidade de dissolução do vínculo de filiação estabelecido pela adoção, em três situações: por acordo de vontade de ambas as partes (art. 374), por ato do adotado que representasse deserção (art. 374), ou por vontade do adotado quando completasse a maioridade ou cessasse sua interdição (art. 373). Nesses casos, o vínculo de filiação criado pela adoção seria rompido, sendo necessário para a dissolução do instituto ação judicial com sentença transitada em julgado, para os casos de revogação por ingratidão, ou se realizando por escritura pública, nos casos de mútuo consentimento³⁷.

35 BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil**. Diário Oficial da União, 5 jan. 1916.

36 GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998. p. 375.

37 Ibid., p. 377.

Àquela época, os filhos adotivos não possuíam os mesmos direitos dos filhos chamados de legítimos, que seriam aqueles advindos por ocasião do casamento (art. 337, do CC/16). É possível perceber que a legislação brasileira de outrora tutelava a instituição do casamento, sendo a família considerada uma organização hierarquizada.

O chamado “Estatuto da Mulher Casada”, Lei 4.121/62, promoveu alterações no Código Civil de 1916, todavia manteve a hierarquia familiar – o marido permanecia considerado “chefe da sociedade conjugal” (art. 233 do Código Civil), lhe sendo subordinados a mulher e os filhos³⁸. A norma nada alterou no instituto da adoção.

Em 1965, a Lei n. 4.655 criou a figura da legitimação adotiva. Uma das principais características da legitimação adotiva era a irrevogabilidade do instituto e a ruptura dos laços de filiação com a família biológica. Outrossim, a lei previa inúmeros requisitos para sua concessão. Inicialmente, deveria se tratar de adoção em que a criança fosse “exposta” (pais desconhecidos), ou abandonada, já tendo ocorrido a destituição do poder familiar. O infante deveria ter menos de sete anos de idade, ou se tivesse mais de sete anos, que já tivesse sob a guarda dos legitimantes antes de completar tal idade. Nesse particular, exigia-se que o período mínimo de guarda do infante fosse de três anos³⁹.

O perfil dos adotantes também deveria ser específico. Os requerentes deveriam possuir pelo menos cinco anos de matrimônio e um deles mais de trinta anos de idade. Exigia-se, ainda, ausência de filhos biológicos. O prazo de cinco anos de matrimônio seria dispensado caso provada, mediante perícia médica, que um dos cônjuges fosse estéril e existisse a estabilidade conjugal. Os viúvos com mais de trinta e cinco anos poderiam pleitear a legitimação adotiva, desde que provado que o infante já estivesse integrado em seu lar há mais de cinco anos.

Em qualquer caso, os requerentes deveriam apresentar documentação comprobatória de sua idoneidade e sanidade, devendo comprovar inclusive ausência de moléstia contagiosa. A sentença no processo teria efeitos constitutivos, devendo ser inscrita no Registro Civil,

38 BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Diário Oficial da União**, 3 jun. 1962.

39 BRASIL. Lei nº 4.655, de 02 de junho de 1965. Dispõe sobre a legitimidade adotiva. **Diário Oficial da União**, 3 jun. 1965.

como se a criança não o possuísse, onde se consignariam os nomes dos pais adotivos como pais legítimos e os nomes de seus ascendentes, sendo que o mandado de inscrição seria arquivado, dele não podendo ser fornecidas certidões, não podendo ainda constar nenhuma observação sobre a origem do ato, sendo anulado o registro original da criança. Outrossim, a norma permitia a alteração do prenome da criança, mediante requerimento dos adotantes.

Por fim, a lei esclarecia que o adotado teria os mesmos direitos e deveres dos filhos legítimos, salvo no que diz respeito à sucessão, se o adotado concorresse com filho legítimo superveniente à adoção.

Em 1979, a Lei 6.697, chamada de “Código de Menores”, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da adoção plena⁴⁰. De fato, foi a evolução natural da legitimação adotiva introduzida pela Lei 4.655/65 e agora revogada.

O Código de Menores se prestava à tutela, assistência, proteção e vigilância de crianças e adolescentes com menos de 18 anos de idade, e que se encontrassem em situação irregular, ou seja, em situação de vulnerabilidade ou fosse autor de infração penal, nos termos do art. 2º da Lei 6.697/79.⁴¹

No que diz respeito ao instituto ora estudado, a lei trouxe novas modalidades de adoção: a adoção simples, prevista nos artigos 27 e 28, e a adoção plena, prevista nos artigos 29 e seguintes. Na primeira modalidade, a adoção traria os efeitos previstos no Código Civil de 1916 já comentados (revogabilidade e manutenção dos laços biológicos), e continuaria sendo permitida sua realização mediante escritura pública, todavia agora seria necessária autorização judicial.

40 BRASIL. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. **Diário Oficial da União**, 11 out. 1979.

41 Art. 2º, da Lei 6.697/79: “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: 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.” BRASIL. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. **Diário Oficial da União**, 11 out. 1979.

A adoção plena, por sua vez, somente poderia ser decretada mediante sentença judicial, tendo como efeitos mais relevantes a ruptura dos vínculos com a família de origem (subsistindo apenas os impedimentos matrimoniais) e a irrevogabilidade. Destarte, percebe-se que a antiga legitimação adotiva, introduzida pela Lei n. 4.655/65, se transformou na adoção plena do Código de Menores.

Para esta modalidade, outros requisitos eram necessários: somente poderiam adotar casais com mais de cinco anos de matrimônio, desde que não estéreis, caso em que o prazo não seria exigido; pessoas solteiras ou divorciadas não poderiam adotar plenamente, em regra. A novidade era o fim da exigência de que os adotantes não possuíssem filhos biológicos. Outrossim, a adoção plena passou a atribuir direitos hereditários ao adotado em igualdade de condições com os demais filhos, não acontecendo o mesmo na adoção do Código Civil ou na adoção simples.

Nesse momento legislativo, portanto, passaram a existir três formas para adoção: 1) a adoção do Código Civil, que se concretizava por escritura pública, sem qualquer interferência judicial, se aplicando a adotandos maiores e capazes ou menores em situação regular, sendo que seus efeitos limitavam-se aos adotantes e adotandos, sendo mantidos os vínculos com a família natural; 2) a adoção simples do Código de Menores, que poderia se concretizar por escritura pública, todavia mediante autorização judicial, se aplicando aos menores de dezoito anos, em situação irregular, tendo os mesmos efeitos da lei civil; 3) a adoção plena, muitíssimo semelhante à extinta legitimação adotiva, que se concretizava por sentença judicial, destinando-se aos menores de sete anos em situação irregular, ou com mais de sete anos e menos de dezoito, também em situação irregular, desde que à época em que o adotando completou sete anos já estivesse sob a guarda dos adotantes, sendo que essa modalidade era irrevogável e rompia com todos os vínculos com a família biológica (exceto os impedimentos matrimoniais).

O mais importante marco legislativo no tocante ao tema estudado foi, sem sombra de dúvidas, o advento da Constituição Federal de 1988, posto que as Constituições brasileiras anteriores negligenciaram o assunto⁴². Pela leitura das atas das reuniões da Comissão da

42 NAZO, Georgette Nacarato. Adoção internacional: valor e importância das convenções internacionais vigentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo. v. 92. p. 301-

Família, da Educação, Cultura e Esportes, Ciência e Tecnologia e da Comunicação do legislador constituinte, no tocante ao tema da adoção, é possível perceber a preocupação em se acabar de vez com a desigualdade que existia anteriormente entre diversas categorias de filhos.

O constituinte Artur da Távola se manifestou pela importância de constar no texto constitucional a equiparação entre os filhos, “acabando de uma vez por todas com discriminações de qualquer natureza, que acabam magoando, infelicitando, complicando o desenvolvimento psicológico de tantas crianças”⁴³. A constituinte Cristina Tavares consignou⁴⁴:

Seremos julgados pela Nação brasileira que está aí fora. Se fizermos uma Constituição tão pequena como se fosse um sapato apertado no pé, essa Constituição não resistirá ao movimento social e este País poderá chegar à instabilidade com a responsabilidade daqueles que querem que o Brasil volte ao século XVIII ou ao século XIX.

Pelos debates travados, também foi possível perceber a preocupação não apenas com o direito à igualdade de filiação, mas também no que diz respeito à regulamentação da adoção por nacionais e por estrangeiros. O subprojeto trazia o seguinte texto: "A adoção de menores brasileiros e estrangeiros radicados no Brasil será estimulada pelos poderes públicos, com a assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, na forma da lei"⁴⁵. O assunto foi intensamente discutido, sobretudo com a preocupação do problema do tráfico de crianças. O constituinte Nelson Aguiar, sobre a adoção e sobre a institucionalização de crianças, afirmou⁴⁶:

A sociedade brasileira precisa encarar uma coisa nova nesta direção, precisa ser incentivado. Os meios de comunicação, as igrejas, as escolas, enfim, temos que caminhar, temos de debater esta questão como um problema nacional, acabarmos com esse maniqueísmo de achar que a responsabilidade é do pai e da mãe que o geraram. A responsabilidade é da sociedade brasileira, é do povo brasileiro.

320. jan./jul. 1997. p. 305

43 BRASIL. Senado Federal. **ANais**. Documentos da Assembléia Nacional Constituinte. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/8%20-%20COMISS%C3%83O%20DA%20FAM%C3%8DLIA,%20DA%20EDUCA%C3%87%C3%83O,%20CULTURA%20E%20ESPORTE.pdf>>. p. 182. Acesso em 10 maio 2011.

44 Ibid., p. 237.

45 Ibid., p. 70.

46 Ibid., p. 72.

Novamente o relator constituinte Artur da Távola se manifesta acerca da polêmica, ressaltando a importância em se dedicar à questão da adoção, da institucionalização, do comércio e tráfico de crianças, se manifesta sobre as palavras do colega Nelson Aguiar⁴⁷:

A frase de S. Ex^a é: “qualquer família ruim é melhor do que uma boa instituição que interne crianças”, que me parece uma frase de efeito que vale pelo brilho e não pelo significado, porém reflete a ânsia do Constituinte de acabar com essas formas de confinamento do menor em situação irregular, daí porque S. Ex^a indefere o internamento. O pensamento contrário a essa posição merece também reflexão dos Srs. Constituintes de que a adoção e o acolhimento em geral são feitos por setores privilegiados da sociedade que, inevitavelmente, não têm a necessidade propriamente dos incentivos fiscais e subsídios na forma da lei. Acreditam os que pensam assim que a adoção e o acolhimento podem até ser uma política administrativa temporária do Estado, porém não uma norma constitucional, vez que sendo uma política temporária do Estado, em momentos em que acolhimento e adoção ajudam o equilíbrio social elas funcionarão na direção da pretensão do Constituinte mas, sendo uma norma constitucional, de certa forma estimulará, a longo prazo, que as famílias de porte acabem, de alguma maneira, maior ou menor, interferindo na relação da maternidade pobre, acabando por retirar do contato com a mãe, por ser mais fácil, por estar facilitado com a lei, por estar facilitado por incentivos fiscais, tornando mais fácil ou mais comum a ruptura da relação mãe-filho.

Finalizados os trabalhos, o primeiro marco legislativo e principiológico foi que a Constituição Federal de 1988 passou a admitir, expressamente, diferentes formas familiares para além do casamento, reconhecendo a união estável (art. 226, § 3º) e as famílias monoparentais (art. 226, § 4º), sendo que o rol apresentado não é taxativo, mas exemplificativo. No tocante à adoção, o texto aprovado, constante no art. 227, § 5º, da Constituição Federal foi: “A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”⁴⁸.

O art. 227, § 6º, da Carta Democrática, foi assim redigido: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”⁴⁹.

47 BRASIL. Senado Federal. **ANais**. Documentos da Assembléia Nacional Constituinte. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/8%20-%20COMISS%C3%83O%20DA%20FAM%C3%8DLIA,%20DA%20EDUCA%C3%87%C3%83O,%20CULTURA%20E%20ESPORTE.pdf>>. Acesso em 10 maio 2011. p. 185.

48 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

49 Ibid.

Destarte, toda e qualquer discriminação entre filhos biológicos e adotivos passava a ser inconstitucional, cabendo inclusive manejo de ação judicial de retificação, restauração e suprimimento de registro, caso contante designação discriminatória no assento de nascimento do interessado⁵⁰. Ademais, as categorias de filhos anteriormente existentes (legítimos, adulterinos, dentre outros) deixava definitivamente de existir. Restavam inaplicáveis, portanto, as discriminações existentes no Código Civil de 1916 e legislações infraconstitucionais.

Observa-se que a legislação brasileira evoluiu, por influência notória da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pela Resolução XLIV da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990 – Decreto n. 99.710/90 – em que o princípio do superior interesse da criança é fonte nuclear.

A Convenção deixa claro que toda criança deve crescer e se desenvolver “no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão”⁵¹, sendo que a adoção será medida implementada apenas em atendimento ao superior interesse da criança. Nessa perspectiva, resta patente que, quando se tratar de criança ou adolescente, a adoção não deve se prestar a suprir os interesses dos adotantes, mas apenas dos adotandos.

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente foi o norteador do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90, conforme expresso em seu artigo primeiro: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”⁵². A inovação foi visível, sobretudo porque, o Código de Menores, revogado pelo ECA, de fato não tinha tal princípio como base e orientação de suas prescrições normativas. Em que pese tutelar direitos e interesses infanto-juvenis, trazia na realidade penalidades e sanções travestidas de medidas de proteção.⁵³

50 CORRÊA JÚNIOR, Luiz Carlos de Azevedo. Designações discriminatórias atinentes ao estado de filho: proibição e alteração do registro que as contenha. **Revista da Associação dos Magistrados Mineiros**. Volume XXII, ano XIII. p. 219-220. abr. 1993. p. 220.

51 BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**: 22 nov. 1990.

52 BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 16 jul. 1990.

53 LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 15.

Pela doutrina da proteção integral, a criança (até doze anos de idade) e o adolescente (até 18 anos de idade) passaram a ter prioridade de tratamento e atendimento, independentemente da situação em que se encontrem. O ECA acrescentou, em seu artigo terceiro, que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei”, fazendo crer que a proteção integral passa a fazer parte do catálogo de direitos fundamentais da pessoa humana.

No que diz respeito ao tema objeto do presente estudo, o Estatuto reiterou o mandamento constitucional de equiparação dos filhos adotivos aos filhos biológicos, conforme expresso no art. 20, que repetiu literalmente o § 6º, do art. 227, da Constituição Federal de 1988. Ainda por influência da Carta Magna e da Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente, extinguiu a modalidade de adoção simples, forte e marcante modificação, posto que a adoção passou a romper, definitivamente, os laços do adotando e sua família de origem, exceto no tocante aos impedimentos matrimoniais.

O art. 43 do Estatuto foi importante registro da doutrina da proteção integral, ao dispor que a adoção é medida efetivada somente quando representar reais vantagens para o adotando. É a confirmação da mudança de paradigma: se antes, no Código Civil, se privilegiava os interesses dos adotantes, agora, na adoção de crianças e adolescentes, dever-se-ão observar o melhor interesse para o adotando.

A adoção de crianças e adolescentes, portanto, passou a ter um único efeito de plenitude, nos moldes e requisitos previstos no ECA, conforme o art. 40. Segundo a norma, após o adotando completar dezoito anos, o procedimento seria o previsto no Código Civil, a não ser que já estivesse sob a guarda ou tutela dos adotantes antes de completar essa idade.

A idade mínima dos adotantes passou a ser 21 anos, e não 30 anos como previa o Código Civil, desde que não sejam ascendentes ou irmãos do adotando. O art. 42, § 2º, fazia referência à adoção por pessoas casadas ou 'concubinas', sendo necessária a estabilidade da família. Ademais, a lei esclarecia a situação jurídica da adoção unilateral, ou seja, quando um cônjuge ou companheiro desejava adotar o filho do outro. Nos termos do art. 41, § 1º, do ECA, o pedido seria possível e restariam mantidos os vínculos de filiação e o poder familiar

do cônjuge ou companheiro do adotante com relação a seu filho biológico, o adotando.

Vale registrar que o art. 42 do ECA contemplou a possibilidade da adoção para aqueles não casados, mas que viviam em regime de união estável, como reflexo da Constituição de 1988, que passou a reconhecer essa nova forma de formação da família. Antes da entrada em vigor do ECA, a legislação brasileira apenas admitia que pessoas casadas adotassem conjuntamente.

O Estatuto manteve a diferença de dezesseis anos de idade entre adotantes e adotando, já prevista pelo antigo Código Civil. Para a adoção conjunta, portanto, não seria mais necessário o prazo de cinco anos de matrimônio ou comprovação de esterilidade de um dos cônjuges.

Existem autores que criticam o fato de o Estatuto não ter trazido qualquer limitação de diferença de idade máxima entre adotantes e adotando, apenas diferença mínima. Isso possibilitaria, por exemplo, casais octagenários adotando recém-nascidos, o que seria bem diferente da filiação natural ou biológica⁵⁴. Em verdade, são os estudos psicossociais que demonstram se um casal de idade avançada tem ou não condições de adotar um recém-nascido. Caso positivo, parece não haver qualquer fundamentação plausível para impedir a adoção, que sempre terá como critério o superior interesse do adotando.

O parágrafo 4º do art. 42 previa a adoção conjunta de pessoas divorciadas ou separadas judicialmente, desde que houvesse concordância sobre o regime de guarda e visitas, e ainda que o estágio de convivência tivesse se iniciado na constância da sociedade conjugal. O parágrafo 5º do art. 42 dispunha sobre a possibilidade de concretização da adoção do adotante falecido no curso do processo. Todavia, não há aqui qualquer inovação, posto que o Código de Menores e a Lei 4.655/65 já regulamentavam no mesmo sentido.

O consentimento dos pais biológicos, quando conhecidos e não destituídos do poder familiar, também se tornou exigência do ECA em 1990, sobretudo pelo fato da adoção romper com todos os laços existentes entre o adotando e sua família de origem. Outrossim, o

54 GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2008. p. 80-81.

consentimento do adotando que contasse com mais de doze anos passou a ser necessário e desejável.

O art. 46 do ECA também previa que a adoção seria precedida de estágio de convivência entre os adotantes e adotando, pelo prazo que o magistrado entendesse apropriado ao caso concreto. Na redação original do Estatuto, o § 1º previa que, no caso de adoção nacional, o estágio poderia ser dispensado, desde que a criança não possuísse mais de um ano ou, se com idade superior a um ano, já estivesse na companhia dos adotantes por tempo suficiente a constituir o vínculo familiar.

O ECA veio esclarecer, ainda, que o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, inscrita no registro civil, sendo cancelado o registro original do adotado e nenhuma observação sobre a origem do ato poderia constar nas certidões do registro. Os efeitos da adoção seriam produzidos, portanto, após o trânsito em julgado da sentença, exceto no caso de falecimento de adotante no curso do processo, que teria força retroativa à data do óbito (art. 47 e parágrafos). O art. 49, por fim, veio esclarecer que a morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais biológicos.

Na sequência da publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Poder Legislativo editou a Lei n. 8.242, de 12 de outubro de 1991, que criou o CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, o qual, segundo o art. 2º da lei, tem, dentre outras atribuições, a responsabilidade na elaboração de normas gerais de política nacional de atendimento aos direitos da criança e do adolescente, competindo-lhe zelar pela aplicação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

Em agosto de 1994 o CONANDA, considerando denúncias de adoções irregulares procedidas em alguns Estados, aprovou moção ao Exmo. Sr. Presidente do STF solicitando que os Tribunais de Justiça dos Estados fossem estimulados a instalar comissões estaduais judiciárias de adoção, previstas no artigo 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em 1996, a Lei do Planejamento Familiar, Lei n. 9.263, surge como um incentivo à regulação da fecundidade, momento de reconhecimento legislativo da revolução sexual que

refletia a luta feminista pelo reconhecimento do papel da mulher na sociedade. As mulheres desde algum tempo procuravam adiar a maternidade, privilegiando a carreira e o próprio bem estar e a legislação surge como forma de garantir esse direito. Sem dúvida tal comportamento reflete, em algum aspecto, no instituto da adoção, já que muitas mulheres que não se encontram mais em idade fértil percebem na adoção uma possibilidade de concretizar seu desejo de maternidade.

Nesse ínterim, o direito brasileiro já aguardava importantes alterações no Direito Civil, posto que há quase três décadas tramitava o projeto que alteraria o Código Civil Brasileiro. Miguel Reale deixou suas impressões acerca das mudanças aguardadas, especificamente no que diz respeito ao Direito de Família⁵⁵:

Já havíamos dado grande passo à frente no sentido da igualdade dos cônjuges. Isso ficou ainda mais acentuado na Constituição, sobretudo no que se refere à situação dos filhos. Porquanto a Carta Política de 88 eliminou toda e qualquer diferença entre filhos legítimos, naturais, adulterinos, espúrios ou adotivos. Essa opção constitucional implicou evidentemente reexame das emendas oferecidas por Nelson Carneiro, de tal maneira que foi feita plena atualização da matéria em consonância com as novas diretrizes da Carta Magna vigente [...].

Após mais de mil emendas na Câmara dos Deputados e quatrocentas emendas no Senado Federal, em 11 de janeiro de 2003 entrou em vigor a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – o 'Novo Código Civil'. Nas palavras de Miguel Reale, surgia “a constituição do homem comum”, estampando os princípios da eticidade (boa-fé), da socialidade (ao contrário do caráter individualista da lei civil anterior) e da operabilidade (visando facilitar o labor do intérprete).⁵⁶

Imprescindível registrar que o Código Civil de 2002 também procurou estar em conformidade com a Constituição Federal de 1988 e os princípios nela insculpidos. Destarte, o legislador se preocupou, espelhado na Constituição Cidadã, com a valorização do indivíduo e sua personalidade, mas nos contornos da dignidade da pessoa humana⁵⁷.

55 REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 40, 1 mar. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/509>>. Acesso em: 16 abr. 2011.

56 REALE, Miguel. **Visão geral do novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2718>>. Acesso em: 19 abr. 2011.

57 MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os direitos da personalidade. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. (coord.). **O novo código civil: homenagem ao professor Miguel Reale**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2005. p. 54 et seq.

O instituto da adoção foi objeto de regulamentação do novel *codex*, nos artigos 1.618 a 1.629. Artur Marques registrou que “[...] com o novo Código Civil, pode-se afirmar que unificou-se o regime adocional, mas em dois tetos legislativos distintos”⁵⁸. Em verdade, o Código Civil harmonizou o instituto da adoção em conformidade com as diretrizes constitucionais e com o Estatuto da Criança e do Adolescente. De fato, a mudança em relação ao Código anterior foi completa. Em alguns momentos, entretanto, se limitou e repetir comandos normativos já presentes nas duas legislações ora citadas.

Uma importante ressalva deve ser feita no tocante a aplicabilidade do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente no que diz respeito à adoção. Dúvidas surgiram acerca da aplicabilidade das normas do ECA e da nova legislação civilista. Aquele se destinaria apenas à adoção de crianças e este quando se tratar apenas da adoção de maiores de 18 anos? Considerando que o novo Código Civil não revogou expressamente o ECA no tocante à adoção, e considerando ainda ser lei posterior, mas ser o Estatuto lei especial, firmou-se o entendimento de que deveria haver uma integração dos dispositivos do Código Civil com as normas do ECA.⁵⁹

Com a entrada em vigor do Novo Código Civil, a adoção estabelecida no Código Civil ficará integralmente revogada, prevalecendo as disposições do Novo Código Civil. Já no que diz respeito à adoção regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, por se tratar de *lei especial* editada com a finalidade precípua de disciplinar a proteção integral da criança (até 12 anos) e do adolescente (de 12 a 18 anos), deverá ela subsistir em harmonia com os dispositivos do novo Código Civil naquilo que não houver compatibilidade com o Estatuto, nos termos do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. Esse entendimento parece natural em virtude de se constatar que o Novo Código Civil não teve a pretensão de abranger toda a matéria [...]. (Destaque do autor).

Desta feita, considerando a coexistência de ambas legislações, uma primeira alteração significativa foi com relação à idade mínima dos adotantes, que passou de vinte e um para dezoito anos (art. 1.618). O parágrafo único do citado artigo manteve a necessidade de “estabilidade da família” para a adoção conjunta de casados ou companheiros, e desde que

58 SILVA FILHO, Artur Marques. Da adoção. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. (coord.). **O novo código civil: homenagem ao professor Miguel Reale**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2005. p. 1229.

59 JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. Comentários sobre a adoção no novo Código Civil. **Revista do Advogado**. Ano XXII. n. 68. dez. 2002. p. 130.

pelo menos um deles contasse com 18 anos.

Manteve o Código Civil a regra de diferença mínima de dezesseis anos de idade entre adotantes e adotando, conforme dispositivo já constante no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 1.619, C.C.), o mesmo se dando com a necessidade de consentimento dos pais biológicos ou representantes legais do adotando, e a concordância deste, se tiver mais de doze anos (art. 1.621, C.C.). Outrossim, a possibilidade de arrendimento e revogação do consentimento até a publicação da sentença constitutiva da adoção já era prevista no ECA (§ 2º do art. 1.621, C.C.).

O novo Código Civil trouxe um regramento, no art. 1.622, acerca da adoção conjunta que, em tese, impediria a adoção conjunta por casais homoafetivos: “ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável”. A norma também já era contemplada pelo ECA, no art. 42, § 2º. Em que pese não ser objeto do presente estudo, é digno de nota que a adoção conjunta veio ser admitida jurisprudencialmente pelo reconhecimento da união estável de casais homoafetivos, nos termos do art. 1.622 do Código Civil.

Repetiu também, a legislação civilista, a norma estatutária no que diz respeito ao superior interesse da criança. O art. 1.625 textualmente prevê que somente será admitida a adoção que constituir “efetivo benefício para o adotando”. É a doutrina da proteção integral materializada na legislação civilista. Sem inovação também no tocante a necessidade de processo judicial para concretização da adoção, mas com a inovação, no parágrafo único do art. 1.623, que o mesmo se daria com a adoção de maiores de dezoito anos, acabando com a possibilidade de adoção por escritura pública conforme previa o antigo código.

A repetição das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente também são percebidas no que diz respeito ao rompimento dos vínculos entre o adotado e a família de origem, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais (art. 1.626, CC) e no caso da adoção unilateral, em que permanecem os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante, e os respectivos parentes (art. 1.626, parágrafo único, CC).

Pela repetição dos comandos normativos presentes no ECA agora no novo Código Civil, é possível perceber a intenção do legislador em aplicar aos maiores de dezoito anos o mesmo regramento previsto para crianças e adolescentes.

Pouco tempo depois da promulgação do novo Código Civil, foi publicada a Lei n. 10.447, de nove de maio de 2002, que veio tão somente para instituir o Dia Nacional da Adoção, a ser comemorado no dia 25 de maio. A justificção, segundo o Projeto de Lei n. 4.749/2001, de autoria do Deputado João Matos, refere-se à data do primeiro encontro nacional de associações e grupos de apoio à adoção, realizado em Rio Claro-SP, no ano de 1996. Segundo o deputado, a comemoração se faz necessária para a conscientização da população acerca da importância do tema da adoção, que atualmente “busca resolver a crise da criança sem família”.⁶⁰

Desde o ano de 2004, representantes dos governo, da sociedade civil e do UNICEF, sob a coordenação da Secretaria Especial dos Direitos Humanos e do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, iniciaram um trabalho no sentido de desenvolver, após estudos e consulta pública, o que veio a ser o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, lançado em 2006.⁶¹

O Plano representa um marco na defesa do direito à convivência familiar e comunitária, constituindo parâmetro para a reflexão e reorientação de práticas cristalizadas de atendimento à família, à criança e ao adolescente. Seus objetivos e ações envolvem os três Poderes, as três esferas de governo e a sociedade civil e sua implementação representa importante avanço nas políticas públicas para a consolidação no país de uma cultura de valorização, respeito e promoção da convivência familiar e comunitária.

A posição defendida no Plano, no que diz respeito à adoção, foi no sentido de,

60 MATOS, João. **Projeto de Lei n. 4.749/2001.** Institui o Dia Nacional da Adoção. Diário da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=26/5/2001&txpagina=24185&altura=700&largura=800>. Acesso em: 19 abr. 2011.

61 BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Sistema de Garantia de Direitos. **Convivência Familiar. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.gov.br/spdca/sgd/convivencia_familiar>. Acesso em: 19 abr. 2011.

inicialmente se promover o planejamento familiar e reprodutivo como prevenção ao abandono. Considerando a adoção de crianças e adolescentes como medida excepcional, deve-se, prioritariamente, analisar a possibilidade de reintegração à família de origem. Outrossim, o encaminhamento para a adoção requer intervenções que impeçam que crianças e adolescentes sejam “esquecidos” fora do ambiente familiar, para tal sendo imprescindível o acompanhamento do Poder Judiciário no acolhimento institucional de crianças e adolescentes:⁶²

Finalmente, a posição defendida neste Plano é de que: 1) todos os esforços devem perseverar no objetivo de garantir que a adoção constitua medida aplicável apenas quando esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente na família de origem; 2) que, nestes casos, a adoção deve ser priorizada em relação a outras alternativas de Longo Prazo, uma vez que possibilita a integração, como filho, a uma família definitiva, garantindo plenamente a convivência familiar e comunitária; 3) que a adoção seja um encontro entre prioridades e desejos de adotandos e adotantes; e 4) que a criança e o adolescente permaneçam sob a proteção do Estado apenas até que seja possível a integração a uma família definitiva, na qual possam encontrar um ambiente favorável à continuidade de seu desenvolvimento e, que a adoção seja realizada sempre mediante os procedimentos previstos no ECA.

O Plano analisou, ainda, um estudo feito pelo IPEA em 2003 sobre os motivos do abrigamento de crianças no Brasil, segundo a frequência, chegou a conclusão que aproximadamente 50% (cinquenta por cento) das crianças e adolescentes acolhidas em instituições lá estavam sem o conhecimento do Poder Judiciário.⁶³

O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária e as diretrizes dele advindas foram extremamente relevante para as importantes modificações que viriam no cenário legislativo brasileiro sobre os direitos das crianças e dos adolescentes.

Ante o cenário retratado, em novembro de 2009 entrou em vigor a denominada Lei Nacional da Adoção, que alterou importantes dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, com vistas a efetivamente velar pelo melhor interesse dos tutelados pela norma

62 BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.gov.br/arquivos/.spdca/pncfc.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2011. p. 46.

63 Ibid., p. 60.

estatutária. Foram mais de 200 dispositivos modificados no ECA e a Lei 12.010/09 ainda revogou quase todos os artigos do Código Civil que tratavam da adoção (art. 1.620 a 1.629), bem como os parágrafos 1º a 3º do art. 392-A, da Consolidação das Leis do Trabalho. Foi uma mudança legislativa substancial.

A nova legislação, inicialmente, procurou adequar o Estatuto da Criança e do Adolescente aos novos conceitos e tratamentos dados pela doutrina e jurisprudência aos infantes e jovens por ele tutelados. As terminologias foram alteradas para eliminar quaisquer possibilidades de tratamento pejorativo ou discriminatório: não há mais se falar em *menores*, mas em *crianças e adolescentes*; outrossim, a expressão *pátrio poder* foi substituída para *poder familiar*; e por fim, não mais se diz *abrigo*, mas *acolhimento institucional*. Por isso, em todo este trabalho procurou se adequar à nova terminologia para evitar a estigmatização que os vetustos termos ocasionavam.

No que pertine ao objeto desta pesquisa, considerando textualmente a adoção como medida última para colocação da criança ou adolescente em família diversa da família natural (novo art. 39, § 1,º) e com o objetivo em manter a criança no seio da família de origem, a nova lei introduziu o conceito de *família extensa*, acrescentado no parágrafo único do art. 25 do ECA, *in verbis*:

Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

O objetivo do dispositivo é prevenir que a criança seja retirada do seio familiar, ainda que não possa permanecer com os pais em razão de vulnerabilidade ou situação de risco. Quer-se, portanto, evitar a institucionalização da criança, mantendo-a junto a parentes próximos como tios, avós, irmãos maiores, dentre outros. Outrossim, o legislador privilegia, de certa maneira, os laços de afinidade e afetivos que possam existir com outros parentes além dos pais biológicos.

O *Parecer à Emenda Substitutiva de Plenário nº 1*, fruto das votações da lei no Congresso, traz a ideia expressa de que o objetivo primordial não é tratar do abandono, mas

preveni-lo, e ainda: “O sistema de justiça no Brasil demora de 2 a 5 anos para dizer se uma criança vai voltar para a família biológica ou vai para uma família substituta. Nesse tempo, ela cresceu e perdeu muitas vezes a chance de ser adotada”⁶⁴.

Como medida de prevenção ao abandono de crianças, sobretudo recém-nascidas, como frequentemente noticiado pelos veículos de comunicação⁶⁵, o art. 8º do ECA foi alterado com a inclusão do parágrafo 5º, que prevê a possibilidade de a gestante entregar seu filho à adoção, devendo as mesmas serem encaminhadas à Vara da Infância e Juventude local para acolhimento e assistência.

Uma das mais importantes alterações pela nova Lei da Adoção foi trazida com escopo de se evitar a institucionalização por tempo indeterminado de crianças e adolescentes. Conforme previsto no novel parágrafo 1º do art. 19, do ECA, toda criança ou adolescente encaminhado a uma instituição de acolhimento terá sua situação reavaliada a cada 6 (seis) meses, não podendo a permanência da criança ou do adolescente se prolongar por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade (novo § 2º, do art. 19). Antes da nova lei, não havia qualquer prazo para reavaliação da situação da criança ou limite de permanência na instituição. O novo regramento deixa claro que o abrigo é medida transitória e merece acompanhamento do Poder Judiciário e demais órgãos públicos envolvidos.

Já não era sem tempo a previsão legal de maior rigor e controle dos processos de adoção e da institucionalização de crianças e adolescentes. Os prazos agora estipulados na lei para tempo de permanência na instituição, bem como reavaliação da situação da criança, podem ser benéficos para maior agilidade e controle dos processos.

Diz-se que tais prazos “podem” ser benéficos (e não “serão” benéficos) porque, na

64 Parecer da Relatora, deputada Maria do Rosário (PT-RS), pela Comissão Especial à Emenda Substitutiva de Plenário N. 1, ao Projeto de Lei n. 6.222, de 2005, convertido na Lei 12.010/09. p. 4-5.

65 JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO: Em 04/01/2011 - “*Polícia busca mãe de bebê encontrado em caixa de sapato em Franca (SP)*”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/854796-policia-busca-mae-de-bebe-encontrado-em-caixa-de-sapato-em-franca-sp.shtml>>. Acesso em 20 abr. 2011; Em 27/12/2010 - “*Recém-nascido é abandonado pela mãe e sobrevive a queda de 2 metros em Belém*”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/851316-recem-nascido-e-abandonado-pela-mae-e-sobrevive-a-queda-de-2-metros-em-belem.shtml>>. Acesso em 20 abr. 2011; Em 11/10/2010 - “*Bebê é encontrado abandonado dentro de caixa de papelão em Jaboatão (SP)*”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/812924-bebe-e-encontrado-abandonado-dentro-de-caixa-de-papelao-em-jaboatão-sp.shtml>>. Acesso em 20 abr. 2011.

prática, pode ocorrer de ser inócua a legislação. Isso porque, se uma criança com seis anos de idade, por exemplo, estiver vivenciando situação de risco na família biológica, se não for possível mantê-la na família extensa ou inseri-la em família substituta e se a mesma for encaminhada a uma instituição de acolhimento, pode ser que ela não seja desejada para a adoção, pela idade, e permaneça por tempo indeterminado na instituição.

O juiz não terá como colocá-la de volta na família biológica, dependendo da gravidade dos fatos ocorridos, sobretudo se já houver destituído os pais do poder familiar, mas, também, não poderá tirá-la do abrigo, já que não foi escolhida para a adoção. Na prática, provavelmente tais crianças continuarão institucionalizadas. O que há de benéfico na lei é a obrigatoriedade de reavaliação dos casos e maior rigor e controle do envio de crianças e adolescentes para instituições de acolhimento. E, de qualquer maneira, o magistrado será compelido a fundamentar a superação do prazo de dois anos de institucionalização da criança ou do adolescente.

Foi acrescentado ao art. 28, que trata da colocação da criança ou adolescente em família substituta, o parágrafo 4º, o qual reza que os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda na mesma família, salvo condição excepcional que impeça tal medida, e, no caso de separação em lares diferentes, deverá se evitar o rompimento dos vínculos fraternais. O ECA não trazia nenhuma norma expressa nesse sentido, mas a prática da tentativa de manutenção de irmãos na mesma família substituta já era observada pelos juízes da infância e juventude.

O novo § 5º do art. 28 prevê a necessidade de preparação gradativa da criança ou adolescente colocado em família substituta, e após a efetivação da medida, manutenção de acompanhamento posterior, práticas realizadas pela equipe interprofissional de apoio à Vara da Infância e Juventude. Fica patente a relevância da atividade dos profissionais da psicologia e do serviço social que prestam apoio às varas especializadas.

O legislador cuidou, no art. 33, § 4º, que em caso de deferimento de guarda, exceto se com finalidade para adoção, salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, os pais mantêm o direito de visitas, bem como o dever de prestar alimentos. O novo art. 34, por

sua vez, demonstra a preferência do acolhimento familiar em detrimento ao acolhimento institucional.

O art. 42 corrigiu a data mínima dos adotantes em conformidade com a maioria prevista no Código Civil: dezoito anos. O § 2º do citado dispositivo reforçou a legislação civilista ao prever que, para a adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. O dispositivo parece demonstrar a opção do legislador em impedir a adoção por casais homoafetivos. Conforme já exposto anteriormente, tal entendimento foi contrariado pela jurisprudência recente, que tem admitido a adoção conjunta por casais homoafetivos, reconhecendo o vínculo familiar homoafetivo como forma de união estável.

Um retrocesso pode ser percebido pela alteração no art. 46 que trata do estágio de convivência anterior ao deferimento do pedido de adoção. O atual § 1º prevê a dispensa apenas no caso do adotando que já estivesse sob a tutela ou *guarda legal* dos adotantes. O § 2º reforça que a *simples guarda de fato* não autoriza, por si só, a dispensa do estágio. Pela redação anterior, o estágio de convivência poderia ser dispensado se o adotando tivesse mais de um ano de idade ou se, independentemente da sua idade, já estivesse na companhia dos adotantes por tempo suficiente para reforçar os laços e vínculos de afinidade. Aparentemente, nesse particular, a alteração representa burocratização do processo e acúmulo de funções à equipe multidisciplinar que, nos termos do atual § 4º do art. 46, terá que acompanhar o estágio de convivência com apresentação de relatório minucioso.

No que diz respeito ao direito à identidade genética ou reconhecimento das origens, o atual art. 48 garante expressamente ao adotado não apenas o direito de conhecer sua origem biológica, mas também acesso irrestrito ao processo de adoção, desde que já conte com mais de dezoito anos de idade. Caso ainda não possua a maioria, poderá formular o pedido de consulta por seu representante legal, sendo-lhe assegurada orientação e assistências jurídica e psicológica, nos termos do parágrafo único do art. 48.

As alterações promovidas no art. 50 do ECA, no tocante a implantação do Cadastro Nacional de Adoção, serão objeto de análise em capítulo próprio. Não obstante, a novidade

trazida pelo § 3º do art. 50 merece comentário. O citado dispositivo prevê que a inscrição de pretensos adotantes na Vara da Infância e Juventude será precedida de “um período de preparação psicossocial e jurídica”. Interpretado em conjunto com o art. 197-C, § 1º, do ECA⁶⁶, a inovação que pode contribuir sobremaneira para a redução da institucionalização de crianças e adolescentes. Se a preparação dos adotantes efetivamente for com vistas a favorecer adoções de crianças com idade superior a três anos, bem como adoções inter-raciais ou sociais (de crianças com necessidades especiais), pode ser que haja mudança na mentalidade dos futuros pais.

O serviço psicossocial terá condições de abrir nova perspectiva para esses candidatos, fazendo-os perceber o humano da criança que há por traz da cor de pele, da idade, das necessidades especiais. Poderá fazer com que esses futuros pais sintam que o que têm a oferecer não é casa, escola, roupas e brinquedos a essas crianças, mas amor, educação, afeto.

Essa preparação psicossocial e jurídica poderá se transformar em oportunidade valiosa para a redução do número de crianças e adolescentes que vivem, se desenvolvem e amadurecem em instituições, privados do direito básico e primordial de convivência familiar, sendo prejudicado assim o acesso a todos os demais direitos fundamentais.

Já o § 4º, do art. 50, ao prever que, quando possível, essa preparação incluirá o contato dos adotantes com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, tudo sob supervisão e avaliação da equipe técnica da Vara da Infância e da Juventude, aparentemente tem a finalidade de permitir o contato dos adotantes com crianças e adolescentes aptas a serem adotadas, ou seja, já com a ação de destituição do poder familiar concluída, evitando-se o contato com crianças inaptas a serem imediatamente adotadas. Maria Berenice Dias mostra-se contrária ao dispositivo⁶⁷:

Mas há uma exigência que se afigura particularmente perversa. Incentivar, de forma obrigatória, o contato dos candidatos com crianças e adolescentes

66 Art. 197-C, § 1º, do ECA: “É obrigatória a participação dos postulantes em programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, que inclua preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos”. Incluído pela Lei n. 12.010/09.

67 DIAS, Maria Berenice. O lar que não chegou. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009. v. 11. P. 124-127. ago./set. 2009. p. 126.

que se encontram institucionalizadas e em condições de serem adotados (ECA, 50, § 4º). Além de expô-los à visitação, pode gerar neles e em quem as quer adotar, falsas expectativas. Afinal, a vista é tão só para candidatar-se à adoção, sendo que, depois da habilitação, terá que ser cadastrado em uma lista a ser obedecida quase que cegamente (ECA, 197-E, § 1º).

Data maxima venia, a interpretação do dispositivo, conforme explicitado pela autora, parece equivocada, posto que a obrigatoriedade está referida à preparação psicossocial e jurídica dos candidatos, e não ao contato com crianças, que ocorrerá, nos termos do texto legal, “*sempre que possível e recomendável*”. Na análise do caso concreto será possível verificar a viabilidade ou não do contato prévio entre pretensos adotantes e adotandos.

A adoção internacional, ou seja, aquela pleiteada por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do Brasil, também foi objeto de importante regulamentação, posto que a legislação anterior praticamente não tratava da matéria. Não obstante, a análise dos dispositivos não será por ora realizada, posto que a adoção internacional não é objeto do presente estudo. Cumpre apenas registrar que antes, a adoção internacional era aquela pleiteada por estrangeiros residentes fora do país, sendo que agora alcança brasileiros residentes no exterior. Por oportuno, importante ressaltar que a adoção internacional sempre será supletiva à adoção nacional, ou seja, apenas quando forem esgotadas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família substituta brasileira, após a consulta ao Cadastro Nacional.

A Lei n. 12.010/09 também provocou alterações no Estatuto no que diz respeito à Política de Atendimento a crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade. Dois dispositivos foram incluídos no art. 87 e visam, em primeiro lugar, prevenir ou abreviar o afastamento do convívio familiar, e, caso tal fato seja inevitável, implementação de campanhas de estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades especiais e de grupos de irmãos.

Outra alteração percebida, no tocante às entidades de atendimento, foi a mudança do termo “abrigo” para o termo “acolhimento institucional”, menos pejorativo. Ainda sobre as instituições de acolhimento, o novo art. 93 reduziu de dois dias para vinte e quatro horas o prazo para que a entidade que acolher criança sem a determinação de autoridade competente

faça a comunicação do fato ao Juiz da Infância e Juventude. Reitera que compete ao magistrado decidir se a criança deve ou não permanecer acolhida. É o Poder Judiciário controlando e tendo conhecimento da institucionalização de crianças e adolescentes.

A Lei 12.010/09 ainda inovou ao trazer expressamente princípios que deverão ser observados na aplicação de medidas de proteção a crianças e adolescentes que se encontrem em situação de risco, vulnerabilidade ou tiverem seus direitos ameaçados ou violados.

O parágrafo único do art. 100 traz um rol exemplificativo de tais princípios: condição da criança e do adolescente como sujeito de direitos; princípio da proteção integral e prioritária; princípio da responsabilidade primária e solidária do poder público; princípio do superior interesse da criança e do adolescente; princípio da privacidade, com respeito à intimidade, imagem e vida privada dos tutelados; princípio da intervenção mínima, em que a ação do Estado deve ser a mínima necessária à defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes; princípio da proporcionalidade e atualidade, nas medidas de proteção, que não podem tardar quando necessárias; princípio da responsabilidade parental, ressaltando os deveres dos pais para com seus filhos; princípio da prevalência da família, em detrimento à família substituta; princípio da obrigatoriedade da informação, quanto aos motivos que determinaram a intervenção e a forma como essa se processa; e, por fim, princípio da oitiva obrigatória e participação, em que a criança ou o adolescente tem direito a ser ouvido nos atos e nas medidas que lhe digam respeito.

Ainda sobre as medidas de proteção, o ECA passa a contar com uma nova forma de se evitar com que crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade sejam institucionalizados: sua inclusão em programa de acolhimento familiar, nos termos do art. 101, VIII, do ECA. Diferente da adoção, o acolhimento familiar é medida recomendada pelo Plano Nacional de Proteção, Promoção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, já exposto, e caracteriza-se como o acolhimento da criança ou do adolescente na residência de uma família, tendo por objetivo⁶⁸

proporcionar a tais crianças, atendimento integral em ambiente familiar provisório, enquanto se processa a articulação com a rede de serviços para retorno ao lar, favorecendo o rompimento do ciclo de violência e

68 SÃO PAULO. VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DE CAMPINAS/SP. Portaria n. 01-05. **Programa de Acolhimento Familiar**. Disponível em: <<http://acolhimentofamiliar.org.br>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

promovendo o desenvolvimento das famílias de origem.

Ainda sobre a política de atendimento, o atual art. 101, nos parágrafos 3º e seguintes, traz o plano individual de atendimento de crianças e adolescentes encaminhados à instituição de acolhimento, plano este que obriga, por meio de Guia de Acolhimento expedida pela autoridade judiciária, a coleta de dados do acolhido e objetivo do acolhimento, tudo com escopo de acompanhar, fiscalizar e dar mais rápida solução à institucionalização.

As alterações promovidas no Estatuto da Criança e do Adolescente que visam regulamentar o processo de adoção serão tratadas em item próprio, no próximo capítulo deste trabalho, momento de análise mais detida dos dispositivos em comento. No que diz respeito às penalidades previstas pelo ECA sobre infrações administrativas cometidas contra crianças e adolescentes, em particular relacionados ao tema da adoção, cumpre registrar a inclusão do art. 258-A e art. 258-B.

O primeiro dispositivo tipifica como infração administrativa o fato da autoridade administrativa competente deixar de instalar e operacionalizar os cadastros de adoção e acolhimento institucional, com pena de multa de mil reais a três mil reais. Também incorre nessa penalidade a autoridade que deixar de alimentar devidamente os respectivos cadastros (de crianças ou adolescentes em condições de serem adotados, de pessoas ou casais habilitados à adoção, de crianças e adolescentes acolhidos em instituições e de crianças e adolescentes em acolhimento familiar. O escopo do dispositivo é, mais uma vez, controlar a institucionalização e agilizar os processos de adoção.

O segundo dispositivo tipifica o ato de deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de saúde em atendimento à gestante de efetuar o imediato encaminhamento à autoridade judiciária de caso que tenha conhecimento de mãe ou gestante interessada em entregar seu filho para adoção. A pena é idêntica a do artigo anterior. Nesse caso, o objetivo da norma é evitar a circulação de crianças sem o crivo do judiciário, possibilitando as chamadas adoções prontas. Tal prática será objeto de posterior análise.

O artigo 3º da Lei n. 12.010/09 determina a alteração da expressão “pátrio poder”, constante em diversos instrumentos normativos, para a expressão “poder familiar”, em

reconhecimento ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, genitores e genitoras.

O artigo 4º da norma em comento promoveu alterações no Código Civil, sobretudo no sentido de estipular que a adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pelo ECA, sendo que a adoção de maiores de dezoito anos também terá aplicação, no que couber, do Estatuto, e dependerá de assistência do poder público e sentença constitutiva.

O artigo 6º da Lei reza que aqueles já inscritos em cadastros para adoção ficam obrigados a frequentar, no prazo máximo de um ano, a partir da vigência da Lei 12.010/09, a preparação psicossocial e jurídica referidas nos §§ 3º e 4º do art. 50, sob pena de cassação da sua inscrição no cadastro. Significa dizer que essa preparação não deverá ser procedida apenas àqueles candidatos à adotantes, mas também àqueles que já foram considerados aptos a adotar, mas ainda não efetivaram a medida.

Por fim, no que é pertinente ao presente estudo, o artigo 8º determinou, além de revogações no Código Civil, a alteração da CLT revogando os parágrafos 1º a 3º do art. 392-A, que estabelecia diferentes prazos de licença maternidade para filhos biológicos e filhos adotivos. Agora a CLT está em conformidade com a equiparação constitucional entre filhos biológicos e filhos adotivos, não sendo admitidas quaisquer discriminações. Outrossim, o legislador percebeu que o prazo de licença não era direito apenas da mulher, enquanto trabalhadora, mas da criança ou adolescente.⁶⁹

69 Além do legislador, também o aplicador do direito tem se preocupado com a proteção da família no âmbito do judiciário. Cite-se o caso emblemático em que o juiz do trabalho concedeu licença-maternidade e estabilidade ao genitor de recém-nascidos gêmeos. No caso em tela, o pai dos infantes se viu abandonado pela genitora e obrigado a cuidar deles, sem suspensão do contrato de trabalho ou qualquer estabilidade do emprego. Valendo-se dos princípios protetivos à família e aos direitos do nascituro o magistrado assim decidiu: *“Em um primeiro momento, pode até soar descabido conceder “licença-maternidade” a uma pessoa do sexo masculino, porquanto cediço que o dom da maternidade foi concedido tão-somente à mulher. Em que pese tais ponderações, não se pode olvidar que a lei só existe para cumprir uma função social. Neste sentido, o art. 5º da LICC. Dito de outra maneira, a interpretação primeira a ser buscada em qualquer norma é a teleológica, ou seja, o Juiz deve procurar alcançar a intenção do legislador e o espírito da lei, pois, do contrário, poderá estar usando a sua letra fria não para alcançar a justiça, mas para se afastar dela. (...). Foi feito esse esforço para esclarecer que, por mais insólito que possa parecer conceder a licença maternidade a uma pessoa do sexo masculino, se for analisada a real intenção da norma, certamente concluiremos absolutamente possível tal hipótese, quando por circunstâncias da vida ao pai competir cuidar do recém-nascido sem auxílio da genitora deste, como ocorre no caso em apreço”*. MOGI GUAÇU. VARA DO TRABALHO DE MOGI GUAÇU/SP. **Deferimento de pedido de concessão de licença maternidade e estabilidade à gestante**. Processo n. : 01479-2008-071-15-00-2. Juiz: MARCELO BUENO PALLONE, 09 de outubro de 2008. Disponível em: < http://www.sinait.org.br/noticias_ver.php?id=13>. Acesso em 31. Out. 2010.

Essas foram algumas das inovações trazidas pela Lei 12.010/09, que em grande parte expressam a realidade já vivenciada nas Varas de Infância e Juventude espalhadas pelo país. Apesar das alterações benéficas descritas, a nova Lei de Adoção não fica livre de críticas. Há quem defenda que a grande quantidade de regras, não raro, acaba por burocratizar o processo, privilegiando o sistema e o formalismo, em detrimento do melhor interesse da criança⁷⁰. O processo judicial jamais deve ser fim em si mesmo, sobretudo o processo de adoção. Há, inclusive, quem defenda sua inconstitucionalidade, mesmo antes da nova lei⁷¹. Sem sombra de dúvidas, deve haver a maior cautela possível nesses processos, mas sempre com a celeridade desejável.

A Lei de Adoção, por exemplo, não trouxe qualquer medida destinada a casais extremamente rigorosos na escolha do perfil da criança que será adotada, como defende Murillo Digiácomo⁷²

Também como forma de estimular a ‘adoção tardia’, paralelamente às campanhas de conscientização e do comparecimento obrigatório às entidades de abrigo, nos moldes do acima exposto, poder-se-ia estabelecer a **regra** segundo a qual uma pessoa ou casal que fosse chamado para adotar uma criança ou adolescente de qualquer idade, e não manifestasse interesse em concretizar a medida (até porque ninguém pode ser obrigado a adotar, contra sua vontade), passaria automaticamente para o **final da ‘fila’**, servindo tal mecanismo, inclusive, para proporcionar uma **reflexão** acerca das vantagens e desvantagens de permanecer indefinidamente no aguardo da ‘criança dos sonhos’, evitando assim a ‘**rejeição**’ sistemática de crianças e adolescentes que não preencham ‘exatamente’ todos os ‘requisitos’ imaginados. (Destaques do autor).

Outrossim, a nova legislação deixou passar a oportunidade de incluir penalidade para aqueles que “devolvem” a criança, tal como ocorreu em Uberlândia/MG. Um casal, durante o estágio de convivência com uma criança de oito anos de idade encaminhou-a de volta à instituição, sob a alegação de incompatibilidade e impossibilidade de convivência. O

70 DIAS, Maria Berenice. O lar que não chegou. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009. v. 11. ago./set. 2009. p. 125-127.

71 WELTER, Belmiro Pedro. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. In: WELTER, B. P.; MADALENO, R.H. (Orgs.) **Direitos fundamentais do direito de família**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2004. p. 61.

72 DIGIÁCOMO, Murillo José. **O Direito à convivência familiar e os cadastros de pretendentes à adoção**: abrindo a “caixa preta”. XXI Congresso da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude – ABMP. Belo Horizonte/MG. 25-28 maio 2006. Disponível em: <<http://www.sst.sc.gov.br/arquivos/eca20/seminario1/O%20Direito%20a%20CFC%20e%20o%20cadastro%20para%20adocao%20-%20Murilo%20Digiacomio.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2009. p. 13.

Ministério Público da comarca ajuizou ação indenizatória em face de tal conduta. A nova lei poderia ter inovado em estabelecer penalidade pecuniária, e até penal, para aqueles que praticassem tal ato.

Essa foi a evolução legislativa no tocante à adoção até o presente momento. Nada obstante, tudo indica que o instituto continuará evoluindo ao longo do tempo. É o que sinalizam projetos legislativos que tramitam no Congresso Nacional. O mais relevante propõe a criação do Estatuto das Famílias⁷³, o qual seria substituto para as disposições do Código Civil relativas ao Direito de Família. No que pertine à adoção, pouca seria alterado, tendo em vista que apenas regulamentaria, assim como o Código Civil vigente, a adoção de maiores de dezoito anos, prevalecendo as normas do ECA para a adoção de crianças e de adolescentes.

Outras proposições resultam de uma intenção em incrementar as normas já vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Cite-se, como exemplo, o Projeto de Lei n. 160/08 do Senado, apesar de algumas proposições prejudicadas pela vigência da Lei 12.010/09, repetidas no projeto, traz algumas inovações, como a proposta da inclusão do art. 19-A ao Estatuto da Criança e do Adolescente, para a obrigatoriedade de realização de campanhas de esclarecimento sobre a necessidade do cuidado e da vivência familiar na infância e na adolescência como condição para seu o desenvolvimento saudável.⁷⁴

Relativo ao Cadastro Nacional de Adoção, tramitava na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 3.527/2008⁷⁵, de autoria do deputado Carlos Bezerra, o qual propunha a flexibilização na observância à ordem dos inscritos para, aparentemente, legalizar expressamente a adoção *intuitu personae*. Este projeto, em que pese o arquivamento, será melhor analisado no capítulo seguinte, em item dedicado especificamente ao estudo do Cadastro Nacional de Adoção e suas implicações, dada a sua natureza e inovação por tratar da questão da adoção aberta.

73 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.285/07**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/517043.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

74 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 160/08**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=84860>. Acesso em: 07 abr. 2011.

75 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 3.527/08**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/574273.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

Já o Projeto de Lei n. 1.065/2011,⁷⁶ de autoria do Deputado Anthony Garotinho, é de constitucionalidade duvidosa. Propõe a concessão de benefício pecuniário, que poderia variar de três a cinco salários mínimos, para todo *servidor público federal* que adotasse uma criança. A justificativa apresentada pelo autor do projeto baseia-se no fato de que a maioria dos adotantes prefere crianças recém-nascidas e o projeto incentiva a adoção de crianças com idade superior a cinco anos, adolescentes e portadores de doenças ou necessidades especiais⁷⁷. Todavia, não justifica o fato do projeto ser destinado exclusivamente a servidores federais, tampouco seu caráter extremamente financista.

No mesmo sentido, tramita o Projeto de Lei n. 5.511/09, de autoria da Deputada Solange Almeida (PMDB-RJ). O projeto visa instituir um auxílio financeiro para adoção de grupos de irmãos:⁷⁸

Para receber o auxílio, o adotante deverá apresentar requerimento ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Pelo projeto, o auxílio será de um salário mínimo para adoção de dois irmãos; de dois salários mínimos para três irmãos; e de três salários mínimos para quatro irmãos. O benefício deverá perdurar até a maioridade (21 anos), podendo ser prorrogado até os 24 anos, se comprovadas matrícula e frequência em curso de nível superior.

A despeito da questionável criatividade jurídica do legislador em alguns casos, reconheça-se o fato de que o tema da adoção tem sido objeto de discussão e atenção merecidos. A evolução legislativa revela que, no Brasil, o instituto mudou de finalidade e agora tem o escopo de atender, principalmente, o superior interesse da criança e do adolescente em situação de abandono ou vulnerabilidade.

76 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 1.065/2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/859570.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

77 Projeto de Lei n. 1.065/2011, “Art. 3º - O auxílio-adoção será concedido nos seguintes valores:

a) - 3 (três) salários mínimos por acolhimento de criança de 5 (cinco) a menos de 8 (oito) anos;
b) - 4 (quatro) salários mínimos por acolhimento de criança de 8 (oito) a menos de 12 (doze) anos;
c) - 5 (cinco) salários mínimos por acolhimento de criança ou adolescente de 12 (doze) até 18 (dezoito) anos; e
d) - 5 (cinco) salários mínimos por acolhimento de criança ou adolescente portador de deficiência, do vírus HIV (SIDA/AIDS) ou de outras doenças de natureza grave ou maligna que requeiram cuidados pessoais e médicos permanentes.” BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 1.065/2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/859570.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

78 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 5.511/09**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/668384.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2011.

1.3 Os Direitos Fundamentais que Permeiam a Adoção

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 cataloga, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos relativos à nacionalidade e à cidadania – direitos de primeira, segunda e terceira gerações (ou dimensões) respectivamente. Ocorre que o catálogo não é taxativo, sendo possível a percepção de direitos fundamentais alocados em outras partes do texto constitucional e até mesmo fora dele, adotando-se o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais⁷⁹, que, segundo Ingo Sarlet, “somente poderão ser os que – constem, ou não, do texto constitucional – por seu conteúdo e importância possam ser equiparados aos integrantes do rol elencado no Título II de nossa Lei Fundamental”⁸⁰.

Segundo Mário Lúcio Quintão, a expressão *direitos fundamentais* foi evidenciada e difundida na França em razão do movimento político e cultural que desencadeou a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem.⁸¹ Desde então, o conceito de direito fundamental, assim como as teorias que o explicam, tem evoluído com o passar do tempo.

Os direitos fundamentais comportaram diferentes objetos de tutela nos paradigmas da fase liberal, fase social e fase pós-social. No paradigma do Estado Liberal, prevaleceram os direitos individuais, considerados inatos e inalienáveis, com ênfase para a garantia da liberdade individual, o direito de propriedade e o direito de igualdade formal. No paradigma do Estado Social, o Estado do Bem-Estar Social foi conclamado a prover condições mínimas de vida do cidadão, especialmente no tocante à subsistência do indivíduo, mediante a implementação de políticas públicas. Com a globalização, surge o paradigma Pós-Social, verificando-se a debilidade estatal em garantir a eficácia dos direitos sociais, momento em que surgem as tutelas dos direitos difusos e coletivos, prevalecendo a solidariedade e fraternidade.⁸²

79 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 71.

80 Ibid., p. 92.

81 SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e direito comunitário**: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 28.

82 SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 6 et seq.

No atual paradigma do Estado Democrático de Direito, e considerando-se todas as dimensões dos direitos fundamentais como complementares, e não subsequentes, cumpre diferenciar os direitos humanos dos direitos fundamentais. Para Canotilho, os primeiros se caracterizam por serem válidos para todos os povos e em todos os tempos, já os últimos seriam os direitos do homem positivados constitucionalmente no ordenamento jurídico de determinada localidade, em determinado tempo.⁸³ Discordando da distinção retro mencionada, Antonio Perez Luño afirma:⁸⁴

Este criterio resulta inaceptable porque, ciñéndonos a nuestra Carta constitucional, convierte em un critério diferenciador taxativo lo que em muchas ocasiones há sido mero fruto de las preferencias terminológicas del constituyente. [...]. Para evitar los inconvenientes de esta tesis parece más oportuno volver al planteamiento inicial, es decir, tomar como criterio distintivo el diferente grado de concreción positiva de estas dos categorías.

Destarte, os direitos a seguir analisados podem estar enunciados seja na Constituição Federal de 1988 ou em legislações infraconstitucionais, e ainda assim terão o status de direitos fundamentais indisponíveis.

Neste tópico interessa a análise dos direitos fundamentais relacionados ao tema ora estudado, mas com a ressalva de que a abordagem se dará na perspectiva e estruturação apresentada por Robert Alexy: os direitos fundamentais abaixo analisados são aqueles descritos no catálogo da Constituição Federal de 1988 e aqueles, ainda que fora do catálogo, possuam uma relação de fundamentação com a norma fundamental constitucional, ou seja, as chamadas normas de direito fundamental atribuídas⁸⁵ que guardam pertinência temática com o instituto da adoção.

Ainda no tocante à teoria dos direitos fundamentais, há aqueles que o diferenciam das garantias fundamentais. De maneira simplista, a diferença residiria na função normativa extraída do enunciado. O direito fundamental teria como objeto imediato o bem da vida a ser

83 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 377.

84 LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. p. 44-46.

85 “[...] Uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma *correta fundamentação referida a direitos fundamentais*.” (Destaque do autor). ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 74.

tutelado. A garantia, por outra banda, seria uma norma procedimentalmente assecuratória ao direito declarado.⁸⁶ Em verdade, é preciso reconhecer a dificuldade de se perceber com clareza a distinção mencionada, sobretudo porque é possível defender a tese de que as garantias constitucionais também são um direito em si mesmas – são direitos-garantia fundamentais.

Para o estudo proposto neste tópico, inicialmente, cumpre analisar a base nuclear de todo direito fundamental, que é a *dignidade da pessoa humana*, não apenas nessa perspectiva e função, mas também como direito em si. Na primeira abordagem, ou seja, o viés da dignidade da pessoa humana enquanto base de um direito fundamental, não significa dizer que seja entendida aqui como “o conteúdo essencial absoluto de todos os direitos fundamentais”⁸⁷, sob pena de se tornar preponderante sobre todo e qualquer outro direito ou de permitir casuísmos e arbitrariedades, conforme adverte Virgílio Afonso da Silva⁸⁸:

[...] pode-se dizer que ou a dignidade humana é, no Brasil, constantemente desrespeitada, ou tal garantia tem servido como uma espécie de enorme 'guarda-chuva', embaixo do qual diversas situações, que poderiam ser resolvidas por meio do recurso a outras garantias constitucionais e até mesmo infraconstitucionais, acabam sendo amontoadas em busca de proteção.

Nesse diapasão, possível concordar com a afirmativa de que a dignidade da pessoa humana “foi pela Constituição concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais”⁸⁹, nos termos do art. 1º, III, da Norma Maior⁹⁰. Todavia imprescindível, no caso concreto, o apontamento ao direito fundamental específico tutelado, ainda que tal direito guarde relação com a dignidade.

Em posição aparentemente jusnaturalista, Carlos Ayres Brito afirma que a dignidade é

86 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 346.

87 SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 192.

88 Ibid., p. 193.

89 FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 182.

90 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: [...]; III – a dignidade da pessoa humana. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988.

inata ao ser humano, sendo que o Direito tem o papel tão somente de declará-la. Sobre a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, discorre o autor⁹¹:

Não há negar. O princípio jurídico da dignidade da pessoa humana *decola* do pressuposto de que todo ser humano é um microcosmo. Um universo em si mesmo. Um ser absolutamente único, na medida em que, se é parte de um todo, é também um todo à parte; isto é, **se toda pessoa natural é parte de algo (o corpo social), é ao mesmo tempo um algo à parte.** (Destaques do autor).

Destarte, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio considerado “de valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional”⁹², comporta sopesamento, posto que “não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência.”⁹³

No que pertine ao tema da adoção, os direitos e garantias fundamentais de crianças e adolescentes são protegidos pela legislação pátria (Constituição Federal, Código Civil, Estatuto da Criança e do Adolescente) e pela legislação alienígena (Convenção Internacional dos Direitos da Criança, dentre outros).

Dentre eles, o *direito à convivência familiar e comunitária* previsto no art. 227 da Constituição Federal acaba por preceder aos demais, como o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, dentre outros. Sem o convívio familiar a criança ou adolescente acaba por não gozar efetivamente dos demais direitos, por isso seria considerado um direito primário.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, é atualmente a principal legislação infraconstitucional a tratar dos direitos e garantias infanto-juvenis, tudo sob o princípio da proteção integral, ou seja, o primordial é o melhor interesse da criança ou adolescente e não o melhor interesse dos pais, da sociedade, ou do Estado.

O ECA traz um rol exemplificativo dos direitos fundamentais da criança e do adolescente no Título II. O Capítulo I discorre sobre o direito à vida e à saúde, salientando

91 BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 27.

92 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 214.

93 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 113.

que a criança e o adolescente deve ter acesso a tais direitos inclusive mediante políticas públicas, desde o nascimento, trazendo inclusive previsão para assistência à gestante, tudo em conformidade com o princípio da proteção previsto no art. 1º.

O Capítulo II, especificamente no art. 15, enuncia sobre o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, ressaltando que a criança e o adolescente devem ser tratados como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais, tudo em conformidade com o disposto na Constituição Federal, sendo dever de todos zelar pela efetividade de tais direitos.

O Capítulo III trata do direito à convivência familiar e comunitária, sendo que o art. 19 prevê expressamente que toda criança ou adolescente tem o direito a ser criado e educado no seio de sua família, em ambiente saudável que proporcione seu desenvolvimento, o contrário sendo possível apenas em casos excepcionais.

O Capítulo IV trata do direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, e ainda o Capítulo V trata do direito à profissionalização e à proteção ao trabalho, tudo visando o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.

Verifica-se, pela posição topográfica dos dispositivos, que o legislador não se preocupou em colocá-los por uma ordem de preferência ou prioridade. Caso assim fosse, o Capítulo I deveria tratar do primordial direito à convivência familiar e comunitária. Isso porque a criança privada do convívio familiar tem acesso incompleto aos demais direitos fundamentais, ainda que a privação do direito de convivência familiar advenha de uma situação de risco ou vulnerabilidade vivenciada pelo infante ou jovem.

Ressalte-se que o encaminhamento à instituição de acolhimento é medida provisória e excepcional que traz inúmeros danos à formação e desenvolvimento da criança e do adolescente. Lidia Weber realizou uma pesquisa com abrigados em Curitiba, obtendo as seguintes conclusões:⁹⁴

94 WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. Da Institucionalização X Adoção: um caminho possível? **Revista Igualdade**. Ano III, n.IX, out./dez. 1995. p.2-3.

Destes internos entrevistados, cerca de 70% nunca receberam visitas de seus pais ou familiares depois que foram institucionalizados, e a maioria estava internada há mais de 3 anos, chegando até 15 anos de institucionalização. Os prejuízos para a formação de sua identidade e seu desenvolvimento são evidentes: os sujeitos apresentam dificuldades em planejar e refletir sobre o seu futuro, são essencialmente pessimistas em relação a seus relacionamentos afetivos, sendo que apenas 50% deseja se casar e ter filhos. Parece que eles construíram hipóteses acerca do mundo tendo por base o abandono que sofreram, abandono este não somente protagonizado por seus pais mas pelo Estado e pela sociedade como um todo. O dramático desamparo vivido por estas crianças faz com que elas tenham uma visão bastante negativa de seus pais biológicos, tendo pouquíssima noção de todo contexto de miséria social que acompanha o drama de famílias que internam seus filhos. Estas crianças e adolescentes afirmam que preferem morar no internato do que com sua família biológica, mas o seu desejo mais intenso é serem adotados e morar com uma família substituta.

Exatamente pelos danos psicológicos causados pela institucionalização é que a legislação pátria prevê o encaminhamento à instituição de acolhimento como medida excepcional, quando a criança não puder permanecer no seio familiar.

Sendo violado o direito à convivência familiar, pode-se considerar que todos os demais foram também violados, uma vez que “estão interligados e a garantia de um direito pressupõe a garantia dos demais direitos.”⁹⁵

Nesse aspecto, a adoção torna-se um instituto imprescindível para que as crianças acolhidas institucionalmente possam ter a chance de novamente usufruir do direito à convivência familiar e seus corolários. Pode-se até considerar o instituto à adoção também um direito fundamental, posto que instrumento constitucionalmente previsto no parágrafo 5º do art. 227 e viabilizador dos demais direitos fundamentais da criança e do adolescente. Segundo Wilson Liberati “o abandono é a porta de entrada das famílias adotivas”.⁹⁶

Ocorre que tal instituto não tem efetivamente sido capaz de retirar as crianças das instituições, em que pese existir uma extensa lista de pretendentes cadastrados a adotar. Sálvio Bittencourt, sobre a necessidade urgente em dar efetividade ao direito de convivência familiar a crianças e adolescentes, para que cada criança cresça e se desenvolva na segurança do

95 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 286.

96 LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção**: adoção internacional – doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 127.

ambiente familiar, assim se manifesta⁹⁷

Essa luta é essencial porque o sistema atual não garante o direito à família para milhares de crianças brasileiras. Além disso, a adoção como solução afetiva para a criança sem família é um instituto envolto em mitos e preconceitos. E estes preconceitos podem ser verificados até mesmo em atores sociais que têm o dever de zelar pelos direitos das crianças e adolescentes. O biologismo e a demagogia mantêm o sistema emperrado, justificam inércias e sandices, assassinam infâncias.

Cumpra esclarecer que não se pretende privilegiar o direito à convivência familiar em detrimento aos demais. Por óbvio que uma criança ou adolescente, desfrutando do convívio de sua família, pode sofrer as mais diversas violações em outros direitos também fundamentais. De outra banda, uma criança que viva no seio de sua família e não é exposta a situações de risco ou vulnerabilidade vivencia seus direitos em amplitude.

Frustrada a criança ou o adolescente do convívio familiar, ainda que tenha os demais direitos garantidos (vida, saúde, esporte, lazer, educação, segurança, dentre outros), estes terão efetividade parcial, incompleta na vida e no desenvolvimento desse indivíduo. Nessa perspectiva é que se aloca o direito fundamental à convivência familiar em um patamar privilegiado, o qual se deve a máxima observância.

Carlos Ayres Brito, comentando acerca do direito ao salário mínimo que atenda as necessidades vitais básicas do indivíduo, previsto no art. 7º, IV, da Lei Maior, afirma que “[...] ‘necessidades vitais básicas’ não comportam desatendimento. Têm que ser supridas como o epicentro mesmo da democracia social, por se tratar de lídima *questão de honra humanista*”⁹⁸. Não seria um grande tropeço jurídico, *mutatis mutandi*, afirmar que o mesmo raciocínio poderia ser desenvolvido no que diz respeito ao direito à convivência familiar, sobretudo quando o direito ofendido tem por titulares crianças e adolescentes.

A psicóloga do Tribunal de Justiça de São Paulo, Anna Christina Mello, respondendo à pergunta “qualquer família é melhor que a ‘não família?’”, assim se manifestou:⁹⁹

97 BITTENCOURT, Sávio. **A nova lei de adoção**: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. xv.

98 BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 98.

99 MELLO, Anna Christina de Motta Pacheco Cardoso de. et. al. **101 perguntas e respostas sobre alternativas de convivência familiar**: família de apoio, guarda e apadrinhamento afetivo. São Paulo: CeCIF, 2003. p. 22.

Teoricamente, não. [...]. Sabe-se, ainda, que, paradoxalmente, é em família que crianças e adolescentes têm mais chance de sofrer violências. Todavia, esta não é a opinião de algumas crianças e adolescentes, abrigados por longos anos sem perspectiva de volta à família de origem ou de colocação em família substituta, nem de alguns jovens cujos pais perderam o poder familiar em razão de abusos e omissões na educação e nos cuidados e tiveram o destino de permanecer institucionalizados em razão da idade. O primeiro grupo, na prática, acaba idealizando a família e imaginando que qualquer família é melhor do que ficar no abrigo, sem família, mesmo aquela que lhe causou muito mal. O segundo grupo, se pudesse ter opinado na ação de destituição dos pais e se, na ocasião, estivesse ciente da falta de perspectivas de família, apontaria a preferência em manter a referência familiar original, mesmo que esta fosse negativa. **A “não família”, sem a perspectiva de algo que ocupe seu importante lugar afetivo na vida de qualquer criança ou adolescente, é um destino difícil de ser aceito e integrado psiquicamente.** (Destaque nosso).

É com arrimo nesses argumentos que a adoção ganha relevo. Conforme exposto na evolução legislativa do instituto, alterações recentes e importantes acabaram por refletir em outros direitos fundamentais envolvidos. Não obstante a importância da adoção, como modo de garantir o direito fundamental à convivência familiar, existem outras medidas que podem ser utilizadas alternativamente.

Nesse sentido, verifica-se que existe um *direito fundamental de inclusão em programa de acolhimento familiar* em detrimento ao acolhimento institucional, nos termos do art. 34 do ECA, com as alterações promovidas pela Lei n. 12.010/09:

Art. 34. 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.

Por consequência, está o Poder Público vinculado, nos termos do *caput* do dispositivo, a alocar verbas orçamentárias para implementação, em nível municipal, de programas de acolhimento familiar de crianças e adolescentes afastados de sua família de origem. Todavia, em que pese a determinação da legislação ordinária, poucos municípios do país dedicaram-se a cumprir tal enunciado normativo, ainda que tenha ocorrido um aumento de municípios

adeptos ao programa de acolhimento familiar¹⁰⁰.

Com relação aos demais direitos fundamentais envolvidos ao estudo proposto, imprescindível a análise do *direito à igualdade*, especificamente no tocante à igualdade entre os filhos. A Constituição Federal de 1988, conforme anteriormente exposto, extirpou do ordenamento jurídico as odiosas diferenças outrora existentes.

Lisieux Borges informa que tal evolução apenas foi possível tendo em vista a mudança de paradigmas e tutela jurídica pretendida: antes defendia-se, ao menos em princípio, o patrimônio e a instituição familiar; agora o que se busca resguardar é a manutenção do vínculo socioafetivo, que passa a ser um novo critério de verificação e fixação do vínculo de filiação, ainda que não seja o único.¹⁰¹ Mônica Guazzelli Estrougo, no tocante ao direito fundamental à igualdade entre os membros de uma mesma família, assim se manifesta¹⁰²

[...] queremos reforçar a ideia de que, por mais que se fale numa igualdade absoluta entre os membros de uma família, por exemplo, e, mesmo que a família brasileira esteja, hoje, muito mais democratizada e muito menos hierarquizada ou patriarcal que outrora, o fato é que a plena igualdade entre seus membros não se faz presente.

De fato, forçoso reconhecer que a igualdade familiar, enquanto direito fundamental, a exemplo de tantos outros, carece de melhor efetivação. Como exemplo, cite-se o processo de adoção, em que os futuros pais possuem a prerrogativa de escolherem minuciosamente as características do adotando. Não haveria desigualdade entre adotantes e adotando – pais e filhos, entre os direitos daqueles em detrimento destes? O princípio da isonomia, em que os desiguais devem ser tratados na medida da sua desigualdade não estaria ferido?

100 Segundo a pesquisa de Propercio Rezende: “*Os projetos de famílias acolhedoras vêm se espalhando com mais rapidez desde o ano 2000, tanto em grandes cidades como São Paulo, Rio de Janeiro, Campinas (considerada referência neste tipo de projeto), Recife ou Belo Horizonte, quanto em cidades de médio porte, como Ourinhos, com 104mil habitantes, ou Franca, ambas no interior de São Paulo, Balneário Camboriú, em Santa Catarina, e também em pequenas cidades como Piên, no interior do Paraná, com apenas 10 mil habitantes. Em São Bento do Sul (SC), município com 70 mil habitantes, o programa foi tão bem-sucedido que o abrigo da cidade foi desativado.*” REZENDE, Propercio Antonio de. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e o acolhimento familiar**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/45510978/O-ECA-e-o-Acolhimento-Familiar-Final>>. Acesso em 26 abr. 2011.

101 BORGES, Lisieux Nidimar Dias. O princípio da igualdade entre os filhos. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. (coord.). **Direito civil: atualidades III – princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 181 et seq.

102 ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O princípio da igualdade aplicado à família. In: WELTER, Belmiro; MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 329.

O conflito entre o direito de liberdade dos adotantes, em escolher as características do futuro filho, em detrimento ao direito de convivência familiar daquela criança ou adolescente institucionalizado será objeto de melhor análise no capítulo dedicado ao estudo dos sistemas jurídicos. Por ora, apenas se diga que o direito à igualdade, no que pertine a adoção, pode ser afetado pela sistematização atual e carece de melhor efetivação.

Outro direito relacionado ao instituto da adoção é o direito fundamental de *acesso à justiça*, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e art. 141 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente. Insta reconhecer que o direito ao acesso à justiça, no que diz respeito aos direitos infanto-juvenis, vivenciou o movimento de evolução para sua melhor efetivação no país.

Segundo Cappelletti¹⁰³, a primeira onda do movimento de acesso à justiça foi a assistência judiciária, especialmente para os pobres; a segunda onda dizia respeito à representação jurídica para os interesses difusos; e a terceira onda, além de incluir os movimentos anteriores, tratava da representação em juízo em sua concepção mais ampla, por centrar sua atenção “no conjunto geral de instituições mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”¹⁰⁴.

Com relação à primeira onda, o § 1º do art. 141 (ECA) prevê que a assistência judiciária gratuita será prestada aos que dela necessitarem, através de defensor público ou advogado nomeado. O § 2º do citado artigo prevê ainda a isenção de custas e emolumentos nas ações de competência da Justiça da Infância e da Juventude, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé.

No tocante ao segundo movimento, ou segunda onda, o Estatuto da Criança e Adolescente conta com um capítulo específico no título destinado ao acesso à justiça para proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos (art. 208 e seguintes, ECA), para proteção contra ofensas aos direitos infanto-juvenis, sendo permitidas todas as espécies de ações cabíveis para a defesa dos direitos tutelados (art. 212, ECA). Outrossim, o Estatuto

103 CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 31 et seq.

104 Ibid., p. 67-68.

prevê que nas ações que visam proteger direitos difusos e coletivos não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas (art. 219), sendo legitimados o Ministério Público, a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e os territórios, e as associações legalmente constituídas há um ano, observada a pertinência temática de defesa da instituição (art. 210).

Como exemplo da terceira onda de acesso à justiça, citem-se os movimentos conciliatórios e mutirões capitaneados pelo CNJ e a recente inclusão do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal garantindo a razoável duração dos processos judiciais e administrativos.

Em que pesem os esforços em trazer efetividade ao direito de acesso à justiça à crianças e adolescentes, no que diz respeito ao processo de adoção ainda existem problemas concretos a serem solucionados. Todavia, tal temática será abordada em capítulo próprio destinado ao estudo da processualidade da adoção, momento em que o direito ao acesso à justiça será novamente analisado.

Tendo em vista que os direitos fundamentais não estão previstos apenas no catálogo constitucional, podendo, a depender da natureza do direito, estarem previstos em norma infraconstitucional, pode-se entender que *o direito à manifestação do consentimento* do adotando, acerca da concretização da adoção, também é direito fundamental garantidor da dignidade da pessoa humana.

O art. 28, parágrafos 1º e 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente preveem que a colocação em família substituta (guarda, tutela ou adoção), deve ser precedida de oitiva do menor de 12 anos, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre os fatos, e do consentimento daquele maior de 12 anos de idade. De fato, o direito de ser ouvido deve ser respeitado, sob pena de a colocação na família substituta ser malsucedida.

O direito de reconhecimento do estado de filiação, enunciado pelo art. 27 do ECA, é direito fundamental personalíssimo, indisponível e imprescritível, nos termos da lei, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição. Tendo em vista a

vedação de discriminação entre diferentes categorias de filiação, independentemente da forma de concretização do vínculo, vale dizer, biológica ou socioafetiva, o reconhecimento do estado de filiação é oponível a qualquer tempo, irrestritamente.

Maria Christina de Almeida, nessa linha, defende a existência do *direito à filiação integral* como um direito fundamental. Percebe-se que tal direito à filiação integral fundamenta-se no direito de reconhecimento do estado de filiação, neste caso, a filiação biológica. Esse direito persiste justamente por ser personalíssimo, indisponível e imprescritível, ainda que os vínculos com a família de origem tenham se rompido por ocasião da adoção. A autora trata especificamente sobre o direito ao conhecimento da origem biológica, incluído ao ECA pela Lei 12.010/09, e previsto expressamente no art. 48, nos seguintes termos¹⁰⁵:

A nova vitalidade ao direito subjetivo em questão é a consagração do direito à revelação da ascendência genética paterna como direito fundamental, *mais humanitário e personalista, e menos funcional ou instrumental*, ainda, despatrimonializado, direito este que busca garantir à pessoa o estabelecimento da sua origem biológica como ponte para ascender ao *status* de filho e fundar sua ampla personalidade como pessoa humana, constituída de uma organização dinâmica a partir de características inatas que surgem no momento de sua concepção e que a acompanham por toda a vida. (Destaque da autora).

Também o *cuidado* pode ser catalogado como direito fundamental relacionado à adoção, posto que uma das finalidades do instituto é proporcionar condições de uma família cuidar de alguém. Para Tânia da Silva Pereira e Roberta Tupinambá, além de representar subprincípio ou dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana, “o **cuidado** consiste em verdadeiro substrato da dignidade da pessoa humana, integrando o rol dos direitos fundamentais, que os ordenamentos jurídicos mais civilizados buscam assegurar a todos os seus subordinados” (destaque das autoras).¹⁰⁶

Já o parágrafo 5º, acrescentado ao art. 8º do ECA pela Lei n. 12.010/09, prevê o *direito à assistência psicológica* à gestante ou à mãe que pretende entregar seu filho à adoção.

105 ALMEIDA, Maria Christina de. O direito à filiação integral à luz da dignidade humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 422.

106 PEREIRA, Tânia da Silva; TUPINAMBÁ, Roberta. O direito fundamental ao cuidado no âmbito das famílias, infância e juventude. **Revista do Advogado**. São Paulo. v. 28. n. 101. p. 108-115. dez. 2008. p.110.

O parágrafo único do art. 13, também incluído pela Lei da Adoção, reza que as gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude.

O parágrafo único do art. 23, do ECA, por sua vez, refere o *direito à inclusão em programa oficial de auxílio*, caso a família vivencie falta ou carência extrema de recursos. Segundo o *caput* do art. 23, a falta de recursos não constitui, por si só, motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar, devendo a criança ou adolescente ser mantido na família biológica nesse caso. Ressalte-se que o direito à inclusão em programa de atendimento às famílias em situação de vulnerabilidade é, não apenas da criança ou do adolescente, mas da família como um todo.

Note-se que foram relacionados aqui apenas alguns dos direitos fundamentais envolvidos no tema da adoção. Não é objetivo do presente estudo esgotar o tema, portanto cumpre verificar, em seguida, quais as modalidades de adoção são permitidas e consideradas lícitas no Brasil, bem como quais as consideradas ilícitas, mas ainda assim praticadas, e quais as modalidades adotadas em outros países.

1.4 Modalidades de Adoção no Brasil e na Legislação Estrangeira

Pelo estudo da evolução legislativa da adoção, foi possível perceber que, no ordenamento jurídico brasileiro vigente, é considerada legítima apenas a adoção que se concretiza com o crivo do Poder Judiciário, mediante processo judicial e sentença com trânsito em julgado. Existem, portanto, as seguintes situações da adoção admitidas no país, todas elas se concretizando formalmente através de processo judicial: adoção de crianças e adolescentes, regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e adoção de maiores de dezoito anos, regulamentada pelo Código Civil. Cumpre lembrar que até o advento do Código Civil de 2002, era possível a adoção por escritura pública.

Outrossim, registre-se que não mais existem diferentes categorias de filhos adotivos, como outrora se verificavam adoções plenas, que rompiam definitivamente os vínculos entre

adotado e família de origem, e adoções simples, que mantinham os vínculos biológicos. No atual ordenamento jurídico brasileiro, seja pelo ECA, seja pelo Código Civil, a adoção é ato irrevogável que põe fim a todos os vínculos entre o adotado e sua família biológica, salvo no tocante aos impedimentos matrimoniais. Vale dizer: a adoção hoje possui um único efeito de plenitude, mas podendo se concretizar em diferentes modalidades.

Esclareça-se que, por ora, serão apresentadas as regras de direito material do instituto da adoção, posto que as normas de direito processual serão analisadas em capítulo próprio.

No que pertine à adoção prevista pelo ECA, o instituto pode assumir diferenciadas modalidades: a adoção *unilateral*, a adoção por *conviventes*, a adoção por *divorciados, separados judicialmente ou ex-companheiros*, a adoção *póstuma* e a adoção por *tutor ou curador*. A adoção pode ainda ser *nacional* ou *internacional*.

Como regra geral, a adoção de crianças e adolescentes é considerada medida excepcional de colocação em família substituta “à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa”, conforme texto literal do art. 39, parágrafo 1º, do ECA, vedada sua realização por procuração, nos termos do parágrafo 2º do mesmo dispositivo.

Em todos os casos, conforme o art. 40, o adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes, sendo que apenas os maiores de dezoito anos podem adotar, independentemente de seu estado civil (art. 42). O instituto é vedado para os ascendentes e irmãos do adotando (art. 42, §1º) e deve respeitar a diferença mínima de idade entre adotantes e adotando em dezesseis anos (art. §3º).

A adoção somente será deferida quando representar reais vantagens para o adotando, e ainda constituir-se em motivos legítimos. O legislador não esclarece quais seriam esses motivos, mas entende-se que o vínculo socioafetivo é elemento essencial para o deferimento do pedido.

O consentimento dos pais biológicos e do adotando é requisito para a concretização da

medida, nos termos do art. 45, sendo dispensado apenas no caso do desconhecimento de quem sejam os pais biológicos da criança ou do adolescente, ou se estes forem destituídos do poder familiar (art. 45, e §§ 1º e 2º). Caso menor de doze anos, é desejável a oitiva da criança e sua opinião deve ser respeitada, observada sua capacidade de discernimento.

Para a concretização da adoção, é necessário um período de convivência entre adotantes e adotando, por período que fica a critério do juiz fixar, em conformidade com o caso concreto. O estágio de convivência pode ser dispensado desde que o adotando já esteja sob a tutela ou guarda legal do adotante por tempo suficiente para constituição dos vínculos familiares. A legislação ressalta expressamente que a guarda de fato não autoriza a dispensa do estágio de convivência, o qual será acompanhado e apoiado pela equipe multidisciplinar da Vara da Infância e Juventude, que apresentará relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da adoção (art. 46 e parágrafos).

A constituição da adoção, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, se dá mediante sentença judicial, conforme exposto anteriormente, a qual será inscrita no registro civil do adotado, mediante mandado do qual não será fornecida certidão (art. 47, *caput*), sendo que a inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome dos seus ascendentes (art. 47, §1º). Ademais, a legislação estatutária prevê que o mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado (art. 47, §2º) e, a pedido do adotante, novo registro poderá ser lavrado no Cartório do Registro Civil de sua residência (art. 47, §3º), sem que nenhuma observação sobre a origem do ato conste nas certidões do registro (art. 47, §4º).

O adotado passa a ter o nome dos adotantes e a requerimento destes, ou do próprio adotado, poderá haver modificação do prenome (art. 47, §5º). Atualmente também lhe é reconhecido o direito de conhecer sua origem biológica, bem como acesso irrestrito aos autos da adoção, desde que possua dezoito anos para fazer tal requerimento, ou, se menor, que tenha orientação e assistência jurídica e psicológica (art. 48, *caput* e parágrafo único).

Por fim, a legislação pátria prevê que a morte dos adotantes não restabelecerá o vínculo entre o adotado e sua família de origem, nem o poder familiar dos pais naturais (art.

49, ECA).

1.4.1 Modalidades brasileiras

A adoção *unilateral* está prevista no art. 41, parágrafo 1º, do Estatuto, caracterizando-se pela iniciativa do cônjuge ou companheiro adotar o filho de seu par, situação em que os vínculos entre adotando e seu genitor biológico prevalecem, o mesmo se dando com o poder familiar. É pedido frequente nos tribunais brasileiros e comumente o adotando encontra-se bem acolhido no seio familiar. As novas estruturas familiares, aliadas ao fato relativamente comum de filhos sem pais registrais ou pais registrais ausentes, favorecem tal requerimento. Cumpre registrar que, na grande maioria das vezes, a adoção do filho do cônjuge ou companheiro revela ato de grande amor e reconhecimento do vínculo socioafetivo concretizado entre adotante e adotando.

A adoção por *conviventes* é idêntica à adoção por pessoas casadas, sendo portanto bilateral, ou seja, ambos os cônjuges ou companheiros figuram como adotantes no processo. Isso porque o ECA, em conformidade com a Constituição Federal de 88, estabeleceu que para a adoção conjunta é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável.

A controvérsia instaurada no tocante à adoção conjunta por conviventes é relativa à união homoafetiva. Esclareça-se que a adoção por casais do mesmo sexo não é fato novo no direito brasileiro, mas o procedimento se dava unilateralmente, ou seja, a adoção era concretizada como se fosse requerida por pessoa solteira, e não de forma conjunta, tendo em vista a exigência de casamento ou união estável para o deferimento do pedido, nos termos do art. 42, § 2º, do Estatuto.

A polêmica da adoção homoafetiva reside no fato do pedido ser formulado conjuntamente, apresentado um duplo problema: primeiro porque, para o deferimento do pedido há que se reconhecer a união homoafetiva como modalidade de união estável,

equiparando-a à união estável entre homem e mulher¹⁰⁷; segundo porque, no caso da adoção homoafetiva conjunta, o nome de ambos os adotantes passa a figurar no registro de nascimento do adotado. Significa dizer que o adotado terá dois pais ou duas mães no registro de nascimento.

O art. 42, parágrafo 4º, prevê a possibilidade de adoção conjunta por *divorciados, separados judicialmente ou ex-companheiros*, desde que a convivência com o adotando tenha se dado na constância da união, e ainda desde que haja acordo sobre a guarda, preferencialmente compartilhada (art. 42, § 5º), e ainda que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com o não guardião.

A adoção *póstuma*, por sua vez, também chamada de adoção nuncupativa ou *post mortem*, está prevista no art. 42, § 5º, do ECA, sendo aquela deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, tenha falecido no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença, e nesse caso, seus efeitos retroagem à data do óbito, conforme previsão do art. 47, § 7º.

A adoção por *tutor ou curador* é permitida pela legislação estatutária, desde que preste contas da administração dos bens do tutelado ou curatelado e, caso necessário, salde compromissos pendentes, nos termos do art. 44 do ECA.

A adoção pode ainda ser *nacional* ou *internacional*. A adoção *nacional* é aquela pleiteada por brasileiros residentes no país. A adoção *internacional*, por outro lado, é aquela pleiteada por brasileiros ou estrangeiros residentes fora do Brasil. Considerando que a adoção internacional não é objeto do presente trabalho, sua regulamentação não será exposta. Todavia, cumpre apenas registrar, conforme demonstrado no item reservado à evolução legislativa do instituto, que a matéria não era tratada minuciosamente antes da vigência da Lei n. 12.010/09, a qual trouxe melhor regulamentação para a importante situação.

A adoção de pessoas maiores de dezoito anos é permitida no ordenamento jurídico

107 Em 05 de maio de 2011 o STF reconheceu unanimemente as uniões estáveis homoafetivas, decisão com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, n. 89, 13 maio 2011.

brasileiro, regulamentada pelo Código Civil e, supletivamente, pelo ECA. A vigência da Lei n. 12.010/09 revogou 15 artigos na legislação civilista, tendo mantido, com redação alterada, apenas o art. 1.618, o qual estabelece que a adoção de crianças e adolescentes será regida pelo ECA, e o art. 1.619, o qual prevê que a adoção de maiores de dezoito anos depende de processo judicial e sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Significa dizer que a adoção de maiores de dezoito anos é expressamente aceita no Brasil, e atualmente segue o regramento do ECA, no que couber. Em que pese a norma vigente, não são todos os autores que admitem tal prática, conforme se verifica pelas palavras de Venosa¹⁰⁸:

Sempre nos colocamos contrários à adoção de maiores, a qual contraria a noção moderna e longe está da finalidade romana primitiva do instituto. Se há intuito de proteção patrimonial no ato, o desiderato pode ser atingido por inúmeros outros meios colocados à disposição no ordenamento.

Eunice Granato também se mostra contrária à adoção de maiores de dezoito anos. A autora afirma que, em regra, tal adoção se presta para fraudes previdenciárias ou sucessórias. Acredita que o legislador deveria excluir tal modalidade do ordenamento jurídico brasileiro, “vez que esse instituto, de há muito, fugiu de suas primitivas características, sendo hoje, francamente, um meio de proteção ao menor”.¹⁰⁹ A autora afirma ainda que a legislação sobre adoção demonstra a finalidade de “**imitar a filiação biológica**”¹¹⁰ (destaque da autora).

Data venia, não é o que se percebe na prática processual da advocacia, sobretudo no atendimento a famílias carentes. Já houve situações em que as pessoas, geralmente mais humildes, jamais pensaram na necessidade de regularizar a situação de seus “filhos de criação”, inclusive no tocante ao direito sucessório. Em sua grande maioria, pessoas de pouca instrução formam verdadeiras famílias à margem do judiciário – mães criam filhos “adotivos de fato” sem nunca, jamais, proceder a qualquer ação de guarda ou adoção¹¹¹.

108 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 331.

109 GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 55.

110 Ibid., p. 145.

111 A autora desta pesquisa já se deparou com tal situação concreta na prática processual em atendimento a famílias carentes. Em um caso específico, a mãe possuía quatro filhos biológicos e havia criado outros três, sendo que à época do atendimento dois deles já haviam completado a maioridade, se casado e seus filhos a chamavam de avó. Ela afirmou nunca ter pensado que fosse necessária a regularização jurídica daquelas pessoas,

Não parece legítimo o argumento de que a adoção de pessoas maiores apenas se valha para fraudes, tampouco que o instituto da adoção tenha a finalidade de imitar o vínculo biológico entre pais e filhos. A adoção se presta, em verdade, a concretizar laços de afetividade na relação de filiação, nada mais. Por óbvio, no caso de crianças e adolescentes, a natureza protetiva do instituto se sobressai, todavia não é a única vertente, não sendo conveniente e justo desprezar as demais.

O reconhecimento do vínculo de filiação advindo da socioafetividade, a despeito da inexistência de prévia ação judicial, deve ser garantido às situações que revelem o estado de filiação, sob pena de graves injustiças e inconstitucionalidades. Temerário afirmar que as adoções de pessoas maiores têm escopo exclusivamente patrimonial.

Ainda na análise das modalidades de adoção, pela sistemática atual vigente no país, não são admitidas, em regra, outras formas de adoção, como a *adoção à brasileira*, a *adoção intuitu personae* (também chamada de direcionada ou preparada), e a *adoção aberta*.

A modalidade de adoção cunhada de “*adoção à brasileira*” não é admitida como forma lícita de criação do vínculo de filiação, estando inclusive prevista como crime pelo art. 242 do Código Penal, sendo caracterizada pelo ato de registrar como próprio o filho de outrem, ou seja, registrar como se filho biológico fosse. Não obstante o tipo penal, a prática ainda é comum na realidade do país, em razão dos mais diversos fundamentos. Cite-se, *verbia gratia*, o julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria do Desembargador Aramis Nassif.¹¹²

No caso em comento, um casal homoafetivo feminino, temendo pela impossibilidade da adoção judicial conjunta em razão do modo de constituição de sua família, decidiu pela “adoção à brasileira” por parte da denunciada T.D.N.M., a qual afirmou ser pessoa do sexo masculino e pai da recém-nascida M.G., filha biológica de sua companheira, conseguindo êxito no registro da infante como também sua filha biológica. A ré T.D.N.M. foi condenada

seja por meio da guarda, seja por adoção. Afirmou ainda que nunca imaginou que, caso viesse a óbito, seus “filhos de criação” pudessem ficar de fora da sucessão.

112 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação crime n. 70021254552. **Quinta Câmara Criminal**. Julgamento em 07 de maio de 2008.

pelo juiz *a quo* à pena de três anos de reclusão, em regime inicial aberto, pena substituída por duas restritivas de direito, pelo crime tipificado no *caput* do art. 242 do Código Penal.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgamento da apelação manejada, reformou parcialmente a sentença de origem, ante o entendimento de que se tratou do tipo penal previsto no parágrafo único do art. 242, do CP, e não aquele descrito no *caput*, ou seja, o crime teria sido praticado por motivo de reconhecida nobreza. O acórdão trouxe a seguinte fundamentação:

[...] parece-me plausível que a ré, ciente das dificuldades que encontraria para a *adoção* da filha menor de sua companheira, alternativa que se parece interessante pela situação afetiva, optou equivocadamente, pois, ao invés de ingressar com o pedido judicial a fim de pleitear o direito, valeu-se de documento falso, com a anuência da mãe da menor, para atingir seu objetivo. Neste contexto, mesmo persistindo o juízo de reprovabilidade diante da conduta praticada, o reconhecimento da intenção elevada da agente se faz necessário, uma vez que o intuito de registrar a filha de sua companheira, não reconhecida pelo pai, visava lhe conferir a identidade civil, qualidade esta negada, infelizmente, a significativa parcela das crianças brasileiras.

A idealização de ter um filho recém-nascido, a conhecida espera pelos pretendentes na “fila” dos cadastros para adoção, e o temor da recusa pelo Poder Judiciário acaba por estimular essa prática que, embora ilícita, ainda é frequentemente praticada no país¹¹³. Basta verificar a quantidade de julgados acerca do tema nos tribunais de justiça brasileiros nos últimos anos¹¹⁴.

A *adoção intuitu personae* (também chamada de direcionada ou preparada) é aquela em que os pais biológicos escolhem, por conta própria, a família que adotará a criança, geralmente entregando diretamente a criança, sem qualquer interferência do poder público. Posteriormente, a família adotante busca regularizar a adoção no Poder Judiciário, normalmente sem procedimento de habilitação prévio ou inscrição no Cadastro Nacional de Adoção¹¹⁵.

113 Suely Kusano relata alguns fatos concretos da prática da adoção à brasileira e suas implicações. KUSANO, Suely Mitie. **Adoção intuitu personae**. 2006. 341 f. Tese (Doutorado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 79-86.

114 LAMENZA, Francismar. **Um raio-x da “adoção à brasileira”**. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/TabId/77/ConteudoId/d2931648-6ab1-426f-a51e-891d478662da/Default.aspx>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

115 Suely Mitie Kusano entende que essa forma de adoção, em que os genitores escolhem os adotantes por conta

Essa modalidade é considerada ilícita por alguns teóricos do direito^{116 117}, em que pese ser reconhecida pela jurisprudência e por parte da doutrina como forma legítima de colocação da criança ou adolescente em família substituta, sobretudo quando a finalidade é garantir o superior interesse da criança mediante o reconhecimento dos vínculos socioafetivos já estabelecidos. Cite-se, *verbia gratia*, a jurisprudência abaixo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, expondo o pensamento doutrinário de Maria Berenice Dias¹¹⁸:

ADOÇÃO DIRIGIDA OU INTUITU PERSONAE. CADASTRO DE ADOÇÃO. REQUERENTES HABILITADOS. ORDEM CRONOLÓGICA. INOBSERVÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. Direito Civil. Adoção. Mãe e avó materna que desconheciam o estado gravídico da primeira. Descoberta apenas quando do parto. Pai desconhecido. Gravidez fruto de relacionamento passageiro. Adoção intuito [sic] personae configurada. Decisão da genitora e de sua mãe de entregarem a filha para adoção. Interesse da autora em ter o bebê recém-nascido como seu filho. Convivência estabelecida desde os cinco dias do nascimento. Concordância da família biológica após conhecer a pretensa adotante, que já se encontrava cadastrada para adoção. Laudo da assistente social afirmando estar a criança bem cuidada e adaptada ao lar onde é criada pela adotante e pelo filho desta. Lar harmonioso e em perfeitas condições para o pleno desenvolvimento da criança. Aplicação do art. 227 da Constituição da República: 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. "E nada, absolutamente nada impede que a mãe escolha quem sejam os pais de seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos um

própria, sem interferência do poder público, é a chamada "adoção pronta", e não adoção *intuitu personae*. A autora defende que esta última tem interferência do judiciário, sendo que os genitores indicam os adotantes, mas no processo de adoção. Não parece ser este o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência que entende ser a adoção *intuitu personae* aquela em que os pais biológicos escolhem os adotantes, sem qualquer interferência do Poder Judiciário. O conceito da autora parece se confundir com a adoção aberta, prática não utilizada no Brasil. KUSANO, Suely Mitie. **Adoção intuito personae**. 2006. 341 f. Tese (Doutorado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 126-127.

116 "[...], apesar de aceita jurisprudencialmente, a prática pode realmente estimular a compra de crianças e a escolha de pessoas menos capazes de dirigir a criação e a educação do que os previamente habilitados e cadastrados. A obrigatoriedade da inscrição e habilitação dos pretendentes (art. 50 do ECA, e seus parágrafos) parece ser incompatível com a adoção pronta, já que esta não se coaduna com a proteção integral da criança, na defesa de que se prevê a realização de verificação prévia da capacidade do pretendente à adoção". BITTENCOURT, Sávio. **A nova lei de adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 134.

117 Nesse sentido: DIGIÁCOMO, Murillo José. **Da impossibilidade jurídica da "adoção intuito personae" no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Lei nº 12.010/2009 e da Constituição Federal de 1988**. 28 maio 2010. Disponível em: <<http://www.mp.pr.gov.br/arquivos/File/AdocaoIntuituPersonaeImpossibilidadeJuridica0206.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2011.

118 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. SEXTA CÂMARA CÍVEL. Autos n. 0006371-74.2009.8.19.0061. APELAÇÃO. Relator Desembargador NAGIB SLAIBI. Julgamento: 05 maio 2010. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 02 maio 2011.

casal de amigos que têm uma maneira de ver a vida, uma retidão de caráter que a mãe acha que seriam os pais ideais para o seu filho. É o que se chama de adoção intuitu personae, que não está prevista na lei, mas também não é vedada. A omissão do legislador em sede de adoção não significa que não existe tal possibilidade. Ao contrário, basta lembrar que a lei assegura aos pais o direito de nomear tutor a seu filho (CC , art. 1.729). E, se há a possibilidade de eleger quem vai ficar com o filho depois da morte, não se justifica negar o direito de escolha a quem dar em adoção" (DIAS, Maria Berenice. Adoção e a espera do amor. Disponível em: www.mariaberenice.com.br).

Diferentemente das modalidades anteriormente expostas, a *adoção aberta*, por sua vez, é aquela em que há possibilidade de contato entre pais biológicos e adotantes, antes da realização da adoção e também após. Comum nos Estados Unidos, são os pais biológicos que escolhem os adotantes e realizam acordos, geralmente por escrito, de que o contato da família biológica e o adotado continuará após o nascimento da criança, mesmo havendo ruptura dos vínculos jurídicos. Em regra, são as famílias envolvidas que definem os “graus de abertura” da adoção e os critérios para o contato entre família de origem, família adotiva e adotado¹¹⁹.

A modalidade da adoção aberta, seja na perspectiva da escolha dos pais adotantes pelos pais biológicos, seja na perspectiva da continuidade do contato ou vínculo afetivo entre todos os envolvidos, não é, em regra, admitida no Brasil, mas revela-se a mais focada no melhor interesse da criança. Será melhor explicada na análise legislativa do direito estrangeiro e no último capítulo.

1.4.2 A adoção na legislação estrangeira

Inicialmente cumpre advertir que a abordagem do direito estrangeiro, neste trabalho, é tão somente de referência normativa, vale dizer, não se propõe aqui fazer direito comparado, mas apenas uma ilustração de como a adoção tem se concretizado em outros países. Também neste momento será oportuna a análise de alguns instrumentos normativos estrangeiros, não com o objetivo de exaurir o tema na comparação dos sistemas, mas apenas verificar como está o padrão normativo internacional acerca da adoção. Outrossim, deseja-se conhecer um pouco

119 ADOPTION.COM. **Open adoption**. Disponível em: <<http://open.adoption.com/>>. Acesso em 02 maio 2011.

melhor outras modalidades adotivas praticadas em outras nações para, mais adiante no trabalho, pesquisar se esses outros modelos poderiam ser admitidos no Brasil, como forma de melhoria do sistema vigente.

Clóvis Beviláqua apresentava, em sua obra datada de 1976, como o instituto era tratado pelo direito estrangeiro. Cita, por exemplo, que o sistema legislativo de alguns países deixavam de regular a matéria: como o código holandês, o português, o argentino e o chileno. Informa ainda que outras legislações, em determinado período, trataram o instituto com base no direito romano, aperfeiçoando-o, como França, Itália e Alemanha¹²⁰.

Demonstra que a adoção teve características diferentes entre os diversos países: ora tinha finalidade da caridade, quando o adotante tomava a criança pobre e abandonada (Inglaterra); ora deveria representar vantagens ao adotado (França); ora visava regularizar a situação dos órfãos da guerra (Itália); ora tinha natureza contratual e deveria ser homologada pelo juiz (Alemanha). Concluía que, pela análise da legislação estrangeira, é possível perceber que o instituto permanece vivo e não se tornou obsoleto¹²¹.

De fato o instituto evoluiu mundialmente, sobretudo no que diz respeito à adoção de crianças e adolescentes, que passam a ter privilégio sobre os interesses dos adotantes ou do Estado, revelando-se observância ao princípio da proteção integral e defesa de seu superior interesse.

1.4.2.1 Portugal

Portugal conta com um Código Civil extenso, em que os institutos são detalhados e explicados de maneira minuciosa, quando comparados ao Código brasileiro. No tocante à adoção, inúmeros são os dispositivos que pretendem regulamentar a matéria, tanto de forma generalizada (art. 60º e 61º) quanto de forma específica (artigos 1973 e seguintes).¹²²

120 BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio; Faculdades Integradas Estácio de Sá, 1976. p. 358 et seq.

121 Ibid., loc. cit.

122 PORTUGAL. **Código Civil Português**. Atualizado até Lei n.º 61, de 31 de outubro de 2008. Disponível em:

As modalidades de adoção admitidas em Portugal são a *adoção plena*, irrevogável (art. 1989º), em que se extinguem todos os vínculos entre adotado e sua família biológica, salvo os impedimentos matrimoniais, ou quando se tratar da adoção de filho de cônjuge (art. 1986º), e a *adoção restrita*, em que os vínculos familiares entre adotante e sua família de origem se conservam (art. 1994º), devendo-se, em qualquer caso, observância ao superior interesse da criança e a adoção representar reais vantagens para o adotando (art. 1974º).

A lei portuguesa prevê ainda que a adoção não deve representar “sacrifício injusto para os outros filhos do adoptante” (art. 1974º – 1), dando a impressão de que pode haver algum traço de desigualdade entre filhos biológicos e filhos adotivos. Em Portugal, o vínculo da adoção, em qualquer das modalidades, se constitui por sentença judicial. O consentimento do adotado é exigido, assim como de qualquer interessado que tenha relação jurídica de natureza familiar ou tutelar com o adotando (art. 61º).

Para a adoção plena, os adotantes devem ser casados há mais de quatro anos e possuir mais de trinta anos de idade, salvo no caso em que o adotando for filho do cônjuge do adotante, o qual deve possuir mais de 25 anos (art. 1979º – 1 e 2). Só pode adotar plenamente quem não tiver mais de 60 anos, exceto quando o adotando for filho do cônjuge do adotante (art. 1979º – 5). Na modalidade da adoção plena, o adotando deve ter menos de 15 anos, ou se maior de quinze, possuir menos de dezoito anos, desde que não seja emancipado, seja filho do cônjuge do adotante, ou desde idade não superior a quinze anos esteja sob a guarda dos adotantes (art. 1980º).

Para adotar restritamente, o adotante deve possuir, em regra, mais de vinte e cinco anos e menos de sessenta (art. 1992º), e praticamente os mesmos requisitos da adoção plena quanto aos adotantes – idade e consentimento – (art. 1980º a 1984º). Na adoção restrita, o adotado, ou seus descendentes, e os parentes do adotante não são herdeiros legítimos uns dos outros, nem possuem obrigações alimentícias entre si (art. 1996º). Nessa modalidade, o adotado será herdeiro do adotante na falta de cônjuge, descendentes ou ascendentes do autor da herança (art. 1999º – 2).

Por fim, a adoção restrita é revogável por requerimento do adotante ou do adotado, em caso que justificaria a deserção dos herdeiros (art. 2002º-B). Se o adotado for menor de idade, a revogação da adoção restrita pode ser requerida pelos pais biológicos, Ministério Público ou pessoa cujo cuidado estava o adotado antes da adoção, desde que o adotante deixe de cumprir os deveres inerentes ao poder familiar, ou tornar-se a adoção, por qualquer causa, inconveniente para a educação ou para os interesses do adotado (art. 2002º-C).

1.4.2.2 Espanha

O direito espanhol também equipara a filiação biológica à adotiva, não havendo discriminação entre diferentes categorias de filhos. O artigo 108 do Código Civil espanhol¹²³ reza expressamente que a filiação adotiva tem os mesmos efeitos da filiação biológica. Outrossim, o art. 180 do mesmo código prevê que a adoção é irrevogável. Já o art. 178 determina que a adoção extingue definitivamente o vínculo entre o adotado e a família de origem, fazendo crer que na Espanha não existem diferentes modalidades de adoção, como em outros países em que a adoção pode ser plena ou restrita.

Na legislação espanhola, a adoção se constitui mediante atuação do Poder Judiciário, sempre levando-se em consideração o superior interesse do adotando, devendo os adotantes serem considerados aptos e idôneos, pela autoridade pública competente, para o exercício do poder familiar (art. 176, do Código Civil espanhol).

Para concretização da adoção, os adotantes devem possuir mais de vinte e cinco anos de idade, ou pelo menos um dos cônjuges deve possuir esta idade, no caso da adoção conjunta, e a diferença mínima de idade entre adotantes e adotado deve ser de pelo menos quatorze anos (art. 175-1). Por outro lado, descendentes, parentes em segundo grau na linha colateral, por consanguinidade ou afinidade, não podem ser adotados, valendo o mesmo para os tutores não tenham dado conta da administração do patrimônio dos pupilos (art. 175-3).

A legislação espanhola também determina que ninguém pode ser adotado por mais de

123 ESPANHA. **Código Civil Español**. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T5.htm>>. Acesso em: 02 maio 2011.

uma pessoa, salvo quando a adoção for requerida conjuntamente por ambos os cônjuges, nada estipulando a norma no que diz respeito à adoção por conviventes em união estável (art. 175-4). O mesmo dispositivo legal prevê a possibilidade da adoção conjunta posterior à adoção unilateral concedida a um dos cônjuges, ou seja, caso uma pessoa tenha adotado e se casado posteriormente, seu consorte poderá requerer a adoção daquele filho.

A norma espanhola ainda prevê que o consentimento do adotante ou adotantes e do adotando maior de doze anos deve ser prestado na presença do juiz (art. 177-1). No mesmo sentido, é exigido o consentimento dos pais biológicos do adotando, desde que não destituídos do poder familiar ou quando não puderem prestá-lo, situação que deve ser fundamentada na decisão judicial (art. 177-2). O mesmo enunciado prescreve ainda que o consentimento deve ser prestado pelo adotando menor de doze anos, desde que tenha entendimento suficiente.

Por fim, cumpre registrar que, mesmo sendo admitida a adoção de pessoas maiores na Espanha, conforme permissivo do art. 175-2, do Código Civil espanhol, o instituto naquele país é destinado à proteção de crianças ou adolescentes “como un elemento de plena integración familiar”¹²⁴.

1.4.2.3 França

Detentor de um Código Civil que possui mais de 2500 artigos, o direito francês admite a criação do vínculo de filiação pela “posse do estado de filho”, relação estabelecida por uma conjunção de situações que levam ao seu reconhecimento, sendo principalmente o fato dos pais tratarem e cuidarem da criança como se filho ela fosse, provendo sua educação, seu sustento, sua moradia, perante toda a sociedade e perante os demais membros da família (art. 311-1 do Código Civil francês)¹²⁵.

124 ESPAÑA. **Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Prtotección Juridica del Menor**. Disponível em: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1996-1069>. Acesso em: 02 maio 2011.

125 FRANÇA. **CODE CIVIL FRANÇAIS**. Version consolidée au 1 avril 2011. Disponível em: <<http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20110427>>. Acesso em 27 abr. 2011.

No tocante à adoção, esta é admitida nas formas simples e plena. Conforme previsto pelo Código Civil francês atualizado, a adoção plena pode ser requerida conjuntamente pelos cônjuges na constância da união, desde que casados há mais de dois anos e ambos contem com mais de 28 anos de idade (art. 343).¹²⁶ Pessoas solteiras podem adotar, desde que contem com a idade mínima já referida (art. 343-1). A diferença de idade entre adotantes e adotando deve ser de no mínimo quinze anos (art. 344).

Em regra, na adoção plena o adotando deve contar com no máximo quinze anos de idade, devendo consentir expressamente caso tenha mais de treze anos (art. 345). A legislação francesa também prevê a possibilidade da adoção unilateral de filho do cônjuge (art. 354-1), na forma plena.

Outrossim, podem ser adotadas plenamente crianças entregues à adoção pelos pais biológicos, mediante o consentimento expresso destes, crianças em situação de abandono, (art. 347) ou órfãs, sendo o consentimento neste caso prestado pelo *conseil de famille*¹²⁷, ou quando seus pais forem desconhecidos (art. 348-2).

A adoção plena impede o retorno da criança ou adolescente à família de origem, rompendo todos os vínculos biológicos (art. 352), sendo irrevogável (art. 359) e sempre será deferida em conformidade com os interesses do adotando (art. 353).

Após o trânsito em julgado da sentença constitutiva, esta será transcrita no registro civil do adotado, contendo a data, hora, local de nascimento, sexo da criança, prenome e nome de família por ocasião da adoção, bem como os nomes, data e local de nascimento, profissão e residência dos adotantes. Não conterà, todavia, indicação ou dados da origem da criança, e qualquer menção à adoção será considerada nula (art. 354). O adotado passará a utilizar o nome de família dos adotantes, podendo haver alteração do prenome (art. 357).

No direito francês, a adoção plena tem efeito a partir da data do pedido de adoção, e não do trânsito em julgado da sentença, conforme a legislação brasileira (art. 355), conferindo o status de filho legítimo ao adotado, rompendo-se todos os laços com a família biológica,

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Poderia ser traduzido para “conselho de família” – aparentemente órgão vinculado ao poder público.

salvo quanto aos impedimentos matrimoniais (art. 356). Por fim, a legislação francesa prevê que a adoção plena confere ao adotado todos os direitos e as mesmas obrigações de um filho biológico, estando a este equiparado (art. 358).

A adoção simples, por sua vez, é admitida independentemente da idade do adotando, devendo, contudo, contar com seu consentimento desde que possua mais de treze anos de idade (art. 360), tendo quase que os mesmos requisitos procedimentais da adoção plena (art. 361), mas com efeitos substancialmente diferentes. São mantidos os vínculos com a família de origem, conservando-se todos os direitos, inclusive os hereditários, prevalecendo, outrossim, os impedimentos matrimoniais (art. 364). Todavia, pela adoção simples o poder familiar é transferido aos adotantes, que passam a desempenhá-lo nos termos da legislação civilista.

O Código Civil francês prevê ainda que o vínculo criado pela adoção simples se estende aos filhos daquele adotado, especificamente no que diz respeito a questões matrimoniais (art. 366), havendo ainda direito recíproco a prestação alimentícia entre adotantes e adotado (art. 367) e direitos sucessórios (art. 368). Por fim, a adoção simples permite revogação, a pedido dos adotantes ou do adotado, ainda que representando, desde que por motivos graves ou relevantes (art. 370), devendo ser motivada a decisão que conceder o pedido (art. 370-1), a qual faz cessar todos os efeitos da adoção (art. 370-2).

1.4.2.4 Itália

O direito italiano aparentemente vivenciou mudanças, ao longo do tempo, acerca das finalidades do instituto da adoção. Segundo Marcella Fortino, após evolução doutrinária e jurisprudencial, a legislação italiana sofreu alterações no sentido de reconhecer que a adoção tem escopo de proteção à criança, sobretudo à criança abandonada.¹²⁸

De fato, a Lei n. 184/1983¹²⁹, que na ementa trazia sua destinação à “disciplina da

128 FORTINO, Marcella. **Diritto di famiglia**: i valori, i principi, le regole. Milano: Giuffrè, 1997. p. 394.

129 ITÁLIA. **Legge n. 184/1983**. Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. Disponível em: <http://www.dirittoefamiglia.it/docs/Giuridici/leggi/1983_184.htm>. Acesso em 02 maio 2011.

adoção e guarda”, foi modificada pela Lei n. 149/2001¹³⁰, que determinou a alteração do título da ementa para “direito da criança à uma família”. A Lei n. 184/83, com a nova redação, passou a disciplinar a adoção no direito italiano na perspectiva da doutrina da proteção integral e superior interesse da criança. Isso porque atualmente, na Itália, a adoção de pessoas maiores de idade é admitida e regulamentada pelo Código Civil italiano¹³¹, e a adoção de crianças e adolescentes é normatizada pela Lei n. 184/1983, com as alterações promovidas pela Lei n. 149/2001.

Segundo a atual redação da Lei n. 184/83, toda criança tem direito de crescer e ser educado em sua família (art. 1º-1), sendo que a condição de pobreza dos pais ou responsáveis legais não pode ser obstáculo ao exercício do direito retro mencionado (art. 1º-2), restando como função do Estado, das autarquias locais e regionais, respeitadas as competências, proporcionar condições de prevenção ao abandono e condições para permitir que a criança se desenvolva no ambiente familiar (art. 1º-3). A norma prevê ainda que o direito da criança viver, crescer e ser educada em uma família é garantido independentemente ao sexo, etnia, idade, religião da criança, sempre respeitada sua identidade cultural e em conformidade com os princípios fundamentais (art. 1º-5).

O artigo 2º da referida lei reza ainda que, ante a necessidade de afastamento da criança de sua família de origem, esta será inicialmente encaminhada ao acolhimento familiar, para manutenção de sua educação, instrução e relações afetivas, sendo que apenas na impossibilidade dessa medida, será encaminhada ao acolhimento institucional.

No que diz respeito aos requisitos e procedimentalidade, a adoção pode ser consentida aos cônjuges unidos pelo matrimônio ou união estável há pelo menos três anos, devendo estes demonstrarem estar emocionalmente aptos e capazes de educar, formar e manter a criança que pretendem adotar (art. 6º-1, 2 e 4). Os adotantes devem ter no mínimo dezoito anos de idade e no máximo quarenta para requerer o pedido (art. 6º-3).

130 ITÁLIA. **Legge n. 149/2001**. Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante “Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori”, nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/011491.htm>>. Acesso em: 02 maio 2011.

131 ITÁLIA. **Codice Civile**. Libro Primo – Delle persone e della famiglia. Atualizado em 17 set. 2010. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794>>. Acesso em 02 maio 2011.

No que diz respeito aos adotandos, para a concretização do instituto, a adoção é permitida aos menores de idade, desde que possuam a “declaração de adotabilidade” e haja o consentimento expresso do adotado que possua mais de quatorze anos. Se possuir mais de doze anos de idade, o adotando deve ser ouvido, respeitada sua capacidade de discernimento (art. 7º- 1 a 3). A “declaração de adotabilidade” é proferida pelo “tribunal de menores” da comarca em que se apurou o abandono da criança ou a situação de vulnerabilidade em que se encontrava (art. 8º-1-4).

A adoção italiana deve ser precedida de realização do estudo psicossocial, com escopo de aferir a situação pessoal e financeira dos adotantes, sua saúde, situação familiar, capacidade de educação do adotando, e ainda as razões e justificativas de apresentarem os adotantes para a realização do procedimento (art. 22 – 4). Outrossim, há necessidade um período de guarda pré-adotiva, semelhante ao estágio de convivência brasileiro, (art. 22 e seguintes), em que os adotantes passam a acolher e ter a guarda do adotando.

A adoção de crianças, no direito italiano, rompe os vínculos entre adotado e sua família de origem, salvo os impedimentos matrimoniais, adquirindo o adotado o status de filho legítimo dos adotantes (art. 27). A legislação italiana prevê ainda o direito do adotado de ser informado de sua condição, inclusive de informações sobre a identidade dos pais biológicos, sobretudo quando exista necessidades relacionadas com sua saúde física e mental (art. 28).

A legislação também prevê apoio financeiro dos entes públicos para aqueles que desejarem adotar “crianças” com idade acima de doze anos ou com deficiência física ou necessidades especiais (art. 6º-8).

Em que pese o fato da adoção, na Itália, romper os vínculos entre o adotado e sua família de origem, adquirindo status de filho legítimo dos adotantes, o art. 51 da Lei n. 184 admite a possibilidade da revogação do instituto, mediante sentença judicial, a pedido do adotante, e desde que o adotado maior de quatorze anos tenha atentado contra a vida de algum dos adotantes, seus ascendentes ou descendentes, ou tenha sido julgado culpado a crime punível com pena restritiva de liberdade de não inferior a três anos. A situação inversa, ou

seja, se o adotado for a vítima, também poderá requerer a revogação da adoção, nos termos do art. 52 da Lei n. 184/1983. Outrossim, a revogação da adoção poderá ser requerida pelo Ministério Público como resultado da violação dos deveres impostos aos pais adotivos (art. 53).

No que diz respeito à adoção de maiores de idade, o Código Civil italiano¹³², nos artigos 291 e seguintes, em que pese a maioria dos dispositivos ter sido revogada pela Lei n. 184/1983, estipula que o instituto é admitido para aqueles que possuam mais de trinta e cinco anos de idade, não possuam filhos legítimos ou legitimados.¹³³ e haja uma diferença de dezoito anos de idade entre adotante e adotando.

É necessário o consentimento dos genitores do adotando, sendo estes vivos ou capazes, e ainda o consentimento do próprio adotando. A adoção de pessoas maiores produz seus efeitos desde a sentença que a declara, e não rompe totalmente os vínculos do adotado com sua família de origem, mas garante ao adotado a utilização do nome de família do adotante.

1.4.2.5 Estados Unidos

Os Estados Unidos, que seguem majoritariamente o sistema *common-law*, têm uma normatização complexa, tendo em vista que cada Estado membro tem competência legislativa, inclusive no que diz respeito à adoção. Não obstante, existem leis federais regulamentando a matéria de forma geral, mas as peculiaridades são encontradas nas legislações estaduais, as quais devem obediência às normas gerais ditadas pela legislação federal.

Pela evolução da legislação federal norte-americana concernente à Adoção e à

132 ITÁLIA. **Codice Civile**. Libro Primo – Delle persone e della famiglia. Atualizado em 17 set. 2010. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794>>. Acesso em 02 maio 2011.

133 O Tribunal Constitucional italiano, na sentença n. 557, de 19 de maio de 1988, declarou a inconstitucionalidade deste artigo, na medida em que não permite a adoção por pessoas que têm filhos legítimos ou legitimados que consintam pela adoção. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=34813>>. Acesso em: 02 maio 2011.

proteção dos direitos infanto-juvenis, percebe-se que o país se preocupa com a constante atualização de suas normas, dada a quantidade de atos legislativos publicados nas últimas quatro décadas, dentre eles: 1974 – PL n. 93-247; 1978 – PL n. 95-266; 1980 – PL n. 96-272; 1988 – PL n. 100-294; 1992 – PL n. 102-295; 1997 – PL n. 105-89; 1999 – PL n. 106-169; 2000 – PL n. 106-279; 2003 – PL n. 108-145; 2005 – PL n. 109-113; 2006 – PL n. 109-239 e em 2008 – PL n. 110-351¹³⁴.

Cumprе ressaltar que o direito de filiação norte-americano, desde 1968, não admite quaisquer discriminações entre a natureza da formação do vínculo¹³⁵ – se a filiação é advinda do casamento, fora dele ou por adoção.

No caso da adoção, merece destaque a *Public Law* n. 96-272, de 17 de junho de 1980, denominada *Adoption Assistance and Child Welfare Act*, a qual, dentre outros comandos legais, obriga os Estados a implementarem programas de prevenção à retirada da criança de sua família de origem e a prestarem auxílio financeiro às famílias adotantes de crianças com necessidades especiais ou características que determinem maior proteção. Se o Brasil, apenas em 2009 normatizou a fixação de prazo para a avaliação e permanência de uma criança na instituição de acolhimento, essa lei norte-americana já previa o prazo de avaliação a cada seis meses de uma criança retirada de sua família biológica e a decisão de sua situação (retorno à família de origem ou acolhimento e encaminhamento para adoção) no prazo máximo de dezoito meses.¹³⁶

No mesmo passo, a PL n. 105-89, de 1997, denominada *Adoption and Safe Families Act*, já exigia dos Estados promoverem esforços para que suas cortes judiciais, nas ações de destituição do poder familiar, concluíssem o processo no menor tempo possível, em regra no máximo em quinze meses após o afastamento familiar, considerando o superior interesse da criança¹³⁷. Deste 1999, com a vigência da PL n. 106-169, os norte-americanos preveem a

134 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Major Federal Legislation: Timeline of major federal legislation concerned with child, child welfare and adoption.** Disponível em: <http://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/federal/index.cfm?event=federalLegislation.showForm>. Acesso em 17 maio 2011.

135 BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de filiação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 57.

136 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Adoption Assistance and Child Welfare Act of 1980 P.L. 96-272.** Disponível em: <http://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/federal/index.cfm?event=federalLegislation.viewLegis&id=22>. Acesso em 17 maio 2011.

137 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Adoption and Safe Families Act of 1997 P.L. 105-89.** Disponível

necessidade da adequada preparação para os futuros pais adotivos, devendo os Estados implementarem programas para sua promoção, inclusive com auxílio financeiro¹³⁸.

Estatísticas recentes, publicadas em agosto de 2010, demonstram que os norte-americanos adotam, e muito: de 2002 a 2009 foram 419.755 (quatrocentos e dezenove mil, setecentas e cinquenta e cinco) adoções nos diversos estados norte-americanos, com intervenção de agências públicas de cuidado com crianças e jovens. Significa dizer que o número de adoções no país é maior, tendo em vista que essa estatística não contemplou as adoções realizadas por intervenção de agências particulares ou adoções independentes realizadas por advogados¹³⁹.

Não obstante, outras pesquisas demonstram que o número de crianças disponíveis para adoção no país também é grande. Em 2009, estavam disponíveis 114.556 (cento e quatorze mil, quinhentos e cinquenta e seis) crianças, a maioria com mais de três anos. Desse número, 57.466 (cinquenta e sete mil, quatrocentos e sessenta e seis) crianças foram adotadas, em sua maioria (54%) por famílias que já prestavam acolhimento a essas crianças¹⁴⁰.

A sistemática e a procedimentalidade da adoção nos EUA é substancialmente diferente dos demais pesquisados. Em comum a outras legislações verifica-se a necessidade de ação judicial para a concretização da adoção e o rompimento dos vínculos entre o adotado e sua família de origem. Nesse sentido, independentemente da forma como a adoção será efetivada, imprescindível será a sentença de uma corte judicial para que produza efeitos jurídicos. Significa dizer que, nos Estados Unidos, a adoção poderá ser pública ou privada, aberta, semiaberta ou fechada, mas sempre dependendo de ação judicial para sua decretação.¹⁴¹

em: <http://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/federal/index.cfm?event=federalLegislation.viewLegis&id=4>. Acesso em 17 maio 2011.

138 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Foster Care Independence Act of 1999 P.L. 106-169**. Disponível em: <http://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/federal/index.cfm?event=federalLegislation.viewLegis&id=48>. Acesso em 17 maio 2011.

139 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES. Adoptions of Children with Public Child Welfare Agency Involvement by State FY 2002 - FY 2009*. Disponível em: <http://www.acf.hhs.gov/programs/cb/stats_research/afcars/adoptchild09.pdf>. Acesso em 05 maio 2011.

140 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, ADMINISTRATION FOR CHILDREN AND FAMILIES, ADMINISTRATION ON CHILDREN, YOUTH AND FAMILIES, CHILDREN'S BUREAU. The AFCARS Report*. Adoption and Foster Care Analysis and Reporting System (AFCARS) FY 2009 (October 1, 2008 through September 30, 2009). Disponível em: <http://www.acf.hhs.gov/programs/cb/stats_research/afcars/tar/report17.htm>. Acesso em: 05 maio 2011.

141 ADOPTION.ORG. **Learn About The Legal Process of Adoption**. Disponível em:

É comum no país a atuação de *agency adoptions*, ou “agências de adoções”, estatais ou privadas, sendo que essas agências oferecem, em tese, garantia de melhor acompanhamento e fiscalização do processo de adoção, vista que são obrigadas a cumprir normas e procedimentos de licenciamento para seu funcionamento, por isso diz-se que a adoção nos EUA pode ser pública ou privada. Todavia, os interessados podem escolher a adoção não mediante a atuação de uma agência, mas realizá-la de forma independente, através da constituição de um advogado para acompanhar o processo.¹⁴²

O processo judicial de adoção nos Estados Unidos, em geral, realizado de forma independente ou mediante o auxílio de agências públicas ou particulares, deve ser instruído com estudos psicossociais para análise da viabilidade da medida e relatórios de aprovação da adoção. O consentimento dos pais biológicos também é exigido, caso ainda sejam detentores do poder familiar, sendo que alguns estados permitem a cumulação do pedido de adoção com a destituição do poder familiar. Após a instrução do processo e oitiva da criança, o magistrado deferirá ou não o pedido¹⁴³.

Cada estado norte-americano cria regramento específico e requisitos próprios para a adoção, desde que sigam ou não contrariem as normas federais. Normalmente não há restrições severas sobre o adotante ser casado ou solteiro, hetero ou homoafetivo, com ou sem filhos¹⁴⁴. Interessante notar que tais restrições podem advir da legislação estadual ou de exigências das agências de adoção, ou ainda dos pais biológicos que entregam seu filho, sobretudo em adoções abertas e independentes¹⁴⁵. As exigências mais comuns sobre o perfil dos adotantes são três anos de casamento, idade mínima de dezoito e máxima de 40 anos de idade¹⁴⁶, boa saúde e estabilidade financeira e de trabalho.

<<http://www.adopting.org/adoptions/learn-about-adoption-the-legal-process.html>>. Acesso em 17 maio 2011.

142 ADOPTION.COM. **What are the different type of adoption?** Disponível em: <<http://adopting.adoption.com/child/what-are-the-different-types-of-adoption.html>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

143 ADOPTION.COM. **What is adoption?** Disponível em: <<http://adopting.adoption.com/child/what-is-adoption.html>>. Acesso em: 17 maio 2011.

144 ADOPTION. ORG. **Learn about who can adopt.** Disponível em: <<http://www.adopting.org/adoptions/learn-about-adoption-who-can-adopt.html>>. Acesso em 17 maio 2011.

145 ADOPTION. COM. **Review of qualification requirements for prospective adoptive parents.** Disponível em: <<http://adopting.adoption.com/child/review-of-qualification-requirements-for-prospective-adoptive-parents.html>>. Acesso em 17 maio 2011.

146 A justificativa apresentada para limitação de idade máxima para adoção de crianças diz respeito à educação do adotado. Acredita-se que os maiores conflitos surgem na adolescência e espera-se que os adotantes estejam vivos, sejam saudáveis e mais experientes para que possam orientar o adotado nessa fase, por isso a limitação da idade para adoção em 40 anos. ADOPTION. COM. **Review of qualification requirements for prospective adoptive parents, page 2.** Disponível em: <<http://adopting.adoption.com/child/review-of-qualification->

A Califórnia, por exemplo, é o estado onde ocorrem mais adoções por intermediação de agências governamentais nos EUA, segundo as pesquisas estatísticas¹⁴⁷. Nos termos dos parágrafos 8600, 8601 e 9326 do “Código de Famílias” da Califórnia, pode adotar todo adulto que seja no mínimo dez anos mais velho que a criança adotanda, excetuando-se no caso da adoção de filho de cônjuge ou companheiro ou se o adotante for irmão, tio ou primo do adotando. Os parágrafos 8600, 9300, 9302, 9320 e 9326 do *Family Code* determinam ainda que podem ser adotadas os menores de idade e pessoas adultas, portadoras de necessidades especiais ou não. Os parágrafos 8801-5 e 8704 preveem que uma criança pode ser colocada em adoção por sua genitora, em uma adoção aberta (*open adoption*) independente ou em uma agência de adoções licenciada¹⁴⁸.

A adoção aberta (*open adoption*) refere-se à possibilidade de intercâmbio de informações e/ou contato entre os pais biológicos e os futuros pais adotivos de uma criança, nascida ou ainda gestada, antes, durante ou depois da adoção, sendo as famílias envolvidas que escolhem os níveis dessa abertura – desde totalmente aberta, passando pela semiaberta, à totalmente confidencial. Em alguns estados norte-americanos¹⁴⁹, por exemplo, é permitido o “*Postadoption Contact Agreements Between Birth and Adoptive Families*”, que seria uma espécie de contrato em que a família biológica continua tendo contato com o adotado, mesmo após a adoção, isso considerando-se o direito que os pais biológicos têm de escolher a família adotante, desde que a colocação da criança em adoção não tenha sido uma medida de segurança em face dos pais naturais (*Family Code*, § 8626,5, Califórnia).

Tal acordo visa regulamentar, por exemplo, a quantidade de contatos que as famílias

requirements-for-prospective-adoptive-parents,2.html>. Acesso em 17 maio 2011.

147 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES. Adoptions of Children with Public Child Welfare Agency Involvement by State FY 2002 - FY 2009*. Disponível em: <http://www.acf.hhs.gov/programs/cb/stats_research/afcars/adoptchild09.pdf>. Acesso em 05 maio 2011.

148 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES. Child Welfare Information Gateway. State Statutes Results*. Disponível em: <http://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/state/index.cfm?event=stateStatutes.processSearch>. Acesso em 17 maio 2011.

149 Estados como Arizona, Califórnia, Connecticut, Florida, Indiana (para crianças com idade superior a 2 anos), Louisiana, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, Novo México, New York, Oklahoma, Oregon, Rhode Island, Texas, Washington e West Virginia. Disponível em: <<http://laws.adoption.com/statutes/postadoption-contact-agreements-between-birth-and-adoptive-families.html>>. Acesso em 27 abr. 2011.

terão, após a adoção, e se tais contatos serão apenas de intercâmbio de informações sobre a criança ou se haverá troca de fotografias, visitas pessoais pela família biológica, manutenção de contato entre irmãos, mas tudo em conformidade com o atendimento ao superior interesse da criança. Na Califórnia, a competência para a execução desse acordo é do juiz que deferiu a adoção (*Family Code*, § 8616,5).

O portal eletrônico do *U.S. Department of Health and Humans Sevices* destinado ao bem-estar e direitos de crianças e jovens traz inúmeras recomendações e orientações a todos os atores envolvidos no processo de adoção para suporte das famílias, em observância ao superior interesse do infante envolvido, ressaltando que a adoção é uma decisão permanente e que muitas vezes demanda apoio adicional em diversos momentos após sua concretização judicial¹⁵⁰.

1.4.2.6 Argentina

Na América do Sul o instituto também é contemplado nas legislações dos países vizinhos. Na Argentina, o art. 240 do Código Civil¹⁵¹ prevê que o vínculo de filiação pode ser biológico ou adotivo. O Título IV denominado “De la Adopción” foi modificado pela Ley n. 24.779/97 e prevê que a adoção de menores não emancipados se outorgará mediante sentença judicial, restringindo a adoção de maiores de idade ou menores emancipados quando se tratar de adoção de filho de cônjuge do adotante, ou quando exista o “estado de filho” comprovado pela autoridade judicial.

O art. 312 do Código reza que a adoção conjunta apenas é admitida para cônjuges, caso contrário ninguém pode ser adotado por mais de uma pessoa simultaneamente. O mesmo dispositivo prevê ainda que a diferença de idade entre adotantes e adotado deve contar com no mínimo dezoito anos. A legislação argentina não limita, todavia, o número de adotandos,

150 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES*. Child Welfare Information Gateway. **Parenting after adoption**. Disponível em: <http://www.childwelfare.gov/adoption/adopt_parenting/>. Acesso em 17 maio 2011.

151 ARGENTINA. **Código Civil de la Nación**. Sanción Ley 340. Actualizado. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infoglegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>>. Acesso em: 02 maio 2011.

podendo serem adotados vários menores de idade simultânea ou sucessivamente, não importando se do gênero feminino ou masculino (art. 313, do Código Civil).

O art. 314 permite a adoção por aqueles que possuam descendentes, mas exige a oitiva destes pelo juiz ou Tribunal, com a assistência do “assessor de menores”. O art. 315, por sua vez, reza que não poderá adotar aquele que não tenha trinta anos de idade, exceto para os cônjuges que possuam mais de três anos de casamento ou que comprovem a impossibilidade de ter filhos biológicos. O mesmo dispositivo impede ainda a adoção de descendentes ou irmãos.

A norma argentina exige que a adoção seja precedida de um período de guarda do adotando não inferior a seis meses, nem superior a um ano, período que será fixado pelo juiz, sendo que o processo de adoção somente poderá se iniciar após transcorridos seis meses do começo da guarda, vale dizer, apenas um período de convivência de seis meses entre adotantes e adotando (art. 316, do Código Civil).

À semelhança de outras legislações, o consentimento dos genitores da criança é exigido, salvo quando a criança encontrava-se institucionalizada ou quando os pais foram destituídos do poder familiar (art. 317). A outorga da guarda da criança deve se dar por processo judicial, não sendo possível fazê-la por escritura pública ou ato administrativo (art. 318).

A legislação argentina demonstra que a finalidade protetiva no que diz respeito à adoção de crianças, devendo o tribunal avaliar se a medida é adequada levando-se em conta os meios de subsistência e as qualidades morais e pessoais dos adotantes (art. 321). No mesmo dispositivo, está expressa a obrigação dos adotantes informarem ao adotado sua origem biológica, tudo em respeito ao melhor interesse da criança.

Também, na Argentina, a adoção pode se concretizar na modalidade plena (art. 323 e seguintes) ou na modalidade simples. No primeiro caso, a adoção é irrevogável e se equipara à filiação biológica, rompendo-se os vínculos do adotado com sua família de origem, salvo os impedimentos matrimoniais (art. 323). Tal modalidade somente é admitida no que diz respeito aos menores: órfãos de pai e mãe; de filiação desconhecida; quando estiverem

institucionalizados; quando seus pais foram destituídos do poder familiar; ou quando expressaram voluntariamente em juízo a decisão de entregar a criança para adoção.

A adoção simples, por sua vez, não rompe com todos os vínculos entre a família natural e o adotando, sendo mantidos os direitos e deveres decorrentes do vínculo biológico (art. 329 e seguintes do Código Civil). Por outro lado, dá o sobrenome do adotante ao adotado e alguns direitos sucessórios. Por fim, admite-se a revogação da adoção simples por indignidade do adotante ou do adotado, por recusa em manter as obrigações alimentares, por pedido fundamentado do adotado ou por acordo entre as partes, desde que o adotado tenha atingido a maioridade.

1.4.2.7 Chile

A análise da legislação chilena acerca da adoção, especificamente no que diz respeito à adoção de crianças, revela que o país procura atender em caráter prioritário o superior interesse infanto-juvenil. A Lei n. 19.620, de julho de 1999¹⁵², que dita as normas sobre adoção de menores, revela em seu artigo primeiro que a adoção tem por objetivo velar pelo superior interesse do adotado e amparar seu direito de viver e desenvolver-se no seio de uma família que lhe proporcione afeto e cuidados a satisfazer suas necessidades espirituais e materiais, quando tal desvelo não possa ser proporcionado pela família de origem.

O mesmo dispositivo legal prevê que a adoção confere ao adotado o estado civil de filho dos adotantes, vale dizer, no Chile não há distinção ou discriminação quanto à origem do vínculo de filiação. Outrossim, a legislação chilena reza que o programa de adoção é o conjunto de atividades para assegurar que a criança terá uma família responsável, atividades que serão coordenadas pelo Serviço Nacional de Menores¹⁵³ e agências por ele acreditadas. Trata-se principalmente de apoio e orientação à família de origem da criança, da recepção e

152 CHILE. LEY N. 19.602, Santiago, julio 15 de 1999. Última alteração em 30 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=140084&buscar=19620>>. Acesso em: 03 maio 2011.

153 O Serviço Nacional de Menores (SENAME) foi criado pelo Decreto Lei n. 2.465, de 10 de janeiro de 1979, sendo órgão do Ministério da Justiça de colaboração judicial em questões ligadas à justiça e crianças e adolescentes. Disponível em: <<http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=1>>. Acesso em: 03 maio 2011.

atendimento desta criança para adoção, de avaliação técnica dos requerentes e de preparação destes como família adotiva, com a finalidade de certificação da aptidão para adoção (art. 7º, da Lei n. 19.620/99).

Podem ser adotados, segundo a legislação chilena, crianças menores de 18 anos cujos pais não foram capazes de assumir o poder familiar e expressem a vontade de entregar a criança em adoção, perante o juiz competente, ou a criança descendente consanguínea de um dos adotantes, ou o menor que tenha sido declarado suscetível de ser adotado por decisão judicial do tribunal competente (art. 8º, da Lei n. 19.620/99).

Caso os pais biológicos tenham manifestado vontade em entregar a criança para adoção, o procedimento será iniciado com a declaração de consentimento, em audiência de instrução e julgamento (art. 9º, da Lei n. 19.620/99), sendo que este procedimento poderá ser iniciado antes mesmo do nascimento da criança, desde que haja intervenção do Serviço Nacional de Menores ou organismo por este acreditado (art. 10, da Lei n. 19.620/99).

A norma esclarece que a falta de recursos financeiros dos genitores não é razão suficiente para a determinação judicial de colocação da criança em adoção, que deve ocorrer apenas quando a filiação é desconhecida, ou quando os genitores são física ou moralmente desqualificados para o exercício do poder familiar (art. 12, da Lei n. 19.620/99). Outra situação que determina a colocação da criança em adoção, é o fato desta ter sido entregue a uma instituição pública ou privada de proteção da criança, caso semelhante ocorrendo no abandono (art. 12 – 3, da Lei n. 19.620/99). A colocação da criança em adoção é realizada por sentença judicial, mediante procedimento que destina-se a declarar que uma criança está apta para ser adotada (art. 13 a 19, da Lei n. 19.620/99).

Poderão adotar casais chilenos ou estrangeiros, residentes permanentemente no país, que tenham dois ou mais anos de casamento, que tenham sido avaliados como física, mental, psicológica e moralmente aptos, e ainda que possuam, em regra, mais de vinte e cinco e menos de sessenta anos, sendo a diferença de idade mínima entre adotantes e adotado de vinte anos (art. 20, da Lei n. 19.620/99). A idade mínima de vinte e cinco anos para os adotantes não será exigida caso comprovada a esterilidade de um dos cônjuges.

É também admitida a adoção por pessoas solteiras, desde que atendam a todos os requisitos legais, com residência permanente no Chile, devendo ser considerada apta na mesma avaliação descrita anteriormente, tendo preferências o adotante que possuir vínculo de parentesco com a criança (art. 21, da Lei n. 19.620/99).

O juiz sempre deverá levar em consideração a opinião da criança, dependendo de sua idade e maturidade (art. 3º, da Lei n. 19.620/99). O Serviço Nacional de Menores possuirá dois cadastros: um de pessoas interessadas em adotar uma criança, fazendo-se distinção entre aqueles que residem no país e aqueles que residem no exterior, e outro das crianças que podem ser adotadas. Há observação de que a adoção ainda será possível mesmo que determinada criança ou adotante que não figure no cadastro (art. 5º, da Lei n. 19.620/99).

A legislação reza ainda que podem intervir em programas de adoção somente o Serviço Nacional de Menores ou as agências por eles credenciadas, sendo que a acreditação somente será concedida à sociedades ou fundações que tenham em seus objetivos os cuidados ou proteção de crianças e demonstrem competência técnica e profissional para executar os programas de adoção (art. 6º, da Lei n. 19.620/99).

Pela norma chilena, os adotantes podem já possuir a guarda da criança que será adotada. Caso contrário, deverão requerê-la conjuntamente com a petição de adoção, pedido que será apreciado pelo juiz na audiência inicial, podendo ainda o juiz dispor das diligências que entenda pertinentes para estabelecer a adaptação da criança em sua futura família (art. 24, da Lei n. 19.620/99). Se os envolvidos no processo podem não configurar no Cadastro de Adoção (art. 5º, da Lei n. 19.620/99) e se os adotantes podem já possuir a guarda da criança, ainda que de fato (art. 24, da Lei n. 19.620/99), subentende-se que no Chile é admitida a figura da adoção *intuitu personae* (preparada ou direcionada).

A adoção, no Chile, confere ao adotado o estado civil de filho dos adotantes, conforme exposto anteriormente, com todos os direitos e deveres recíprocos estabelecidos em lei, e extingue os vínculos entre família de origem e adotado, para todos os efeitos civis, salvo os impedimentos matrimoniais (art. 37, da Lei n. 19.620/99). A adoção produzirá seus efeitos legais desde a data da inscrição de nascimento ordenada pela sentença que a constituiu (art.

37, *in fine*, da Lei n. 19.620/99).

Por fim, a adoção chilena é irrevogável, todavia, o adotado poderá, por si ou por curador especial, requerer a nulidade da adoção obtida por meios ilícitos ou fraudulentos, tendo o prazo prescricional de quatro anos, a partir do momento em que atingiu a plena capacidade ou tenha tomado conhecimento dos vícios, para promover a ação judicial (art. 38, da Lei n. 19.620/99).

1.4.2.8 Uruguai

O Uruguai, de modo semelhante ao Brasil, conta com um “Código de La Niñez y la Adolescencia”¹⁵⁴, Lei n. 17.823/03, legislação que considera crianças todas aquelas que possuem até treze anos de idade e adolescentes aqueles que possuem idade entre treze e dezoito anos (art. 1º). O Código expressamente reza que todas as crianças e adolescentes são titulares de direitos, deveres e garantias inerentes à pessoa humana (art. 2º).

A legislação uruguaia prevê que toda criança e adolescente tem direito de viver e crescer junto à sua família e não ser dela separado por questões econômicas, fato que pode ocorrer apenas em seu superior interesse, mediante devido processo e determinação das autoridades para colocação em família substituta (art. 12).

As normas uruguaias permitem que uma criança seja entregue para adoção, pelos pais ou responsáveis legais, desde que a encaminhe ao “Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU). Outrossim, é possível uma família receber uma criança diretamente por seus pais biológicos, caso em que também devem comunicar o fato ao INAU e ao juiz de família competente, o qual verificará a possibilidade de reintegração da criança à família biológica ou necessidade de outras medidas pertinentes (art. 132).

154 URUGUAI. **Código de la niñez y la adolescencia**. Ley n. 17.823, publicada en el Registro Oficial No. 737 del 3 de Enero de 2003. Actualizado al 2 mar. 2010. Disponível em: <http://www.regionalcentrelacundp.org/images/stories/CD_herramientas_conceptuales/Docs/Leyes/Uruguay/C%F3digo%20de%20la%20ni%F1ez%20y%20la%20adolescencia.pdf>. Acesso em 3 maio 2011.

Caso não seja possível a manutenção da criança na família de origem, o juiz determinará a separação definitiva e outras formas de inserção familiar, dentre elas a adoção, procurando evitar a institucionalização da criança ou do adolescente, buscando a salvaguarda dos vínculos de afetividade (art. 133), dispondo ainda sobre a perda do poder familiar dos genitores (art. 133.1).

A adoção, portanto, terá finalidade de integração familiar de uma criança ou adolescente que, na família biológica, tenha sofrido grave violação de seus direitos ou colocado em situação de vulnerabilidade e risco, buscando-se através da adoção o estabelecimento de novos vínculos afetivos, em conformidade com o princípio da proteção integral (art. 133.2). Em caso de existirem irmãos em iguais condições, a integração familiar destes deverá ser conjunta (art. 133.2).

As crianças menores de dois anos de idade afastadas da família biológica não poderão permanecer em instituições de acolhimento por mais de quarenta e cinco dias, salvo por motivo de saúde. As crianças com idade entre dois e sete anos apenas podem ser institucionalizadas pelo prazo máximo de noventa dias (art. 134, com redação dada pela Lei n. 18.590/2009).

O Código de la Niñez y la Adolescencia do Uruguai prevê que a adoção é um instituto de exceção, que tem como finalidade garantir o direito da criança e do adolescente de convívio familiar, ingressando na qualidade de filho, com todos os direitos que lhe são inerentes, na nova família (art. 137).

Não obstante, a norma prevê que existindo algum parente consanguíneo do adotando (genitores, avós, tios, irmãos ou outros integrantes da família ampliada), com quem o adotando tenha tido vínculos altamente significativos e favoráveis a seu desenvolvimento integral, a adoção apenas poderá realizar-se se os adotantes se obrigarem ao respeito e preservação desse vínculo com a família biológica. Todavia, essa condição não restringirá os direitos do adotando na família adotiva, sendo que todas as adoções serão plenas (art. 138, com redação dada pela Lei n. 18590/2009).

No Uruguai, podem ser adotadas crianças ou adolescentes que, por determinação judicial, foram entregues para adoção, observando-se os seguintes requisitos: destituição do poder familiar dos genitores, caso o possuísem; que haja transcorrido ao menos um ano de convivência entre adotantes e adotando; que a criança ou adolescente haja prestado seu consentimento, por si ou por seu defensor; que os adotantes tenham no mínimo vinte e cinco anos de idade, e quinze anos a mais que o adotando; e tratando-se de adoção de casais ou conviventes, que deverão possuir ao menos quatro anos de vida em comum (art. 140, com redação dada pela Lei n. 18590/2009).

Não se poderá adotar conjuntamente salvo se os requerentes forem casados ou conviverem em união estável e o tutor para adotar o pupilo deverá ter prestado contas do encargo (art. 141, com redação dada pela Lei n. 18590/2009).

Tratando-se de adoção em que os adotantes se obriguem a preservar o vínculo pessoal e afetivo do adotando com um ou mais integrantes da família de origem (art. 138), deverão estabelecer um regime de visitas conforme as necessidades da criança ou do adolescente (art. 146, com redação dada pela Lei n. 18590/2009).

Realizada a adoção, os vínculos de filiação anterior da criança ou do adolescente se substituem pelos vínculos adotivos em todos os seus efeitos, com exceção dos impedimentos matrimoniais, sendo a adoção irrevogável e proporcionando ao adotado os mesmos direitos e deveres como se filho biológico fosse (art. 148, com redação dada pela Lei n. 18590/2009).

É garantido à criança e ao adolescente o direito de conhecer sua origem biológica, ou seja, seus genitores (art. 23) e sua condição de adotado, o mais cedo possível, dentro do que seja conveniente aos pais adotivos, segundo o caso concreto (art.160, com a nova redação dada pela Lei n. 18.590/2009). Em caso de adoção, poderá haver alteração do nome de família do adotado, para constar o nome dos adotantes (art. 27 – 9, com a nova redação dada pela Lei n. 18.590/2009).

A legislação uruguaia prevê ainda que instituições públicas ou privadas, sem fins lucrativos, podem se especializar para desenvolver programas de adoção, desde que contem

com equipe interdisciplinar que terá como função: assessorar os adotantes interessados e analisar os motivos do interesse; avaliar as condições de saúde, psíquicas, sociais e jurídicas dos requerentes e as possibilidades de convivência; cadastrar os registros dos interessados em adotar, ordenando o cadastro cronologicamente segundo a data de solicitação; selecionar o registro dos possíveis adotantes, respeitando a ordem de inscrição, para determinada criança ou adolescente, sendo que esta ordem somente poderá ser alterada ante a necessidade da criança ou adolescente, mediante fundamentação; orientar e acompanhar o processo de integração familiar, tomando as ações para garantir uma satisfatória inserção do adotando e supervisionar o cumprimento do direito de conhecimento de sua origem e identidade; assessorar o juiz sempre que requerido; orientar e apoiar adotantes, adotados e integrantes da família de origem no processo de conhecimento e contato entre eles (art. 158, com a nova redação dada pela Lei n. 18.590/2009).

1.4.2.9 Venezuela

Segundo a Constituição da República Bolivariana da Venezuela, de 1961, em seu artigo 75, “[...] la filiación adoptiva será amparada por la ley [...]”¹⁵⁵. A “Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes – LOPNA”, de 14 de agosto de 2007¹⁵⁶, é extensa, contando com 685 artigos, e também adota a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente (art. 1º, LOPNA), o princípio da prioridade absoluta (art. 7º, LOPNA), e do superior interesse da criança e do adolescente (art. 8º, LOPNA), considerando criança a pessoa com menos de doze anos de idade e adolescente aquele que possua mais de doze e menos de dezoito anos (art. 2º, LOPNA), ambos reconhecidamente sujeitos de direitos e garantias inerentes à pessoa humana (art. 10 e art. 11, LOPNA).

A norma venezuelana dispõe que os direitos e garantias das crianças e dos adolescentes tem natureza de ordem pública, sendo intransigíveis, irrenunciáveis, interdependentes entre si e indivisíveis (art. 12, LOPNA), podendo somente ser limitados ou

155 VENEZUELA. **Constitución de La República de Venezuela**. 1961. Disponível em: <<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/crv.html>>. Acesso em: 03 maio 2011.

156 VENEZUELA. **Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes**, de 14 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/lopna.htm>>. Acesso em 03 maio 2011.

restringidos mediante lei, de forma compatível com sua natureza e com os princípios de uma sociedade democrática e para a proteção dos direitos das demais pessoas (art. 14, LOPNA).

As crianças e adolescentes venezuelanos possuem expressamente o direito de viver, serem criados e se desenvolverem no seio de sua família de origem. Excepcionalmente, em casos que tal situação contrarie seu interesse superior, terão o direito de viver, serem criados e se desenvolverem em uma família substituta, que deverá oferecer-lhe um ambiente de afeto, segurança, solidariedade, compreensão mútua e respeito recíproco, permitindo o desenvolvimento integral da criança ou do adolescente (art. 26, LOPNA).

As crianças ou adolescentes somente poderão ser separados de sua família de origem quando seja extremamente necessário para preservar seu superior interesse, sendo que a separação somente se procede mediante aplicação de medida de proteção determinada pela autoridade competente e em conformidade com os requisitos e procedimentos previstos em lei. Essas medidas de proteção terão caráter excepcional de último recurso e, na medida em que se processam, deverão durar o tempo mais breve possível (art. 26, parágrafo primeiro, LOPNA).

No mesmo sentido, a legislação determina que não se procede o afastamento da criança ou do adolescente da família natural por motivos de pobreza ou outras hipóteses de exclusão social. Se o afastamento se der com grupo de irmãos, estes devem-se manter unidos em um mesmo programa de proteção (art. 26, parágrafo segundo, LOPNA). Compete ao Estado, com apoio e participação da sociedade, organizar programas e medidas de proteção especiais para crianças e adolescentes privados temporária ou permanentemente de sua família de origem (art. 26, parágrafo terceiro, LOPNA).

A legislação venezuelana ainda apresenta um sistema de proteção integral de crianças e adolescentes que pretende funcionar através de um conjunto articulado de ações intersetoriais de serviço público, desenvolvidos por órgãos e entes estatais e também pela sociedade organizada (art. 117, LOPNA). Segundo a norma, a adoção seria um tipo de medida de proteção a ser tomada, uma vez comprovada a ameaça ou violação dos direitos da criança ou do adolescente, provenientes de ação ou omissão de seus pais ou seus responsáveis, do

Estado, da sociedade, dos particulares ou da própria conduta da criança ou do adolescente (art. 126, LOPNA).

A adoção, na Venezuela, é regulada pela “Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes – LOPNA”, que revogou os dispositivos do Código Civil¹⁵⁷ sobre a matéria (art. 684, LOPNA), e é entendida como um instituto de proteção que tem por objetivo promover à criança ou ao adolescente, apto a ser adotado, uma família substituta à sua família de origem, de forma permanente e adequada (art. 406, LOPNA). É procedimento que conta com uma fase administrativa e outra judicial (art. 493, LOPNA), sendo irrevogável após sua concretização (art. 508, LOPNA).

Apenas podem ser adotados aqueles que possuam menos de dezoito anos até a data do pedido de adoção, exceto se existirem vínculos de parentesco ou se a pessoa a ser adotada já estivesse integrada na família adotante antes de completar dezoito anos, ou ainda quando se tratar de adoção unilateral de filho do cônjuge (art. 408, LOPNA).

Os adotantes, por sua vez, devem possuir no mínimo vinte e cinco anos e uma diferença de idade entre o adotando de dezoito anos, salvo quando se tratar de adoção unilateral de filho do cônjuge, em que a diferença deve ser no mínimo de dez anos, devendo os demais casos serem analisados pelo juiz (art. 409 e art. 410, LOPNA).

Toda adoção na Venezuela é considerada plena, podendo se dar de forma individual ou conjunta, neste último caso, segundo o dispositivo legal, desde que solicitada por pessoas casadas ou por homem e mulher que mantenham união estável, afastando a possibilidade da adoção por casais homoafetivos (art. 411, LOPNA).

Para concretização da adoção, requer-se o consentimento da pessoa a ser adotada, desde que possua mais de doze anos, de quem exerça o poder familiar, do representante legal, na falta dos pais e do cônjuge do adotante, se fizer o pedido individualmente (art. 414, LOPNA). Requer-se, ainda, não o consentimento, mas a opinião do adotando que possuir menos de doze anos, do representante do ministério público, dos outros filhos dos adotantes e

157 VENEZUELA. **Código Civil**, Trascrito de la Gaceta Oficial N° 2.990 del 26 de julio de 1982 . Disponível em: <http://www.gobiernoenlinea.ve/legislacion-view/sharedfiles/Codigo_Civil.pdf>. Acesso em 03 maio 2011.

de quem mais o juiz considerar conveniente (art. 415, LOPNA).

A norma venezuelana prevê estudos psicossociais com os pretendentes à adoção, a fim de que se apure a aptidão para adotarem. O relatório do estudo deve conter dados sobre a identidade dos requerentes, capacidade jurídica, situação pessoal, familiar, médica, e ainda a motivação pela adoção e as características do filho desejado (art. 415, LOPNA). É exigido um período de estágio de convivência de no mínimo seis meses, no caso de adoção nacional, momento em que haverá no mínimo duas avaliações sobre a convivência entre adotantes e adotando (art. 416, LOPNA), mas esse período poderá ser prorrogado por determinação do juízo (art. 417, LOPNA).

O efeito da adoção, na Venezuela, é conferir ao adotado condição de filho dos adotantes (art. 425, LOPNA), criando vínculo de parentesco entre o adotado e os integrantes da família dos adotantes, entre o adotante e o cônjuge da pessoa adotada, entre o adotante e a descendência futura do adotado, e entre os integrantes da família do adotante e a descendência futura da pessoa adotada (art. 426, LOPNA), extinguindo os vínculos de parentesco do adotado e sua família de origem, exceto no caso da adoção unilateral de filho de cônjuge ou companheiro e quanto aos impedimentos matrimoniais (art. 427 e art. 428, LOPNA).

Por fim, a Venezuela também garante aos adotados o direito de ter acesso aos autos do processo de adoção, sendo necessário o assessoramento da equipe multidisciplinar do “Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes” (art. 429, LOPNA).

Percebe-se que a legislação venezuelana está atualizada com a tendência mundial de proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente. A doutrina aponta uma evolução sobre a finalidade da adoção na Venezuela, conforme ensina Torres-Rivero: “La adopción ha ido variando: se ha considerado como su razón la de llevar hijos donde no se tienen o no se pueden tener; también la razón de beneficiencia, protección de los menores [...]”¹⁵⁸

158 TORRES-RIVERO, Arturo Luis. **Adopción**: (derecho de familia – parte especial). Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1974. p. 5-6.

1.4.3 Breve análise da legislação mundial sobre adoção

Pelas normas analisadas, é possível perceber uma certa harmonia na temática tratada, isso em função da influência, na legislação mundial sobre adoção, da Convenção de Haia, ocorrida em 29 de maio de 1993, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, a qual reconheceu a necessidade de desenvolvimento da criança “em meio familiar, em clima de felicidade, de amor e de compreensão”¹⁵⁹, tudo em conformidade com o superior interesse da criança.

Percebe-se, outrossim, que as diversas legislações que tratam do tema, sobretudo quando diz respeito à adoção de crianças e adolescentes, são belas, protetivas, estão em conformidade com a doutrina da proteção integral e buscam defender o superior interesse da criança, todavia, a efetividade dessas leis não estão nelas estampadas. É sabido que de nada vale um texto normativo prevendo os mais caros direitos humanos ao cidadão se não houver efetividade. Nas palavras de Ayres Britto¹⁶⁰

Pois o certo é que o humanismo não se tem feito acompanhar senão de uma prática muito aquém dos prometidos *mundos e fundos*. Tem sido algo muito mais retórico do que real. Bom para a auto-estima das pessoas patrimonializadas e dos países ditos desenvolvidos, mas incapaz de esconder a vexatória verdade de que somente uma micro-minoria de seres humanos é que vive de regular para ótimo. Já a macro-maioria, muito ao contrário, vive mesmo é de ruim para péssimo. [...]. Numa frase, o humanismo dos dias atuais ainda é mais *de fachada* do que autêntico.

Infelizmente, neste trabalho a análise da efetividade das diversas legislações citadas não será possível. De outro turno, ainda que desconhecendo o grau de efetividade das referidas normas, percebe-se que a legislação brasileira anda bem no que diz respeito à adoção de crianças e adolescentes, sobretudo por não possuir mais a adoção com diferentes efeitos, posto que atualmente a adoção se dá apenas de forma plena, não mais existindo a vetusta adoção simples, de efeitos restritos, diferentemente de outras partes do mundo, que ainda trazem limitação para os efeitos da adoção. Isso revela a maturidade de como o país trata o

159 BRASIL. **Decreto n. 3.087, de 21 de junho de 1999**. Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993.

160 BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 43-44.

instituto e traz o reconhecimento da verdadeira finalidade da adoção, que é estabelecer um vínculo de filiação como se biológico fosse, sem quaisquer diferenças ou discriminações.

2 O PROCESSO DE ADOÇÃO JUDICIAL BRASILEIRO

Após o estudo da evolução do instituto da adoção, enquanto sua finalidade, cumpre agora a verificação no que tange ao modelo processual vigente, sobretudo após as inúmeras alterações promovidas pela Lei n. 12.010/09. A análise das regras processuais e procedimentais, com maior detalhe no tocante ao Cadastro Nacional de Adoção, possibilitará a arguição acerca da compatibilidade do instituto com os parâmetros ditados pela nova hermenêutica constitucional, a se realizar no último capítulo.

É também momento oportuno para verificar o papel do Estado nas questões afetas à família e à infância e juventude, os limites de atuação e qual o grau adequado de interferência.

2.1 O Atual Modelo Processual

A chamada Lei de Adoção (Lei n. 12.010/09) alterou os artigos 1.618 e 1.619 do Código Civil para determinar que, seja no que pertine à adoção de pessoas maiores de dezoito anos, seja no que diz respeito à adoção de crianças ou adolescentes, a sistemática será aquela prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, vale dizer, praticamente não há procedimentos diferenciados.

A legislação brasileira, pela regulamentação do ECA (art. 40), permite a adoção de pessoas maiores de dezoito anos desde que o adotando já estivesse sob a guarda, legal ou de fato, ou tutela dos adotantes. Nesse caso, o vínculo socioafetivo deve ter-se estabelecido antes do adotando completar a maioridade.

Cumprido esse requisito, independentemente da idade do adotando, a adoção se concretizará por processo judicial, mediante sentença constitutiva proferida pelo juízo competente, não mais se admitindo adoção por escritura pública como outrora permitido.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em sua redação original, não trouxe regramento específico no tocante ao rito procedimental da Ação de Adoção, permanecendo silente a Lei 12.010/09 na regulamentação específica acerca da processualidade. Entende-se, majoritariamente, se tratar de procedimento de jurisdição voluntária quando houver consentimento dos pais biológicos ou contencioso quando for necessária a destituição do poder familiar dos genitores ou representantes legais.¹⁶¹

Nos termos dos artigos 147 e 148 do ECA, a competência para a Ação de Adoção é da Vara da Infância e Juventude, ou juiz que exerça essa função, e não a Vara de Família, devendo a ação tramitar no domicílio dos pais ou responsáveis, ou no local onde se encontre a criança ou adolescente, na falta daqueles.

Não há pagamento de custas ou emolumentos, nos termos do art. 141, § 1º, do Estatuto e o processo corre em segredo de justiça (art. 206 da mesma legislação), como forma de efetividade ao direito de acesso à justiça de crianças, adolescentes e seus familiares.

A adoção, nos termos da legislação infanto-juvenil, é medida excepcional (art. 39, ECA) e também considerada medida de proteção à criança e ao adolescente que tiverem seus direitos ameaçados ou violados, em razão de ser modalidade de colocação em família substituta (art. 98 e art. 101, IX, ECA).

O § 2º do art. 101, do ECA, reza que o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva do juiz da infância e juventude, em procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Desse dispositivo legal, e pela interpretação sistemática das normas positivadas sobre os direitos da criança e do adolescente, é possível concluir que todos os princípios, direitos e garantias relacionados ao processo administrativo e judicial também devem estar presentes no procedimento da adoção e seus incidentes: acesso à justiça, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, razoável duração do processo, boa-fé, e outros.

¹⁶¹ Nesse sentido: GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2008. p. 96.

Merece relevo o “princípio-direito-garantia” da razoável duração do processo, expresso no art. 5º, LXXVIII, da Carta Maior (Emenda Constitucional n. 45/2004), para que se possa ter um procedimento “suficientemente célere com o menor risco possível de perda da ação para aqueles que, necessitados, buscam o Poder Judiciário”¹⁶².

No que pertine ao tema objeto desse estudo, a razoável duração do processo revela-se de imprescindível observância pelos operadores do direito. Se um processo moroso é fatal para qualquer litigante, quando se trata de direitos da criança e do adolescente a questão é de consequências mais profundas. O relógio passa mais rápido para os pequenos. Imagine-se uma criança retirada de sua família biológica e encaminhada a uma instituição de acolhimento. Cada dia que o magistrado leva para decidir acerca do processo instaurado, é um dia a mais fora da convivência familiar, é um dia a mais de vida dessa criança, é uma chance a menos de ser adotada.

O art. 103-B, inciso VI, da Constituição Federal (Emenda Constitucional n. 45/2004), atribuiu ao Conselho Nacional de Justiça competência para elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário. O CNJ apurou, então, que 70% do tempo de tramitação de um processo é gasto com atos burocráticos¹⁶³. Dado perverso quando se trata de um processo de adoção.

Maria Berenice Dias entende que um dos calcanhares de aquiles da adoção é o tempo de tramitação dos processos, seja da adoção propriamente dita, seja de destituição do poder familiar, quando necessária. A autora afirma que, neste particular, de nada adiantou a nova legislação da adoção.¹⁶⁴

A celeridade deste processo é o que garante a convivência familiar, direito constitucionalmente preservado com absoluta prioridade (CF, 227). Para esse fim – e infelizmente – não se presta a nova legislação, que nada mais fez do

162 PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 27.

163 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cerca de 70% do tempo de tramitação do processo judicial é gasto com atos burocráticos**. Notícias. 06 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/10506-cerca-de-70-do-tempo-de-tramitacao-do-processo-judicial-gasto-com-atos-burocraticos>>. Acesso em 10 maio 2011.

164 DIAS, Maria Berenice. O lar que não chegou. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009. v. 11. ago./set. 2009. p. 125-127.

que burocratizar e emperrar o direito à adoção de quem teve a desdita de não ser acolhido no seio de sua família. [...]. Assim, a chamada lei da adoção não consegue alcançar os seus propósitos. Em vez de agilizar a adoção, acaba por impor mais entraves para sua concessão, tanto que onze vezes faz referência à prioridade da família natural. Portanto, para milhares de crianças e adolescentes que não têm um lar, continuará sendo apenas um sonho o direito assegurado constitucionalmente à convivência familiar.

Fácil concordar com Barbosa Moreira, ao afirmar que o problema da demora processual tem diversas facetas e vários mitos envolvidos¹⁶⁵; difícil é estabelecer uma estratégia eficaz para essa chaga do Judiciário. De qualquer maneira, urge criar soluções eficientes para que o processo, sobretudo o de adoção, tramite em tempo adequado, célere o suficiente para trazer a prestação jurisdicional adequada, e demorado na exata medida da garantia do devido processo legal.

Nas palavras de Luiz Edson Fachin, “é imperativo escrever um novo dicionário, cuja gramática e ortografia traduza lucidez de limites e de possibilidades de retirar, ao menos um pouco, a barbárie que hoje acomete pais e filhos no sombrio crepúsculo de processos sem começo nem fim.”¹⁶⁶

Soluções para a morosidade processual tem sido cada vez mais buscadas. Como exemplo, cite-se a iniciativa desenvolvida pela equipe da Coordenadoria da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça de Pernambuco, que iniciou um trabalho de digitalização dos processos de adoção, primeiro movimento nesse sentido realizado no Brasil.¹⁶⁷

Outro caminho ventilado por José Antonio Callegari é a eficácia na gestão processual, posto que a atividade jurisdicional é diretamente influenciada pela boa ou má administração

165 O autor aponta diversos equívocos relacionados ao tema: 1) que o problema da morosidade processual é peculiar aos nossos tempos; 2) que é mazela tipicamente brasileira; 3) que todos os litigantes desejam a celeridade processual; 4) que a mudança legislativa é o caminho para a solução; e 5) que a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos é modo seguríssimo de acelerar a máquina judiciária. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 369 et. seq.

166 FACHIN, Luiz Edson. Direito, guerra e paz no campo da família: limites do processo judicial – uma proposta de criação no Poder Judiciário Estadual dos promagistrados. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e Responsabilidade: teoria e prática do direito de família**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p. 370.

167 PIONEIRISMO. Presidente do TJPE conhece digitalização dos processos de adoção. **Diário de Pernambuco**, Pernambuco, 16 mar. 2011. Notícias. Disponível em: <<http://www.pernambuco.com/ultimas/nota.asp?materia=20110316084710&assunto=82&onde=VidaUrbana>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

dos atos processuais. Se a estatística apresentada pelo CNJ é verdadeira (de que 70% do tempo de tramitação do processo é gasto com atos meramente burocráticos), acertado é o pensamento de Callegari¹⁶⁸:

[...] o juiz moderno não é um instrutor do processo no sentido acadêmico de cuidar da atividade preparatória, instrutora e de entrega da prestação jurisdicional. O novo paradigma jurídico processual exige dele uma participação pró-ativa como gestor. A secretaria do juízo não é um órgão autônomo e seu funcionamento depende e muito da qualidade de gestão praticada pelo juiz. Juiz que não administra não desempenha a sua função judicante em toda a sua plenitude.

Retornando ao assunto objeto deste tópico, a Ação de Adoção poderá se dar por procedimento de jurisdição voluntária ou contenciosa. No primeiro caso, a adoção contará com o consentimento expresso dos genitores da criança ou do adolescente adotando, desde que vivos, conhecidos e ainda detentores do poder familiar.

O artigo 166 do ECA prevê que, se os pais da criança adotanda forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, o pedido de adoção poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado.

O mesmo dispositivo legal prevê ainda que o consentimento dos pais, válido apenas se for dado após o nascimento da criança, será precedido de orientação e esclarecimentos fornecidos pela equipe multidisciplinar da Vara da Infância e Juventude, e, mesmo que prestado por escrito, não terá validade se não for ratificado e colhido pelo juízo em audiência, sendo retratável até a data da publicação da sentença constitutiva de adoção (art. 166, §§ 1º a 6º, do ECA).

Nesse sentido, aquele casal ou pessoa solteira interessada em adotar, não sendo uma adoção unilateral ou que não queira apenas regularizar uma situação de vínculo de filiação já consolidado¹⁶⁹, deve, inicialmente, se dirigir à Vara da Infância e Juventude de sua comarca,

168 CALLEGARI, José Antonio. Gestão processual – em busca da razoável duração do processo. **Revista LTr**. Vol. 73, n. 11, nov. 2009. p. 1372.

169 É comum, nas Varas da Infância e Juventude, ações de adoção que visam apenas a homologação do

ou ao juízo investido dessa competência, em caso de Vara Única, para dar início ao procedimento de *Habilitação para Adoção*.

Nos termos do art. 197-A, do ECA, os interessados em adotar apresentarão petição inicial na qual conste: sua qualificação completa; dados familiares; cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento ou declaração de união estável; cópias de cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas; comprovante de renda e domicílio; atestados de sanidade física e mental; certidão de antecedentes criminais e certidão negativa de distribuição cível de cada requerente.

Não raro, os interessados em adotar, chamados comumente de “pretendentes”, comparecem sem assistência de causídico particular e preenchem um formulário na Vara da Infância e Juventude para o início do procedimento e cadastramento no sistema do Cadastro Nacional de Adoção.

Geralmente, os formulários solicitam outros dados dos pretendentes, além dos estipulados no art. 197-A, do ECA, como: raça ou cor de pele; escolaridade; renda mensal e faixa salarial, em salários mínimos; se possuem filhos biológicos e, caso positivo, quantos e a idade deles; se possuem filhos adotivos, e, caso positivo, quantos e a idade deles; e se a adoção será conjunta ou se trata apenas de um pretendente.

Os formulários também buscam o perfil da criança ou adolescente desejado pelos pretendentes, que devem informar: quantas crianças desejam adotar; se aceita adotar irmãos e, caso positivo, se aceitam adotar gêmeos; a faixa etária da criança esperada; se aceitam adotar em outro Estado da federação e, caso afirmativo, devendo especificar quais Estados; qual a cor/raça da criança pretendida, se branca, negra, parda, amarela, indígena ou indiferente; o sexo da criança, se feminino, masculino ou indiferente; e se fazem restrição quanto a doença tratável, doença não tratável, deficiência física, deficiência mental, vírus HIV, ou não faz restrição¹⁷⁰.

judiciário acerca de uma situação fática já vivenciada pela família, ou seja, de uma criança que já conviva há tempos com os adotantes, que nunca regularizaram sua situação, como ocorre com a adoção de maiores de dezoito anos. Nesses casos, o adotando já está inserido na família adotante há certo tempo, já tendo consolidados os laços socioafetivos.

170 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Planilha para cadastramento de pretendentes a adoção**. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br/Download/Corregedoria/Formularios/cejai_cadastramento.doc>. Acesso

Por vezes é perguntado aos pretendentes quais problemas no adotando seriam aceitos ou não aceitos, como: problemas físicos não tratáveis; problemas físicos tratáveis graves; problemas físicos tratáveis leves; problemas mentais não tratáveis; problemas mentais tratáveis graves; problemas mentais tratáveis leves; problemas psicológicos graves; problemas psicológicos leves; genitores soropositivos para o HIV; genitores alcoolistas; genitores drogaditos; sorologia negativada para o HIV; soropositivo para o HIV; criança proveniente de estupro; criança proveniente de incesto; criança vítima de estupro; criança vítima de atentado violento ao pudor; criança vitimizada (maus-tratos)¹⁷¹.

Pode-se afirmar que o perfil da criança desejada irá determinar maior ou menor tempo de espera na “fila” para adoção. Frequentemente, os pretendentes desejam crianças com até três anos de idade, brancas, que não possuam irmãos e também não possuam deficiências físicas ou mentais e não possuam histórico familiar grave. No próximo tópico serão apresentadas as últimas estatísticas que explicam a razão de o número de pretendentes ser quase seis vezes superior ao número de crianças e adolescentes disponíveis para adoção, e ainda existirem milhares de crianças institucionalizadas.

Após o requerimento inicial e autuação do feito, o juiz da Vara da Infância e Juventude dará vista dos autos ao representante do Ministério Público, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, que deverá se manifestar em até cinco dias, podendo: apresentar quesitos a serem respondidos pela equipe interprofissional, por ocasião de estudo psicossocial que será realizado; requerer designação de audiência para a oitiva dos pretendentes e testemunhas em juízo; requerer juntadas de documentos complementares e realização de outras diligências que entender necessárias (art. 197-B, *caput*, e incisos I, II e III, do ECA).

Na sequência, os autos são remetidos ao setor multiprofissional de apoio à Vara da Infância e Juventude, para realização de estudo psicossocial e elaboração de laudo que contenha subsídios que permitam aferir a capacidade e o preparo dos pretendentes para o exercício de uma paternidade e/ou maternidade responsável (art. 197-C, do ECA).

em: 10 maio 2011.

171 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Planilha para cadastramento de pretendentes a adoção**. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br/Download/Corregedoria/Formularios/cejai_cadastramento.doc>. Acesso em: 10 maio 2011.

Uma das grandes novidades trazidas pela Lei de Adoção é a exigência de participação dos pretendentes em programa que inclua preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos (novel §1º do art. 197-C, do ECA). Sobre o novo regramento para a fase de habilitação de pretendentes, e especificamente sobre essa preparação dos adotantes, Maria Berenice Dias demonstrou sua contrariedade e o entendimento que o processo de adoção se burocratizou com a nova lei¹⁷²:

Pelo jeito, a partir da entrada em vigor da nova lei, nenhuma adoção poderá ser deferida enquanto não se submeterem as pessoas já habilitadas ao indigitado procedimento preparatório. E, caso não seja disponibilizado dito programa pela justiça, no prazo legal, simplesmente todas as inscrições estarão automaticamente canceladas.

Data venia, a preparação dos adotantes revela-se benéfica ao sucesso da adoção, sobretudo porque os pretendentes serão orientados e informados acerca reais consequências, jurídicas e psicológicas que a adoção produz na família. Não raro os pretendentes idealizam a criança desejada, imaginando que virá um bebê de pele rosada, que dorme na hora certa, que se alimenta no momento escolhido pelos adotantes, enfim, que tudo será um “mar de rosas”. Certamente, os adotantes precisam ser esclarecidos e preparados para o exercício da maternidade e paternidade do adotando, como se filho biológico fosse, com todos os percalços e sofrimentos, sem oportunidade para arrependimentos e devoluções.

Em atendimento ao superior interesse infanto-juvenil, o dispositivo merece aplausos, sobretudo por ter o objetivo de “abrir a cabeça” dos adotantes para possibilidades e perfis de crianças antes não desejadas. Ademais, é de responsabilidade da Vara da Infância e Juventude, bem como da equipe responsável pela execução da política municipal de garantia ao direito à convivência familiar (art. 166, § 1º, ECA), implementar o programa de preparação de modo que não comprometa a razoável duração do processo.

A participação dos pretendentes no programa de preparação será certificada nos autos e o juiz da Infância e Juventude terá 48 (quarenta e oito) horas para decidir acerca das diligências requeridas pelo Ministério Público, para determinar a juntada do estudo

172 DIAS, Maria Berenice. O lar que não chegou. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009. v. 11. P. 124-127. ago./set. 2009. p. 126.

psicossocial realizado aos autos e para designar, conforme o caso, a audiência de instrução e julgamento (art. 197-D, ECA).

Da juntada do estudo psicossocial terá vista o Ministério Público, pelo prazo de cinco dias (art. 197-D, parágrafo único) e também as partes, em atendimento ao princípio do devido processo legal e do contraditório. O ECA não dispõe expressamente sobre a possibilidade das partes se manifestarem acerca do estudo psicossocial, mas tal ato é essencial para a validade do procedimento.

Pelo princípio da ampla defesa, os pretendentes não apenas devem ter vista e se manifestarem acerca do estudo produzido pelas auxiliares do juízo, como também lhes deve ser garantido o direito de contar com psicólogas e assistentes sociais particulares que funcionem como assistentes técnicas dos requerentes. Os profissionais que militam em processos de adoção seguramente já se depararam com laudos produzidos “às pressas”, com elementos insuficientes para recomendar a improcedência da habilitação. Nesses casos, deve ser garantido aos pretendentes impugnar o laudo, produzir provas e tudo mais se fizer necessário para demonstrar que devem ser considerados aptos para a adoção.

Após a manifestação das partes e do representante do Ministério Público acerca do laudo psicossocial, e de toda produção probatória pertinente, como realização de audiência de instrução para oitiva dos postulantes e testemunhas, deverá o juiz decidir acerca da habilitação no prazo de cinco dias (art. 197-D, parágrafo único, ECA).

Deferida a habilitação, os pretendentes deverão ser inscritos no Cadastro Nacional de Adoção, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas (art. 50, §8º, ECA), sendo a sua convocação para a adoção feita de acordo com a ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis que preencham o perfil desejado (art. 197-E, ECA). A ordem cronológica das habilitações somente poderá deixar de ser observada pelo magistrado da Infância e Juventude quando restar comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando (art. 197-E, §1º, ECA) e nas hipóteses previstas pelo art. 50, § 13, do ECA, que serão analisadas no próximo item de estudo.

A novel sistemática da habilitação se atentou ainda para o fato de que, por estabelecer perfis muito rígidos, determinados pretendentes acabam por tumultuar o procedimento e dificultar o trabalho das auxiliares do juízo que buscam a criança desejada. Na tentativa de acabar com essa prática, o § 2º do art. 197-E determina que a recusa sistemática na adoção das crianças ou adolescentes indicados importará na reavaliação da habilitação concedida. Competirá ao juiz da Infância e Juventude determinar a permanência ou exclusão dos pretendentes do Cadastro Nacional de Adoção, verificada a recusa sistemática.

Da sentença que indeferir a habilitação, ou determinar a exclusão do cadastro, nos termos do artigo retro analisado, caberá recurso de apelação a ser interposto, independentemente de preparo, no prazo de 10 dias, recurso que terá preferência de julgamento e dispensará revisor (art. 198, *caput* e incisos I a III, ECA). Os recursos de agravo de instrumento e de embargos de declaração terão o prazo previsto pelo Código de Processo Civil (art. 198 *caput* e inciso II, ECA).

É cabível o juízo de retratação, quando da interposição do recurso, pelo prazo de cinco dias (art. 198, VII, ECA). Mantida a decisão agravada ou apelada, o instrumento ou os autos serão remetidos à instância superior dentro de 24 (vinte e quatro) horas; se reformada a decisão a remessa dependerá de pedido expresso da parte interessada ou do Ministério Público, no prazo de cinco dias, contados da intimação (art. 198, VIII, ECA).

Após a inclusão dos pretendentes no cadastro de adoção, inicia-se a espera para localização da criança que atenda ao perfil traçado. É o momento de maior demora, conforme já exposto, a depender das características da criança. Geralmente, as psicólogas e assistentes sociais entram em contato com os pretendentes assim que é localizada uma criança apta a ser adotada e que preencha o perfil desejado.

Após o contato, os pretendentes se organizam para buscar a criança na Vara da Infância e Juventude ou local por ela designado. Ressalte-se que o consentimento do adotando maior de doze anos é necessário, sendo desejável se possuir menor idade, respeitada sua capacidade de entendimento e compreensão (art. 45, cabeça e parágrafos, ECA).

A criança é entregue aos pretendentes, mediante termo de compromisso, para iniciar o estágio de convivência, pelo prazo a ser fixado pelo juízo, observadas as particularidades do caso concreto (art. 46, ECA). Esse período de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e Juventude, que apresentará relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da adoção (art. 46, § 4º, ECA).

O primeiro questionamento que surge do dispositivo ora em comento diz respeito à finalidade do estágio de convivência. A novel redação dos parágrafos 1º e 2º, do art. 46, da legislação infanto-juvenil, prevê que somente poderá haver dispensa desse estágio se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal dos adotantes, não se prestando a guarda de fato para essa dispensa, e por tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo, não trazendo a norma qual seria esse tempo.

Segundo Epaminondas da Costa, o estágio de convivência “é o período mínimo de avaliação da adaptação do adotando ao novo lar” em que, mediante a análise da equipe multiprofissional da Vara da Infância e Juventude, possibilitará a decisão do magistrado pelo deferimento ou não da adoção¹⁷³.

Analisando dois casos de “devolução” de crianças, uma ocorrida durante o estágio de convivência, o promotor questiona se esse período é direito dos adotantes, que poderiam recusar a criança já em seu convívio. Sua resposta é um sonoro não, tendo em vista a doutrina da proteção integral e os princípios do superior interesse da criança e da prioridade absoluta em detrimento de quaisquer outros.

Conclui que a natureza jurídica do estágio de convivência não é de direito dos adotantes, mas lapso temporal de avaliação do juízo acerca do vínculo socioafetivo que se constrói. Argumenta, por fim, que ainda que os adotantes também possuíssem o direito de avaliar a conveniência da constituição do vínculo socioafetivo, a devolução injustificada da criança caracterizaria abuso desse direito¹⁷⁴.

173 COSTA, Epaminondas da. **Estágio de convivência, “devolução” imotivada em processo de adoção de criança e de adolescente e reparação por dano moral e/ou material**. Tese aprovada no XVIII Congresso da CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, no mês de novembro de 2009, em Florianópolis-SC. Disponível em: <www.ammp.org.br/smmaster/inst/artigo/Artigo-18.doc>. Acesso em 10 maio 2011. p. 1-2.

174 Ibid., p. 6.

Nesse passo, o juízo da Vara da Infância e Juventude deverá estar atento ao prazo fixado para o estágio de convivência, não se admitindo dilações infundadas para prolação da sentença, sob pena de se colocar em risco os direitos e garantias dos adotandos, visto que nesse lapso temporal estão numa espécie de “limbo jurídico”, não podendo ser considerado adotado, mas não estando disponível para outras adoções.

Caso o estágio seja bem sucedido, os pretendentes ingressam com o pedido de adoção. Verificada a conveniência da formação do vínculo socioafetivo pela equipe interprofissional da Vara da Infância e Juventude, será apresentado o minucioso relatório da convivência analisada. Posteriormente, será realizada audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que serão ouvidas as partes e ratificado o consentimento dos pais biológicos do adotando, e não havendo mais provas a serem produzidas, o magistrado competente, após a oitiva do Ministério Público, deverá prolatar a sentença deferindo a adoção, sentença, portanto, de natureza constitutiva, nos termos do art. 47, *caput*, do ECA.

O mesmo dispositivo prevê que a sentença será inscrita no registro civil do adotado, mediante mandado do qual não se fornecerá certidão. Outrossim, a inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como os nomes dos ascendentes destes (ECA, art. 47, § 1º) e o mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado (ECA, art. 47, § 2º).

Alteração benéfica trazida pela Lei 12.010/09 é a possibilidade do novo registro ser lavrado no Cartório de Registro Civil do domicílio dos adotantes, mediante requerimento destes (art. 47, § 3º, ECA), evitando-se o deslocamento para outras localidades, no caso os adotantes residirem em um Estado, por exemplo, e o adotado ter nascido em outro, distante daquele.

A norma infanto-juvenil permite, mediante sentença judicial, a alteração do prenome do adotado, desde que este seja ouvido a respeito e consinta com o ato, a depender de sua capacidade de entendimento e discernimento (art. 47, §§ 5º e 6º, ECA). Ressalte-se que a adoção, nos termos da legislação citada, produz efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, salvo no caso do falecimento de adotante no curso do processo, em que

terá força retroativa à data do óbito (art. 47, § 7º, ECA).

Outra forte inovação legislativa, é o novel artigo 48 do ECA, o qual prevê o direito do adotado maior de dezoito anos em conhecer sua origem biológica e ter acesso irrestrito ao processo de adoção, que ficará arquivado para consulta a qualquer tempo (art. 47, § 8º, ECA). Caso o menor de dezoito anos manifeste tal interesse, também poderá ter tais informações, desde que conte com orientação e assistência jurídica e psicológica (art. 48, parágrafo único, ECA).

Da sentença que decide o processo de adoção cabe recurso de apelação, que será recebida no efeito devolutivo, salvo se houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ao adotando (art. 199-A, ECA). Ressalte-se o direito de prioridade de tramitação garantido ao processo de adoção, posto que os recursos nesses procedimentos devem ser imediatamente distribuídos e colocados em mesa para julgamento sem revisão e com parecer urgente do Ministério Público (art. 199-C). No mesmo sentido, a norma prevê que o relator deverá colocar o processo em mesa para julgamento no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados da conclusão (art. 199-D).

No caso da adoção unilateral, em que o adotante pretende adotar o filho do cônjuge ou companheiro, o procedimento será o mesmo, todavia tramitará com maior celeridade, caso não seja necessária destituição do poder familiar. Explica-se. É a situação, por exemplo, do marido que deseja adotar o filho de sua atual esposa, e essa criança não possuir pai registral, ou se o mesmo já tiver sido destituído do poder familiar. Pode também acontecer do genitor registral dar seu consentimento à adoção pelo padrasto. Geralmente, essa ação tramita com maior brevidade.

Todos os documentos previstos no art. 197-A da legislação infanto-juvenil deverão ser juntados à petição inicial. Será realizado estudo psicossocial para verificação da constituição do vínculo socioafetivo e se a adoção produzirá reais benefícios ao adotando, que também deverá ser ouvido. Nos termos do art. 50, § 13, o cadastramento prévio do pretendente à adoção unilateral é dispensado. O Ministério Público dará seu parecer e, após audiência de instrução e julgamento, o juiz prolatará sentença, deferindo ou não o pedido.

No caso de adoção de criança que possua pais registraes conhecidos que não concordem com o pedido e que não tenham sido destituídos do poder familiar, será necessária ação para essa finalidade. A Ação de Destituição do Poder Familiar pode ocorrer antes ou conjuntamente à Ação de Adoção de uma criança ou adolescente.

Nos termos do art. 101 do ECA, caso uma criança ou adolescente se encontre em situação de risco ou vulnerabilidade por ação ou omissão de seus pais ou representantes legais (art. 98, ECA; art. 1.638, Código Civil), necessária será a utilização de alguma medida de proteção dentre as elencadas no dispositivo. O parágrafo 2º do art. 101 prevê que o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária e importará, a requerimento do Ministério Público ou de quem possua legítimo interesse, de procedimento legal contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e ampla defesa.

Verificada a impossibilidade de reintegração da criança ou adolescente na família de origem, a equipe interdisciplinar enviará ao Ministério Público relatório para a propositura da ação de Destituição do Poder Familiar – DPF (§ 9º, art. 101, do ECA), o qual terá o prazo de 30 (trinta) dias para a propositura da ação, salvo se entender necessária a realização de estudos complementares ou outras providências (§ 10, art. 101, ECA).

Segundo disposto no art. 156, ECA, a petição inicial da DPF, além dos requisitos expressos no art. 282, do Código de Processo Civil, deverá oferecer, desde a propositura, o rol de testemunhas e documentos. Outrossim, é possível requerimento liminar para suspensão do poder familiar até o julgamento final, caso haja motivo grave.

Os réus serão citados para apresentarem defesa no prazo de dez dias, indicando as provas a serem produzidas e oferecendo rol de testemunhas e documentos (art. 158, ECA). O parágrafo único desse dispositivo reza que deverão ser esgotados todos os meios para a citação pessoal, mas caso esta reste frustrada, é cabível a citação editalícia, nos termos do art. 9º do CPC, sendo nomeado curador especial para defesa dos requeridos.

De acordo com o art. 133 da Constituição, o advogado é indispensável à administração

da justiça. Não obstante, no processo de adoção sua participação não é obrigatória, sendo faculdade das partes a constituição de causídico, vide art. 166 do ECA. O mesmo não se dá com a ação de destituição do poder familiar, em que é indispensável a defesa técnica ainda que por defensor público ou dativo nomeado. Caso não possuam condições de constituir patrono particular, os réus poderão requerer nomeação de advogado dativo, que terá o prazo a partir da intimação do despacho de nomeação para apresentar a defesa (art. 159, ECA).

Não sendo contestada a ação, o juiz dará vista dos autos ao Promotor de Justiça, pelo prazo de cinco dias, decidindo em igual prazo (art. 160, ECA). Todavia, tendo em vista se tratar de ação de direito pessoal indisponível, os efeitos da revelia não serão produzidos, nos termos do art. 320, II, do CPC. Apresentada defesa pelos requeridos, o magistrado dará vista ao MP pelo prazo de cinco dias designando, desde logo, audiência de instrução e julgamento (art. 162, *caput*, ECA).

A realização de estudo psicossocial prevista no art. 161, § 1º, ECA, a ser realizado pela equipe multidisciplinar, mostra-se imprescindível para apuração da situação da criança ou adolescente e confirmação dos fatos graves que recomendem a perda do poder familiar dos pais ou responsáveis legais. No mesmo sentido, é obrigatória a oitiva dos pais sempre que forem identificados e estiverem em local conhecido (art. 161, § 4º, ECA).

Inovação trazida pela Lei 12.010/09 foi a estipulação do prazo de 120 (cento e vinte) dias para conclusão do procedimento de destituição do poder familiar (art. 163, ECA, com a redação dada pela norma citada). O dispositivo tem razão de ser. Hoje, dados do CNJ informam que o número de crianças disponíveis para adoção é aproximadamente 10% do total de crianças acolhidas em abrigos, cerca de 80 mil¹⁷⁵.

Significa dizer que existem mais de 70 mil crianças que estão crescendo e se desenvolvendo em ambiente institucional, grande parte das vezes sem contato com a família de origem, e consideradas inaptas para adoção. O prazo de trinta dias para o Ministério Público ingressar com a DPF (art. 101, §10) e de 120 dias para conclusão do procedimento

175 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Adoção:** cadastro nacional é lançado no RN. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4746:tj-ma—primeiro-tribunal-estadual-do-paa-adequar-tabelas-processuais-ao-padrdo-cnj&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em 11 maio 2011.

(art. 163) seria uma tentativa de tirar esses infantes e adolescentes dessa situação inconclusiva e possibilitar, o quanto antes, o retorno à família natural/extensa ou a inserção na família substituta. A inércia do Judiciário não pode ser admitida nesse particular.

Proferida sentença determinando a perda do poder familiar, esta será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente, nos termos do parágrafo único do art. 163, do ECA.

A ação de Destituição do Poder Familiar deverá ser proposta em procedimento prévio à Ação de Adoção, já que esta não possui o condão de destituir automaticamente o poder familiar dos pais biológicos ou representantes legais da criança ou adolescente, tudo em respeito ao devido processo legal e contraditório, sobretudo quando a família de origem pretende se defender e contestar o pedido¹⁷⁶. Em atendimento à razoável duração do processo e ao superior interesse da criança e do adolescente, a jurisprudência tem aceitado a cumulação da DPF com o pedido de adoção, desde que respeitado o contraditório e a ampla defesa¹⁷⁷.

Em resumo, esses são os procedimentos a serem observados na Ação de Adoção. Todavia, há teóricos do direito que defendem a inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. É a tese esposada por Belmiro Pedro Welter. O autor entende que se o reconhecimento e registro de filho biológico pode ser espontâneo, não necessitando de comprovação genética, e tendo a Constituição Federal equiparado a filiação biológica à filiação afetiva, não há falar em obrigatoriedade de ação judicial de adoção para obtenção do registro do filho¹⁷⁸:

Para a atribuição voluntária ou judicial da paternidade ou da maternidade, à família afetiva é imposta o tortuoso, moroso e desacreditado processo de adoção judicial, o que não ocorre com a família genética, em manifesto e repugnante ato discriminatório, porquanto, por força do princípio da unidade da perfilhação, a via jurisdicional do processo de adoção é descartável, bastando-se aplicar, a ambas as filiações, os artigos 1.606 e 1.609 do Código Civil.

176 Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça: AgRg no Ag 1269899 / MG (2010/0011441-7 – 17/02/2011); Recurso Especial n. 476282-SP; Recurso Especial n. 283092-SC.

177 Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais: Apelação Cível n. 0786709-16.2002.8.13.0672; Apelação Cível n. 1.0707.09.179167-3/001.

178 WELTER, Belmiro Pedro. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 6, n. 27, p. 40-51, jan. 2005. p. 59.

Em verdade, o pensamento de Belmiro Welter é minoritário na doutrina do direito infanto-juvenil. Carla Domingos, v.g., rebate frontalmente a ideia de que o processo judicial para adoção seria inconstitucional ou desnecessário¹⁷⁹

... o que deve ser combatido e evitado é a burocracia exagerada, que contraria o melhor interesse da criança e do adolescente, e não o processo de adoção propriamente. Este deve existir com a finalidade de assegurar a toda sociedade e, principalmente, às crianças e aos adolescentes todas as garantias de um processo justo, que tem como alvo servir de instrumento para que estas crianças, desamparadas no âmbito social, moral e espiritual, tenham suas necessidades asseguradas e protegidas.

Há que se apontar as diferenças das situações jurídicas abordadas pelos autores. O que o respeitável pensamento de Belmiro Welter parece expor é o da relação de filiação socioafetiva construída ao longo do tempo e que poderia ser reconhecida sem a necessidade da ação judicial de adoção. Situação diferente é daqueles pretendentes que decidem adotar um filho, mas ainda não possuem vínculo socioafetivo com qualquer criança ou adolescente. Não parece razoável que a tese do autor se preste a esses casos, mas tão somente para o reconhecimento de uma situação fática já consolidada no mundo da experiência.

Nessa perspectiva, para aprofundamento dessas questões, insta verificar qual o papel do Estado nas questões familiares, e ainda as circunstâncias para o reconhecimento do vínculo de filiação socioafetiva, temas que serão abordados a frente.

Por ora, cumpre registrar que, no tocante ao processo judicial de adoção, a vigência da Lei 12.010/09 trouxe benefícios, mas olvidou importantes dificuldades vivenciadas no cotidiano da Vara da Infância e Juventude, sendo o principal deles a morosidade de tramitação dos processos. Outrossim, a nova sistemática regulamentou, por vezes excessivamente, a necessidade de um cadastramento, por um lado, de crianças e adolescentes aptos a serem adotados, e por outro, de adotantes habilitados, levando a interpretações formalistas da norma e efeitos não esperados ao processo e à efetividade na busca pela melhor tutela dos direitos infanto-juvenis, conforme se verá a seguir.

179 DOMINGOS, Carla Hecht. O processo de adoção – Brasil 1988-2006. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre. v. 8. n. 38. p. 38-63. out./nov. 2006. p. 42.

2.2 O Cadastro Nacional de Adoção

A figura de um cadastro que procurasse controlar o registro de pretensos adotantes e crianças e adolescentes disponíveis para adoção não é tão nova no ordenamento jurídico brasileiro, tampouco surgiu com a Lei n. 12.010/09. Desde a redação original do ECA, o art. 50 previa a utilização desse instrumento. A nova Lei de Adoção fez aprimorar esse recurso que já era utilizado por diversas comarcas espalhadas pelo país, que utilizavam um cadastro local e um cadastro estadual para as adoções.

O Cadastro Nacional de Adoção – CNA – foi lançado em 29 de abril de 2008 (portanto antes da Lei da Adoção) pelo Conselho Nacional de Justiça, Resolução n. 54, com a função de unificar em um único banco de dados, informações sobre crianças e adolescentes aptos a serem adotados e também informações sobre pretendentes à adoção, viabilizando o esgotamento de buscas de habilitados residentes no Brasil antes de colocação em família estrangeira¹⁸⁰.

Nos termos da Resolução 54, o sistema do Cadastro é administrado pelas Corregedorias dos Tribunais de Justiça dos Estados da federação, e de alimentação de dados pelas Corregedorias Gerais de Justiça e juízes responsáveis, sendo que os Tribunais podem manter atuais cadastros existentes, mas obrigatória a migração de dados presentes e futuros para o CNA.

Em 4 de agosto de 2008, foi proferida palestra sobre o CNA apresentada pela juíza e conselheira do CNJ Andréa Maciel Pachá e os juízes Francisco de Oliveira Neto e Cristiana Faria Cordeiro, todos representantes do Comitê Gestor do Cadastro Nacional de Adoção¹⁸¹, para orientação de juízes, promotores, equipe técnica e todos aqueles que trabalham com questões da infância e juventude sobre o funcionamento e alimentação de dados no sistema.

180 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 54, de 29 de abril de 2008. Dispõe sobre a implementação e funcionamento do Cadastro Nacional de Adoção. **DJ**: p. 01, do dia 08 de maio de 2008.

181 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Adoção**. Palestra. Disponível em: <http://tjsp.nucleomedia.com.br/skin.asp?id_t=2671&t=&p=0&tipo=&tipom=&form=&tipo_apresentacao=0>. Acesso em: 09 maio 2011.

Naquela oportunidade, Cristiana Cordeiro enfatizou que o CNA pretendia integrar, através de sistema operado na rede mundial de computadores (internet – *on line*), todos os cadastros existentes no País referentes a adoção, para que o mesmo se tornasse uma ferramenta precisa e segura no auxílio aos juízes pela busca da efetivação do direito à convivência familiar.

Esclareceu que o CNA se destinava a ampliar as possibilidades de informações, permitindo cruzamento de dados, mantendo a liberdade de escolha pelo juiz, facilitando o esgotamento de verificação da possibilidade de colocação da criança em família brasileira (art. 31, ECA), mapeando a real situação da adoção no país e orientando a implementação de políticas públicas para sua promoção.

Explicou que no sistema existem diversos campos a serem preenchidos pelo juiz da infância e juventude capazes darem aos operadores ciência do status da situação de cada criança disponível e cada pretendente cadastrado, possibilitando o encontro da criança desejada. Citou o exemplo da humanização da busca através do campo destinado à inserção de fotografia. Segundo a juíza, muitos pretendentes preenchem a ficha de inscrição, por exemplo, afirmando que desejam uma criança parda. Todavia, como o conceito de cor de pele parda pode variar segundo a percepção de cada um, visualizando as fotografias cadastradas (crianças e pretendentes) seria possível a equipe técnica facilitar a busca através da visualização das imagens, tendo maior chance de promover o encontro.

Informou ainda que muitos pretendentes se habilitam em diversas comarcas para aumentar as chances de encontrar a criança, sendo assim, o CNA unificaria todos os dados, evitando a multiplicidade de processos e manutenção de acervo de dados inúteis, como o caso de determinado casal que já adotou uma criança, mas não comunicou todas as inúmeras varas em que se cadastrou.

O sistema permitiria ainda que o juiz vinculasse uma criança a pretendentes cadastrados, por um prazo de cinco dias úteis, para a consulta do interesse dos adotantes. Caso o interesse fosse positivo, essa criança seria entregue para estágio de convivência e seria pré-vinculada no sistema. Haveria um prazo de 30 dias para o ingresso do pedido de adoção, momento em que o juiz deveria preencher o número do processo e a data de distribuição da

ação, assim, o próprio sistema emitiria um alerta 30 dias antes do procedimento completar 180 dias, para que o juiz pudesse prolatar a sentença nesse prazo.

Se a sentença fosse de procedência, ocorreria baixa automática no sistema da criança ou adolescente e também no cadastro dos pretendentes. Se a sentença fosse de improcedência, os pretendentes ficariam suspensos por 30 dias, para avaliação do magistrado – se permaneceriam cadastrados como aptos ou inaptos (exclusão definitiva do sistema), dependendo do motivo da improcedência – e a criança ou adolescente voltaria ao sistema como apta a adoção.

Cristiana Cordeiro ressaltou que o CNA permitiria diferentes pesquisas com critérios previamente definidos, com informações relacionadas aos pretendentes e às crianças e adolescentes aptos à adoção, e ainda a geração de relatórios estatísticos que possibilitariam um diagnóstico atualizado sobre o processo de adoção, seu tempo de tramitação, a quantidade de crianças aptas a serem adotadas e outras informações necessárias para possibilitar maior eficiência no trabalho das Varas da Infância e juventude¹⁸².

Após toda a explicação do sistema pela magistrada, houve momento para solução de dúvidas. O juiz Francisco de Oliveira Neto afirmou que uma das principais funções do cadastro seria “promover o encontro” entre crianças e famílias. Ressaltou a problemática do perfil da criança desejada, já que muitos casais que preenchem o cadastro desejam uma criança com idade de 0 a 3 meses e que encontrar essa criança é praticamente impossível, daí a demora pelo encontro.

Finalizando a palestra, a Conselheira Andréa Pachá enfatizou o escopo do Cadastro Nacional de Adoção em proporcionar o desencadeamento de campanhas para favorecer adoções de crianças não desejadas. A verdadeira função do CNA, segundo a magistrada, seria, além de fazer um diagnóstico mais preciso possível acerca da realidade da adoção no país, promover a adoção de crianças e adolescentes que se encontram abrigados em instituições e que isso ocorresse num tempo razoável, com transparência para a sociedade. A magistrada

182 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Adoção**. Palestra. Disponível em: <http://tjsp.nucleomedia.com.br/skin.asp?id_t=2671&t=&p=0&tipo=&tipom=&form=&tipo_apresentacao=0>. Acesso em: 09 maio 2011.

ressaltou ainda a importância de levar as questões da infância e juventude para o Conselho Nacional de Justiça, posto que muitas vezes são assuntos esquecidos pela administração pública¹⁸³:

Todos nós que atuamos na área da infância e da adolescência nos ressentimos da falta de adoção e de cuidados das administrações. Eu não encontro um juiz da infância e da juventude, em nenhuma comarca do Brasil, satisfeito com o tratamento de que as administrações dão à questão da infância. [...]. O juiz que trabalha na vara empresarial, que tem grandes questões financeiras para decidir, ele não tem a vivência que tem um juiz da infância, que lida com as perdas, com a miséria humana no dia a dia, e que pretende resolver esse problema com toda a dificuldade e com toda a falta de políticas públicas que assimilem essa demanda. (Informações verbais).

Passado o período de implementação do sistema, nos moldes acima descritos, o CNJ informou os primeiros resultados apurados com a implementação do Cadastro Nacional de adoção: dos 11.125 pretendentes à adoção já habilitados, 90% são casados ou vivem em união estável e 10% vivem sozinhos; 50% possui renda média entre 3 e 10 salários mínimos; 76,5% não tem filhos; 70% somente aceitam crianças brancas; 80,7% somente aceitam crianças com idade até três anos, sendo que apenas 7% das crianças disponíveis possuem essa idade; 86% não aceitam adotar grupos de irmãos, preferindo adotar uma única criança, sendo que é grande o número de crianças disponíveis que possuem irmãos, considerando-se que o ECA veda, a princípio, a separação destes¹⁸⁴.

Andréa Pachá e Francisco de Oliveira Neto, em artigo veiculado pelo CNJ, concluem que os dados apurados demonstram que a morosidade do Judiciário não é causa exclusiva de não haver maior número de adoções realizadas no Brasil, sendo o perfil da criança desejada grande fator de restrição.¹⁸⁵

183 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Adoção**. Palestra. Disponível em: <http://tjsp.nucleomedia.com.br/skin.asp?id_t=2671&t=&p=0&tipo=&tipom=&form=&tipo_apresentacao=0>. Acesso em: 09 maio 2011.

184 NETO, Francisco de Oliveira; PACHÁ, Andréa. **O Cadastro Nacional de Adoção: primeiros resultados**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/imprensa/artigos/13336-o-cadastro-nacional-de-adocao-primeiros-resultados>>. Acesso em 09 maio 2011.

185 Andréa Pachá é Juíza de Direito, Conselheira do Conselho Nacional de Justiça, Presidente da Comissão de Acesso à Justiça, Juizados Especiais e Conciliação. Francisco de Oliveira Neto é Juiz de Direito em Florianópolis-SC, Vice-Presidente para Assuntos da Infância e Juventude da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/imprensa/artigos/13336-o-cadastro-nacional-de-adocao-primeiros-resultados>>. Acesso em 09 maio 2011.

Em levantamento publicado no dia 20 de novembro de 2008, o CNJ já afirmava que o Cadastro Nacional de Adoção teria reduzido o tempo do procedimento de habilitação em 69%, depois que as Varas da Infância e Juventude começaram a utilizar o cadastro, o que também teria diminuído o tempo para a efetivação da adoção. O CNJ divulgou ainda que os Estados do Paraná, Pernambuco e Goiás concluíam processos de adoção em menos de 60 dias¹⁸⁶. Ressalte-se que tais dados foram divulgados apenas 7 meses depois da implementação do sistema nas diversas comarcas.

Em 27 de outubro de 2009, por meio da Resolução n. 93, o CNJ criou o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos (CNCA), que tem a finalidade de coletar dados de crianças e adolescentes acolhidos em abrigos e/ou instituições mantidas por ONGs, igrejas e associações em todo país¹⁸⁷ e complementar os dados do Cadastro Nacional de Adoção.

Um balanço parcial realizado pela Corregedoria Nacional de Justiça, realizado em meados de 2010, juntamente às diversas Varas de Infância e Juventude do país, apontou que, naquele momento, 8.738 crianças e adolescentes estavam afastados do convívio familiar e se encontravam acolhidas em instituições¹⁸⁸. Especula-se, todavia, que esse número seja maior, tendo em vista que existem instituições de acolhimento que não são oficializadas e não sofrem fiscalização do poder público, estando à margem da estatística citada.

O relatório anual do Conselho Nacional de Justiça informou que constavam cadastradas no CNA 7.778 crianças e adolescentes aptos à adoção e 30.083 pretendentes habilitados. No que diz respeito ao Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos, haviam sido cadastrados 22.942 crianças e adolescentes acolhidos e expedidas 31.504 guias de acolhimento¹⁸⁹.

186 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Adoção reduz tempo para habilitação de pais adotivos**. Notícias. 20 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/5706-cadastro-nacional-de-adocao-reduz-tempo-para-habilitacao-de-pais-adotivos>>. Acesso em: 09 maio 2011.

187 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/cadastro-nacional-de-criancas-e-adolescentes-acolhidos-cnca>>. Acesso em 09 maio 2011.

188 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro já possui mais de 8,7 mil crianças e adolescentes em instituições de acolhimento no país**. Notícias. 09 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/9247-cadastro-ja-possui-mais-de-87-mil-criancas-e-adolescentes-em-instituicoes-de-acolhimento-no-pais>>. Acesso em: 09 maio 2011.

189 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Anual 2010 do Conselho Nacional de Justiça**.

Os últimos números informados pelo CNJ, em 24 de março de 2011, acerca do perfil das crianças e adolescentes disponíveis para adoção foram: 4.416 crianças e adolescentes estavam totalmente disponíveis para adoção (em 14 de abril de 2011 esse número passou para 4.427), sendo que 8.598 crianças e adolescentes já haviam passado pelo CNA. Destas, 29,29% eram brancas, 17,55% negras, 52,23% pardas, 0,48% amarelas e 0,45% indígenas. Da totalidade de crianças e adolescentes que já passaram pelo cadastro, 71% possuíam irmãos, mas apenas 18,23% possuíam os irmãos também inseridos no cadastro¹⁹⁰.

Essa realidade contrasta com o perfil desejado pelos adotantes, que, em 14 de abril de 2011, somavam 26.694 pretendentes cadastrados no país. A esmagadora maioria (82,37%) dos adotantes não aceitam adotar mais de uma pessoa, não obstante o fato de 75,72% das crianças e adolescentes disponíveis possuírem irmãos. Outro dado relevante é o número de adotantes que apenas aceitam crianças que possuam até 2 anos de idade: 16.051 pretendentes só adotariam crianças até essa faixa etária¹⁹¹.

De fato, é possível perceber que o Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos (CNCA) são ferramentas de fundamental importância para uma análise real e concreta de como está, a cada momento, a situação da adoção e da institucionalização de crianças no país. Todavia, os cadastros não se prestam, definitivamente, a resolverem os problemas de crianças institucionalizadas que não têm reais perspectivas de serem adotadas, em razão das características que apresentam: maior idade, cor de pele, o fato de possuírem irmãos, ou terem necessidades especiais, doenças incuráveis ou histórico familiar de muitos abusos e agressões.

Pior, o Cadastro Nacional de Adoção se tornou, para alguns juízes e representantes do Ministério Público, um fim em si mesmo, um critério de observância obrigatória, *sine qua*

Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/relatorios-anuais/cnj/relatorio_anual_cnj_2010.pdf>. Acesso em: 09 maio 2011. p. 113-114.

190 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Mais de mil crianças estão aptas à adoção no Brasil**. CNJ Notícias. 24 mar. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13562:mais-de-4-mil-criancas-estao-aptas-a-adocao-no-brasil&catid=223:cnj&Itemid=583>. Acesso em 09 maio 2011.

191 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Número de pretendentes supera em quase seis vezes o de crianças aptas a serem adotadas**. Notícias. 14 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/13963-numero-de-pretendentes-supera-em-quase-seis-vezes-o-de-criancas-aptas-a-serem-adotadas>>. Acesso em: 09 maio 2011.

non, para conclusão de uma adoção. Para estes, se o pretendente à adoção, ou o adotando, não figurarem no cadastro, a adoção não poderá ser concretizada, sob pena de perversão ao sistema, de quebra da ordem cronológica nele estabelecida, de favorecimento à adoções prontas e, em última análise, ao tráfico de crianças.

Murillo Digiácomo manifesta seu entendimento no sentido do restrito atendimento e observância ao CNA, ou seja, entende que o deferimento da adoção deve ocorrer para pretendentes e crianças ou adolescentes previamente cadastrados, com observância da ordem cronológica do ingresso no sistema, admitindo-se apenas as exceções trazidas pelo legislador:¹⁹²

Evidente, portanto, que não pode a Justiça da Infância e da Juventude, a pretexto de garantir o direito fundamental à convivência familiar de uma criança ou adolescente, invocar o “*princípio do melhor interesse do menor*” (sic.) para agir de forma isolada e desarticulada com os demais integrantes do “Sistema de Garantias” e, muito menos, para deixar de observar fielmente os ditames da Lei nº 8.069/90 e legislação correlata aplicável, cujos princípios e normas (cogentes) apontam para uma postura completamente diversa. [...]. Uma vez que, comprovadamente, a adoção se mostre como a única alternativa viável na espécie, cabe à autoridade judiciária zelar para o efetivo e integral respeito às disposições legais previstas especificamente para esta modalidade de colocação em família substituta, inclusive de modo a evitar a reprodução de práticas odiosas ocorridas no passado (infelizmente não raro ainda verificadas), que faziam da antiga “Justiça de Menores” um verdadeiro “balcão de negócios” de vidas humanas e da adoção um mero instrumento de satisfação de interesses (muitas vezes escusos e inconfessáveis) de adultos, com trágicas conseqüências para as crianças e adolescentes adotadas. [...]. Uma vez que a existência de um cadastro de pretendentes à adoção na comarca é **obrigatória**, e a prévia e criteriosa habilitação dos aspirantes à medida, longe de uma mera “formalidade” (como alegam alguns incautos), se mostra **indispensável** à aferição do integral preenchimento, por parte dos mesmos, dos **requisitos legais necessários** ao provimento jurisdicional respectivo, lógico concluir que a autoridade judiciária, salvo diante de **situações excepcionalíssimas**, a serem adiante mencionadas, **não poderá conceder a adoção de criança ou adolescente a pessoas ou casais que não estejam devidamente habilitados e cadastrados na comarca**. [...]. Posto isto, como a existência dos cadastros de pretendentes à adoção é **obrigatória**, e o deferimento da adoção apenas a pessoas ou casais habilitados é a **regra absoluta**, reputa-se imprescindível que a Justiça da Infância e da Juventude estabeleça

192 DIGIÁCOMO, Murillo José. **O Direito à convivência familiar e os cadastros de pretendentes à adoção:** abrindo a “caixa preta”. XXI Congresso da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude – ABMP. Belo Horizonte/MG. 25-28 maio 2006. Disponível em: <<http://www.sst.sc.gov.br/arquivos/eca20/seminario1/O%20Direito%20a%20CFC%20e%20o%20cadastro%20para%20adocao%20-%20Murilo%20Digiacom.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2009. p. 04-07.

critérios claros e, o quanto possível, **objetivos**, para **seleção inicial** das pessoas ou casais aos quais uma criança ou adolescente em condições de ser adotada será entregue, para fins de realização do “estágio de convivência” a que alude o art.46, da Lei nº 8.069/90, com vista à posterior concretização da medida. (Destaques do autor).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, recentemente, julgou nesse sentido, entendendo que o atual art. 50, § 13, do ECA, é expresso ao dispor que só pode ser deferida a adoção a candidato não inscrito previamente no cadastro de adotantes quando se tratar de adoção unilateral, quando formulada por parente com o qual a criança mantenha vínculos de afetividade ou afinidade, ou ainda quando pleiteada por quem detenha a tutela ou a guarda legal de criança maior de três anos, desde que o lapso temporal de convivência comprove a fixação de laços socioafetivos, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos artigos 237 ou 238 da lei especial. Entendeu o TJ de São Paulo que a situação fática não se adequava às exceções legais, e ainda que a criança contava com apenas um mês de vida quando foi determinada sua entrega ao juízo da Infância e Juventude.¹⁹³

Não é o mesmo entendimento esposado por Maria Berenice Dias, para quem o respeito estrito à ordem de inscrição no cadastro não é absolutamente obrigatório¹⁹⁴:

De qualquer forma, ainda que haja a determinação de que sejam elaboradas as listas, não está escrito em nenhum lugar que só pode adotar quem está previamente inscrito, e que a adoção deve respeitar de forma estrita a **ordem de inscrição**. No entanto, passou a haver verdadeira idolatria à famigerada lista, a ponto de não se admitir qualquer transgressão a ela. [...]. Portanto, o que era pra ser um simples mecanismo, um singelo instrumento agilizador de um procedimento, transformou-se em um fim em si mesmo. Em vez de um meio libertário, passou a ser um fator inibitório e limitativo da adoção.

No mesmo sentido, com o entendimento que a obediência cega ao Cadastro Nacional de Adoção e à ordem cronológica nele estabelecida configura retrocesso vedado no

193 EMENTA: 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. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 0379508-73.2010 e n. 0379048-86.2010, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que são agravantes e reciprocamente agravados M.C.S., A.A.N.S. E J.F.S. Relator: Maia da Cunha. São Paulo, 31 de janeiro de 2011. **Diário Oficial do Tribunal de Justiça de São Paulo**, Caderno 2, 2ª Instância, 14 fev. 2011, p. 973.

194 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 444-445.

ordenamento jurídico brasileiro, Lúcia Guimarães Deccache afirma¹⁹⁵

Não há sequer uma linha do texto legal que impeça a adoção sem o prévio cadastramento, e o próprio ECA autoriza a análise da aptidão para adotar no curso de um processo de adoção. Os obstáculos criados pelo Poder Público ao exercício do direito à convivência familiar deflagram um retrocesso na conquista dos direitos das crianças. Assim, todos os esforços devem impulsionar à efetividade do direito a um lar, ao cuidado, ao amor.

Em verdade, os diversos Tribunais de Justiça brasileiros, e também o Superior Tribunal de Justiça, tem demonstrado que nesse conflito prevalece o superior interesse da criança e do adolescente e do reconhecimento dos vínculos socioafetivos criados, conforme julgado abaixo do STJ, no Recurso Especial n. 1.172.067¹⁹⁶:

EMENTA: 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.

No caso em tela, a mãe biológica da criança, ainda durante a gestação, manifestou sua intenção de entregar a filha para adoção para o casal requerente. Houve suspeita de tráfico de criança, sendo que o juízo da 1ª Vara Criminal e de Menores da Comarca de Sete Lagoas/MG determinou a busca e apreensão da infante, sob o fundamento de que “[...] a vontade do legislador foi no sentido de que o casal devidamente inscrito e habilitado (observada a ordem cronológica de sua inscrição) teria, como tem, **indiscutível prioridade** na adoção de crianças ou adolescentes legalmente consideradas aptas para tanto”¹⁹⁷. (Destaque nosso).

O mandado não chegou ao cumprimento, em razão de efeito suspensivo concedido pelo Desembargador Relator do agravo de instrumento manejado pelos adotantes, tendo-se determinada a manutenção da criança no lar de acolhimento e ainda realização de estudo

195 DECCACHE, Lúcia Cristina Guimarães. A garantia constitucional da convivência familiar e a proibição do retrocesso. **Revista do Advogado**. São Paulo. v. 28. n. 101. p.55-61. dez. 2008.

196 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.172067-MG. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, 18 de março de 2010. **Diário do Judiciário Eletrônico**, 14 abri. 2010, RBDfs vol. 18, p. 116.

197 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. loc. cit.

psicossocial. Todavia, o agravo de instrumento em questão foi, posteriormente, julgado improvido pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, restabelecendo-se, assim, a decisão do juízo de origem, sendo cumprida a busca e apreensão da criança após 8 meses de acolhimento, que foi entregue a um casal previamente inscrito no Cadastro Nacional de Adoção.

Os recorrentes, que inicialmente acolheram a criança, manejaram Recurso Especial ao STJ, sustentando que o cadastro não poderia ser prioritário em detrimento ao superior interesse da criança e que a adoção *intuitu personae* “não se revela espúria”, tendo ocorrido de forma lícita e legítima a indicação dos pretendentes pela mãe biológica.

O Ministro Massami Uyeda, relator, votou pela procedência do recurso, centrando o julgamento na questão da prevalência ou não do Cadastro Nacional de Adoção, e ainda, no questionamento da legitimidade da adoção *intuitu personae*¹⁹⁸

É certo, contudo, que a observância de tal cadastro, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança, não é absoluta. E nem poderia ser. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o 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.

O cerne da questão, portanto, se revela acerca do momento de formação do vínculo socioafetivo entre adotantes e adotando. Pelos julgamentos acima, entre o critério de observância ou não ao cadastro prevaleceu o respeito ao superior interesse da criança, tendo em vista os vínculos afetivos estabelecidos. A pergunta, então, a ser feita é: a partir de quanto tempo se estabelecem vínculos afetivos entre uma criança e aquele que por ela desvela cuidado e afeto? A resposta certamente não será encontrada nos manuais do Direito.

A psicopatologia infantil informa que tal vínculo pode ser percebido desde tenra idade. Segundo John Bowlby, antes do primeiro ano de vida, e já a partir dos primeiros meses, a criança apresenta manifestações de apego em uma determinada e preferida figura, percebidas essas manifestações com menor frequência antes das 16 semanas, sendo mais fortes após 6 ou

198 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.172067-MG. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, 18 de março de 2010. **Diário do Judiciário Eletrônico**, 14 abri. 2010, RBDfs vol. 18, p. 8.

7 meses de vida, sobretudo após o primeiro aniversário.¹⁹⁹

Os psiquiatras L. Kreisler, M. Fain e M. Soulé, na análise da psicopatologia da criança, afirmam existir uma interação contínua entre a criança e aquele que lhe desvela cuidados, geralmente a mãe, que ocorre desde o nascimento e vai se modificando ao longo do tempo, sendo que o tempo age²⁰⁰:

- a) *Sobre o recém-nascido*. Aumenta, dia após dia, o seu amadurecimento e, portanto, suas possibilidades neurofisiológicas. As novas integrações sensoriais, as expressões motrizes recentes, acrescentam à sua vivência novas dimensões que o reestruturam segundo modelos mais complexos;
- b) *Sobre a mãe*, cujo psiquismo e reações são cotidianamente solicitados pelas novas experiências que ela vive;
- c) Mas as modificações da ação materna mudam a vivência da criança e o aparecimento de um novo comportamento do bebê, [...]. Existe, pois, a cada momento, 'uma transação', ou seja, um estado de equilíbrio na relação recíproca que foi proporcionado pela troca de informações e pelas interações anteriores.

Renate Jost de Moraes afirma que o ser humano guarda impressões e é sensível aos acontecimentos da vida desde a concepção, ainda no útero materno, passando pela gestação e por todas as demais fases do crescimento. Segundo a autora, a influência inconsciente que os pais exercem sobre a criança, em termos estimativos, seria de 90% na fase do útero materno, caindo para 75% até os cinco anos de idade, baixando para 65% na fase dos cinco aos dez anos da criança, e quedando em 50% na adolescência, sendo que “após essa idade o jovem a censura e se defende dessa influência conscientemente”²⁰¹.

C. P. Oberndorf, por sua vez, afirmava que, desde o nascimento, a criança sente os efeitos da situação de cuidado ou abandono produzido por seus pais, e desde logo percebe e distingue, dentre as demais pessoas, aquelas que de fato estão intimamente preocupadas com seu bem-estar. Ressalta a autora a problemática do acolhimento institucional e seus impactos na formação e desenvolvimento da criança.²⁰²

199 BOWLBY, John. **Apego e perda**: separação: angústia e raiva, volume 2. Tradução de Leonidas H. B. Hegenberg, Octanny S. da Mota, Mauro Hegenberg. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 64 et seq.

200 KREISLER, Léon; FAIN, Michel; SOULÉ, Michel. **A criança e seu corpo**: psicossomática da primeira infância. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981. p. 29.

201 MORAES, Renate Jost de. **As chaves do inconsciente**. 16 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000. p. 113-114.

202 KLEIN, Melanie; KRIS, Marianne; OBERNDORF, C. P. **A psicanálise de hoje**: a aproximação moderna aos problemas humanos. Parte I: psicologia da infância e adolescência. Tradução de Elisa Dias Velloso. Rio de Janeiro: Imago, 1970. p. 37-38.

Para Françoise Dolto, “um ser humano necessita, pelo menos até os trinta meses, da segurança de um casal cuidadeiro responsável por ele, como se dele fosse filho, numa atmosfera contínua de cumplicidade recíproca e de iniciação à vida social de sua roda”²⁰³, tratando a psicanalista da questão de recém-nascidos retirados de sua família biológica que devem, imediatamente, ser encaminhados aos cuidados de outra família.

Anne-Marie Morice, magistrada da infância e juventude e Coordenadora Regional de Formação de Magistrados de Paris – *École Nationale de la Magistrature* – relatou que, quando era preciso retirar uma criança que contasse com apenas um mês de vida de sua família biológica, “pegava esse recém-nascido no colo e lhe explicava a necessidade da medida”, pois sabia dos impactos daquela decisão na vida da criança (informação verbal)²⁰⁴.

Tramitou por apenas dois meses na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 3.527/2008, que previa possibilidade de flexibilização na ordem de preferência estabelecida no Cadastro de Adoção e passaria admitir, expressamente, a adoção *intuitu personae* (direcionada). O Projeto foi declarado prejudicado e arquivado, em razão da publicação da Lei n. 12.010/09. Segundo o projeto, o parágrafo 3º do art. 50 do Estatuto contaria com dois incisos e estariam assim redigidos²⁰⁵:

Art. 50.
 § 3.º Serão adotadas independentemente da ordem no registro de criança e adolescentes em condições de serem adotadas e no registro de pessoas interessadas na adoção, aquele que, atendendo as demais condições legais, especialmente as condições previstas nos parágrafos do artigo 28, no art. 29 e no art. 43:
 I - tenha sido expressamente doado pelo genitor ou genitores conhecidos;
 II – tenha sido acolhido, em situação de perigo devido a abandono, por pessoa que venha a se interessar pela adoção.

Pelo regramento normativo que foi aprovado e publicado através da Lei n. 12.010/09, ficou claro que o legislador optou por tentar afastar, a todo custo, a possibilidade de escolha e

203 DOLTO, Françoise. **Destinos de crianças:** adoção, famílias de acolhimento, trabalho social. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 164.

204 MORICE, Anne-Marie. **Parâmetros curriculares interdisciplinares para a formação de operadores do direito:** a experiência francesa e chilena e as escolas do Sistema de Justiça Brasileiro. 2010. Palestra apresentada no XXIII Congresso da Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude, Brasília, 7 maio 2010.

205 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 3.527/08.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/574273.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

entrega direta de crianças pelos pais biológicos aos adotantes. Basta ver o disposto no novel art. 258-B, do ECA, que prevê penalidade administrativa para o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de saúde que deixar de efetuar *imediato* encaminhamento à autoridade judiciária mãe ou gestante que esteja interessada em entregar seu filho para adoção. As casas de saúde, sabe-se, são importantes locais de busca por crianças a serem adotadas.

Os caminhos legislativos que a adoção apresenta hoje levam a um questionamento acerca de até que ponto o Estado pode e deve interferir nas relações privadas, especialmente nas relações familiares. Os genitores teriam o direito de dispor de seu filho, entregá-lo para adoção e escolher os pais adotantes ou esta deve ser uma ação exclusivamente estatal? Para tentar responder a esse questionamento, mister se faz a análise de como deve ser a atuação do Estado nas questões afetas à família, perpassando-se necessariamente pela análise da clássica dicotomia entre o direito público e o direito privado, conforme se verifica em sequência.

2.3 O Papel do Estado Frente às Questões Afetas à Família

Se os homens se reúnem em sociedade com a finalidade de buscar o bem comum, e se a ordenação da coletividade vem principalmente através do direito posto²⁰⁶, cumpre analisar, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, quais os limites de interferência do Estado nas questões familiares. Até que ponto a ingerência estatal nas questões afetas à família é desejável e conveniente e a partir de que momento se torna agressiva e ferina? Esse questionamento acaba por desembocar em um outro: as questões familiares estão sob a tutela do Direito Público ou do Direito Privado?

Em resumo simplista, pode-se dizer que a tradicional dicotomia do direito entre *público* e *privado*, que remonta aos romanos, pode ser abordada sob diferentes enfoques, quais sejam, na perspectiva do *interesse*, na perspectiva do *titular* do direito, ou ainda, na perspectiva do *bem jurídico tutelado*.

206 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 21 et seq.

Para Gerson do Vale e Roberto Parreira, o principal critério para a clássica classificação do Direito deve levar em conta o *interesse* das pessoas a quem são destinadas as normas jurídicas. Para os autores, os comandos legais tem, de fato, como finalidade a defesa de interesses ou de particulares ou do Estado²⁰⁷:

Assim, se, por exemplo, determinada lei tem por fim regular uma particularidade qualquer das atividades de um comerciante, seu caráter é eminentemente de defesa de interesses do indivíduo – no caso o comerciante. Se, num outro exemplo, a lei visa reprimir a ação criminosa no interior do Estado, ela se volta para a defesa da ordem pública. Assim, as normas jurídicas irão se enquadrar (na dependência da matéria que tratam) em algum ramo ou do Direito Público ou do Direito Privado. E esta é a classificação mais adotada do Direito: Público e Privado. É certo que, quando uma norma se destina à proteção de um interesse do Estado, ela está protegendo, em última instância, interesse particular, uma vez que o Estado é composto por indivíduos. Mas nesta classificação, o que realmente conta é o interesse imediato e, no caso dessa espécie de normas, é o Estado o primeiro interessado.

Paulo Vilhena registra seu entendimento e defende a importância da citada dicotomia, fundada no *interesse público* ou *interesse privado*, não sendo a questão supérflua nem irrelevante. Entende que a divisão do direito, em *público* e *privado*, além de representar uma realidade constante na prática jurídica, verifica-se fundada na raiz explicativa e fenomênica do direito posto, salientando inclusive a importância didática no ensino jurídico, posto que a divisão revela-se esclarecedora e facilitadora da docência das disciplinas jurídicas. Adverte, porém, o autor, sobre “a precariedade e as dificuldades em precisar-se o que se deva entender por *direito público* e por *direito privado*” (destaques do autor).²⁰⁸

É, porém, outro o critério adotado por Carlos Ari Sundfeld, o qual afirma que só se conhece o direito público depois de saber *o modo* como as normas regulam o poder político. Questiona o autor: É ele limitado? Como é dividido seu exercício? O indivíduo tem instrumentos jurídicos para se opor ao poder político? Um Estado obedece às leis do outro? Demonstra eleger o critério do *bem jurídico tutelado* e sua relação com o poder político.²⁰⁹

207 VALLE, Gerson; PARREIRA, Roberto D. M. **Instituições de direito público e privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991. p. 29.

208 VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Direito público, direito privado: sob o prisma das relações jurídicas**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 27-28.

209 SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 53-54.

Em outras palavras, queremos dizer que a reunião, em dois conjuntos distintos (direito público/direito privado), de certas normas jurídicas resulta de havermos constatado que as normas do conjunto que chamamos *direito público* regulam as relações delas objeto (as relações do poder político) de modo radicalmente diverso do que as normas do conjunto *direito privado* disciplinam as relações de que se ocupam (outras relações que não as envolvidas como o poder político).

Hugo Nigro Mazzilli também aborda o tema da clássica dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, ressaltando as críticas tecidas acerca dessa divisão existente, segundo o autor, em todas os países de tradição romana. Informa que a controvérsia se tornou mais acentuada nas últimas três décadas, primeiramente porque atualmente a expressão *interesse público* tornou-se equívoca, sobretudo quando passou a ser utilizada para referir-se também aos chamados interesses sociais, assim como interesses indisponíveis do indivíduo, interesses da coletividade, e também aos interesses difusos. Afirmo o autor²¹⁰:

O próprio legislador não raro abandona o conceito de interesse público como interesse do Estado e passa a identificá-lo com o bem geral, ou seja, o interesse geral da sociedade ou o interesse da coletividade como um todo. Em segundo lugar, porque, nos últimos anos, tem-se reconhecido que existe uma categoria intermediária de interesses que, embora não sejam propriamente estatais, são mais que meramente individuais, porque são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas, como os moradores de uma região quanto a questões ambientais comuns, ou os consumidores de um produto quanto à qualidade ou ao preço dessa mercadoria.

Entende, portanto, que há interesses que não são apenas dos indivíduos nem apenas do Estado, e assim estaria superada a dicotomia clássica. Fazendo coro a tal corrente teórica, apresenta-se Pedro Lenza²¹¹ ao afirmar que, hodiernamente, sobretudo em face da evidenciação de novos direitos e das transformações do Estado, há superação da separação entre Direito Público e Direito Privado, mas entende a relevância da utilidade didática da divisão.

Insta ressaltar que é posicionamento radical o entendimento de que está totalmente superada a clássica divisão entre Direito Público e Direito Privado, residindo esta apenas a questões didáticas. Em verdade, no cotidiano dos operadores do direito sempre há a

210 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 46.

211 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2-3.

necessidade de se analisar quais os direitos estão sendo tutelados e seus detentores, seja por uma questão de melhor interpretação da lei, seja por uma adequada e justa aplicabilidade das normas positivas.

Destarte, em que pese a relevância das críticas acima, e ainda a incontestável manifestação e surgimento de novos interesses (como os difusos, por exemplo), aparentemente ainda se considera útil e necessária a divisão do direito em Público e Privado, sobretudo quanto aos interesses defendidos.

No que pertine ao direito de família e ao direito infanto-juvenil, sua classificação, levando-se em conta a clássica dicotomia, não se releva uma tarefa de fácil realização. Isso porque as questões familiares apresentam dupla perspectiva: se, por um lado, demonstram um caráter de pessoalidade e intimidade das relações, levando à classificação em Direito Privado, por outro lado, a importância social e coletiva dos institutos e direitos tutelados denuncia o caráter de Direito Público dessas questões.

O art. 226 da Constituição Federal assegura que a família é base da sociedade e tem especial proteção do Estado, emergindo, portanto, o caráter publicista do Direito de Família, sobretudo pelo predomínio de normas cogentes, imperativas que o direito familiar traz. Todavia, Arnaldo Rizzardo esclarece que “a íntima aproximação ao direito público não retira o caráter privado” do direito de família, que “não envolve diretamente uma relação entre o Estado e o cidadão”²¹².

No mesmo sentido é o entendimento esposado por Maria Berenice Dias, a qual afirma que o caráter publicista do direito de família não o fez migrar para o direito público, já que “não se pode conceber **nada mais privado**, mais profundamente humano do que a família, em cujo seio o homem nasce, vive, ama, sofre e morre”²¹³ (Destaque da autora).

Talvez, adequado seja o entendimento de Nelson Saldanha, o qual afirma que “o plano

212 RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: de acordo com a Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 6.

213 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 34-35.

público e o privado se tocam, se completam, se complementam”²¹⁴, para alocar o direito de família e os direitos infanto-juvenis na intercessão entre esses dois planos – o público e o privado.

De fato, considerar que as questões familiares e infanto-juvenis são tuteladas exclusivamente por normas de Direito Público pode trazer graves consequências. A total e excessiva ingerência do Estado nas relações domésticas pode ser danosa à sociedade. Nesse sentido, insta recordar as reflexões de Robert Alexy acerca dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, mais especificamente os direitos a ações negativas ou *direitos de defesa*. O autor afirma que os direitos de defesa, em face do Estado, podem ser categorizados em três esferas²¹⁵:

O primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas *ações* do titular do direito; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas *características* ou *situações* do titular do direito; o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas *posições jurídicas* do titular do direito.

Todos esses grupos de direitos a ações estatais negativas podem-se aplicar a determinados direitos da família e da criança e do adolescente. A despeito de existirem inúmeros direitos à ações estatais positivas, para sua tutela e efetividade, não se deve ignorar a existência e importância de direitos negativos em face do Estado, seja enquanto atuação do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário.

Veja-se, v.g., o direito fundamental e subjetivo à convivência familiar e comunitária de que cada criança e adolescente é titular, nos termos do *caput* do art. 227 da Constituição Federal. Certamente, os detentores de tal direito podem exigir sua efetividade em uma ação positiva ou negativa do Estado.

Nesse passo, retoma-se a análise das alterações trazidas pela Lei n. 12.010/09 acerca do Cadastro Nacional de Adoção (art. 50, § 13), sobretudo sobre uma possível exigência de cadastro prévio para se concretizar a adoção, afastando a possibilidade de escolha pelos

214 SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: o privado e o público na vida social e histórica. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1993. p. 27.

215 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 196.

genitores da família adotante, e também da exigência pela observância obrigatória da ordem cronológica de cadastro.

O argumento de que essa possibilidade de escolha possa trazer riscos para crianças e adolescentes não é suficiente para tal interferência estatal, conforme discutido no tópico anterior. Em alguns casos, essa rigidez normativa, que dá exclusividade ao poder público para escolha de adotantes, poderá representar um obstáculo à efetividade do direito de convivência familiar e comunitária, como no exemplo citado, em que o magistrado determina a busca e apreensão de um infante que foi entregue diretamente à determinada família não cadastrada, e o encaminhou a uma instituição de acolhimento até sua colocação em família substituta previamente habilitada, ferindo gravemente o direito infanto-juvenil de convivência familiar.

A antropóloga e socióloga Claudia Fonseca, estudiosa sobre o tema da circulação de crianças, sobretudo em famílias carentes, é cética quanto ao papel do Estado na regulamentação de determinadas questões familiares. Segundo a autora, a circulação de crianças, sobretudo em camadas menos abastadas da população, é prática corriqueira que antecede em muito as legislações sobre a adoção, sendo que os próprios atores envolvidos encontram as soluções para seus problemas fora da tutela estatal. Segundo Fonseca, “cabe, então, a pergunta: é desejável, ou até possível, querer legislar todas as transferências de crianças que ocorrem entre uma família e outra?”²¹⁶

Nesse caso, portanto, espera-se não uma atitude positiva do Estado, em regulamentar minuciosamente questões estritamente privadas, que possa invadir o livre-arbítrio do indivíduo, sobretudo em questões afetivas, mas ao contrário, deseja-se uma ação negativa, de afastamento, de liberdade de escolha entre os particulares, desde que isso não represente crime ou ato ilícito já previsto na norma. Lúcia Deccache, sobre o papel e a atuação do Estado especificamente no que diz respeito ao direito fundamental de convivência familiar, afirma²¹⁷:

A ideia de que o Estado é sujeito de direitos e obrigações é essencial para que se lhe possam opor os direitos fundamentais. Assim, o direito de continuar no seio de sua família, desde que respeitadas regras de condutas entre pais e filhos, requer do Estado uma abstenção, um *non facere*,

216 FONSECA, Claudia. **Caminhos da adoção**. São Paulo: Cortez, 1995. p. 128.

217 DECCACHE, Lúcia Cristina Guimarães. A garantia constitucional da convivência familiar e a proibição do retrocesso. **Revista do Advogado**. São Paulo. v. 28. n. 101. p.55-61. dez. 2008. p. 58.

enquadrando-se no direito de primeira geração. Por outro lado, a convivência familiar como algo que se pretende e não se tem, seja por falecimento dos pais, ou por abandono, perda ou destituição do poder familiar, é direito que passa a integrar os direitos de segunda geração, o que requer uma conduta proativa do Estado para proporcionar esse direito, ou seja, de ser criado dentro de uma família.

Portanto, há dois lados de uma mesma moeda, que é a atuação estatal nas questões familiares e infanto-juvenis. Ora, deve o Estado abster-se e permitir que as famílias escolham a melhor forma de se relacionar; em outros momentos deve o Estado agir proativamente para garantir a paz e harmonia das famílias, sobretudo ante as novas formas familiares que surgem a todo momento. Mônica Guazzelli leciona sobre as transformações conceituais e funcionais no tocante à família e o papel do Estado nesse novo cenário²¹⁸:

Com efeito, a família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui, tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isto, a sua proteção pelo Estado. [...]. Nesse diapasão, importa referir que existe uma fronteira importantíssima a ser observada por todos os operadores do Direito, que diz com o limite da intervenção do Estado nas relações familiares.

Desta feita, o Estado deve abster-se de se imiscuir em assuntos estritamente privados, relacionados à intimidade do indivíduo, como, por exemplo, a escolha do sexo do parceiro conjugal. Estar em uma relação hetero ou homoafetiva cabe exclusivamente a cada um definir, e não ao Estado. É uma questão de foro íntimo. Sendo o ambiente familiar local em que o ser humano se realiza e se desenvolve, cabe exclusivamente a ele definir o modo de formação e construção dessa família, posto que construída em laços de afeto.

Nesse sentido o julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. O Ministro Carlos Ayres Brito, relator da ADPF n. 132-RJ e ADI 4.277-DF, afirmou em seu voto²¹⁹:

Até porque, reconheçamos, nesse movediço terreno da sexualidade

218 ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O princípio da igualdade aplicado à família. In: WELTER, Belmiro; MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 331-332.

219 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, n. 89, 13 maio 2011.

humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte. Ostensiva. Tendendo mesmo a um tipo de mescla entre instinto e sentimento que parece começar pelo primeiro, embora sem o ortodoxo sentido de pulsão. O que já põe o Direito em estado de alerta, para não incorrer na temeridade de regulamentar o factual e axiologicamente irregulamentável. A não ser quando a sexualidade de uma pessoa é manejada para negar a sexualidade da outra, como sucede, por exemplo, com essa ignominiosa violência a que o Direito apõe o rótulo de estupro. Ou com o desvario ético-social da pedofilia e do incesto. Ou quando resvalar para a zona legalmente proibida do concubinato. [...]. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais. Por isso mesmo que de sua rasa e crua desproteção jurídica, na matéria de que nos ocupamos, resultaria brutal intromissão do Estado no direito subjetivo a uma troca de afetos e satisfação de desejos tão *in natura* [...]. (destaques do autor).

No caso da adoção de crianças e adolescentes, retoma-se a problemática do Cadastro Nacional de Adoção e a impossibilidade de escolha dos pais adotantes pelos pais biológicos. Se o Estatuto da Criança e do Adolescente admite a entrega, por parte dos genitores, do filho em adoção (art. 13, parágrafo único), por que o Estado deve interferir na esfera íntima e proibir a escolha dos adotantes? Se tudo fosse feito sob a tutela estatal, com acompanhamento de profissionais para a análise do pedido, por que proibir?

Mutatis mutandis, adotado o pensamento esposado pelo Ministro Carlos Ayres Britto acima, seria possível admitir-se a escolha dos adotantes pela família biológica, desde que tal ato não representasse ilícito civil ou penal, e ainda que houvesse o acompanhamento de profissionais habilitados a atestar a idoneidade dos adotantes e que a adoção atenderia aos superiores interesses da criança ou adolescente.

O caminho que se mostra mais favorável não é o do afastamento total e completo do Estado nessas questões, mas a interferência na medida e momento certos. Há que se perceber que o Estado, sobretudo na atuação do Poder Judiciário, cumpre uma importantíssima função fiscalizadora e/ou sancionadora em casos de agressões aos direitos fundamentais, ou na solução dos conflitos familiares. Rosemiro Pereira Leal, em análise sobre o processo e eticidade familiar vinculados aos direitos fundamentais, ressaltando a importância e pertinência do devido processo na constitucionalidade democrática, afirma²²⁰:

220 LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e eticidade familiar constitucionalizada. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 604-605.

O espado de debate não pode ser mais o lugar estatal e natural das forças de mercado, em paradigmas de Estado Liberal ou Social de Direito, porque lhe é impossível propiciar uma *ética* de integração social, por um vocacional agir comunicativo das multidões, entre classes basicamente assimétricas em sua fundamentalidade jurídico-econômica. A reconcepção do Estado como recinto da processualização das opiniões e vontades, desloca-se de sua primitiva e secular condição de espaço público estratégico, anônimo, incólume e portador de um imanente saber autocrático e pastoral para um lugar processual de possibilidades intercorrentemente discursivas e integrativas da construção de uma Sociedade Política constitucionalmente assegurada em que a família é instituída a partir da fruição dos direitos fundamentais de vida, liberdade, dignidade e patrimonialidade que compõem o exercício da cidadania. (Destaques do autor).

A interferência estatal, sobretudo através do judiciário, deve garantir a efetividade dos direitos fundamentais das famílias e da infância e juventude e afastar qualquer possibilidade de afronta a tais direitos. Wladimir Paes de Lira afirma ter o Estado um papel a ser desempenhado nas questões familiares, sobretudo quando o problema desemboca no judiciário em ações de divórcio, alimentos e regulamentação de visitas, devendo-se fomentar mecanismos jurídicos que tragam efetividade aos direitos fundamentais das famílias²²¹.

A análise da ingerência Estatal na vida íntima do cidadão deve ser feita em cada caso concreto, tendo-se em conta cada direito fundamental tutelado. Nessa esteira, veja-se, por exemplo, a polêmica decisão do Superior Tribunal de Justiça no caso dos pais que pretendiam educar seus filhos na residência familiar, não obstante terem total possibilidade de fazê-lo no ambiente escolar. A ação do Judiciário, nesse caso, devia de fato ser positiva, como meio de garantir aos infantes do direito fundamental de convivência familiar e comunitária²²²:

Os filhos não são dos pais, como pensam os Autores. São pessoas com

221 Acerca do abandono afetivo do pai ao filho, afirma o autor: “*Precisamos mudar o foco de atuação do Estado, fomentando mecanismos para que os filhos, que responsabilidade nenhuma tiveram na separação dos pais, possam pleitear que o pai ou mãe não guardião continue convivendo com ele, e que tal pedido possa ser acatado e efetivado, nem que seja através de execução de obrigação de fazer, com desdobramento em obrigação de pagar. Não se pode mais aceitar que diante de direito humano fundamental de tamanha relevância, o Estado simplesmente aceite a postura imediatista e egoísta do pai que declara não querer conviver com o filho, pois a convivência, como acima já mencionado, não se prende, exclusivamente, ao elemento subjetivo da afetividade, mas antes disso está atrelada à responsabilidade parental, princípio também constitucional*”. LIRA, Wladimir Paes de. Direito da criança e do adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no direito brasileiro. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e Responsabilidade**: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p. 553.

222 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 7.407. Brasília, DF, 24 de abril de 2002. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 21 mar. 2005. Diário Eletrônico.

direitos e deveres, cujas personalidades se devem forjar desde a adolescência em meio a iguais, no convívio social formador da cidadania. Aos pais cabem, sim, as obrigações de manter e educar os filhos consoante a Constituição e as leis do País. Bem ou mal, o Constituinte entendeu que **o preparo para a cidadania não dispensa o convívio escolar**, tanto que o zelo pela frequência escolar é um dos encargos do poder público (arts. 205 e 208, § 3º). E essa formação não se restringe aos aspectos formais de conteúdos previamente estabelecidos. É mais que isso. **O ambiente escolar possibilita o convívio com o diferente, com o igual, com o parecido, com o desconhecido.** Aprende-se o significado da palavra participação. O aluno não é um mero receptor passivo, ao revés, é provocado a interagir, a opinar, a concordar ou discordar. **Aprende-se o significado da palavra cidadão, do que é cidadania.** (Grifo nosso).

Espera-se do Estado, portanto, diretrizes para o comportamento nas relações familiares, e não uma interferência total e completa, ferindo a vida íntima dos particulares, sobretudo sobre a forma de constituição das famílias e suas relações afetivas, a não ser quando houver afronta a direitos irrenunciáveis e indisponíveis. Deverá existir um espaço para liberdade de atuação dos membros familiares, cumprindo ao Estado a fiscalização para garantia da boa-fé, da licitude dos comportamentos e de garantir instrumentos para efetividade dos direitos envolvidos.

Forçoso, por outro lado, reconhecer que não é apenas nos tribunais que tal escopo pode ser atingido. O Estado, através da implementação de políticas públicas e mobilização da sociedade, também pode agir positivamente, e não exclusivamente através da atuação do judiciário. Em verdade, o afastamento da ingerência estatal nas questões familiares, através dos tribunais, não é tão extraordinária no ordenamento jurídico brasileiro. Ao contrário, existe atualmente um movimento de desjudicialização de questões familiares positivado e vigente. É o caso do divórcio e do inventário extrajudiciais advindos com a Lei n. 11.441/2007, conforme se verifica a seguir.

2.4 Tendências à Desjudicialização de Questões Familiares

Uma advertência inicial: a desjudicialização de questões familiares não significa que a tutela de determinados direitos deixou de ser estatal para ser privada, vale dizer, a mudança

foi procedimental, retirando-se questões antes tratadas exclusivamente pelo Poder Judiciário para serem tratadas administrativamente, não se atingindo o direito material. *Desjudicializar*, portanto, significa apenas retirar da esfera de competência do judiciário a formalização de determinadas situações jurídicas e solução de conflitos.

A verdade é que o fenômeno da desjudicialização visa, em última instância, o desafogamento do Poder Judiciário. Em 1996, entrou em vigor a Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996), destinada apenas à solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, marcando essa tendência no ordenamento jurídico brasileiro.

A desjudicialização de questões familiares consagrou-se pela vigência da Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007, que alterou o Código de Processo Civil para permitir a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual pela via administrativa.

Veja-se que a tutela continua sendo estatal, posto que “o tabelião é um delegado do Estado, operando em caráter privado, a serviço dos particulares. [...]. O tabelião não trabalha para o Estado. O tabelião, na sua competência, é o Estado”²²³. Segundo o art. 6º da Lei 8.935/94, compete aos notários formalizar juridicamente a vontade das partes, intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, e autenticar fatos.

Nesse sentido, é possível perceber que os tabeliães sempre formalizaram atos pertinentes à intimidade das famílias, como é o caso dos pactos antenupciais e as declarações de união estável. O próprio casamento é realizado perante o Oficial de Registro Civil. Destarte, a concretização de inventários, partilhas e divórcios pela via administrativa, mediante assistência de advogado, demonstra que questões familiares de foro íntimo, havendo consensualidade e inexistindo filhos menores ou incapazes, podem ser solucionadas sem o crivo de um juiz de direito. Ressalte-se que a via administrativa ou judicial é uma faculdade das partes, que, cumpridos os requisitos, podem escolher esse ou aquele caminho.

223 CAHALI, Francisco José. et al. **Escrituras públicas**: separação, divórcio, inventário e partilha consensuais: análise civil, processual civil, tributária e notarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 18.

Para Aluísio Schumacher e Mariana Braga, a desjudicialização de questões familiares, especificamente com relação ao divórcio por escritura pública, a despeito da necessidade de desafogamento do judiciário, pode não ser tão benéfica quanto parece, isso porque, segundo os autores, a nova sistemática “pode contribuir para a manutenção por tempo indeterminado do vínculo entre o casal: abre a possibilidade de compreensão por parte dos cônjuges de que a relação jurídica pode ser temporária, perecível [...].”²²⁴

Não parece ser essa a conclusão da maioria dos teóricos do direito acerca de tais inovações legislativas. Após a vigência da norma, foi possível perceber que o procedimento extrajudicial, mais ágil e célere, além de atender ao comando constitucional da razoável duração do processo, trouxe menos desgaste para os interessados e menor custo ao erário.

No que pertine ao tema objeto desse estudo, parece que a tendência caminha no sentido oposto. A adoção é feita exclusivamente por processo judicial desde a fase inicial da habilitação, conforme exposto anteriormente, sendo obrigatório o cadastro prévio de interessados em adotar, nos termos do art. 50, § 13, do ECA. A possibilidade de o procedimento de adoção tramitar fora do judiciário, como acontece na maioria dos estados norte-americanos, por exemplo, não é admitida.

Nesse sentido, cumpre verificar que algumas questões merecem ser tratadas fora do Poder Judiciário. O imenso volume de processos que atormenta os operadores do direito poderia ser menor se crescentes fossem as práticas de desjudicialização de determinadas questões. O triste cotidiano do judiciário, em específico no que diz respeito aos processos ligados à institucionalização de crianças, foi objeto da seguinte manifestação de Sávio Bittencourt²²⁵

Embora haja um significativo esforço de organização das instituições e do sistema, para agilizar os procedimentos, a realidade posta é caótica: não existe uniformidade na atuação jurisdicional, nem do Ministério Público e da Defensoria Pública. Enfrentamentos institucionais, sobreposição de competências que geram desperdício de tempo e dinheiro público, falta de

224 SCHUMACHER, Aluísio Almeida; BRAGA, Mariana Moron Saes. Cartório que casa e descasa: a Lei n. 11.441/07 e o exercício da autonomia entre cônjuges. p. 28. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2010. v. 15. abr./maio 2010. p. 28.

225 BITTENCOURT, Sávio. **A nova lei de adoção**: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 5.

entrosamento e inércia são elementos comumente encontrados na prática dos que lidam com a infância institucionalizada. [...]. A questão não é, necessariamente, de insuficiência da legislação, mas de ineficácia das instituições, falta de controle sobre o trabalho dos agentes políticos do estado, insuficiência de estrutura para atender à prioridade absoluta constitucional, inclusive por parte da Magistratura.

Thales Tácito Cerqueira entende que o fenômeno da desjudicialização, especificamente aplicado no atendimento de crianças e adolescentes, em regra quando em situação de vulnerabilidade, está relacionado ao princípio da proteção integral.²²⁶

Através desse princípio busca-se reduzir a atuação jurisdicional nas relações que envolvam interesses de menores, dando-se preferência à participação das instâncias administrativas especializadas, usando-se meios preventivos e educativos no atendimento da criança e do adolescente, inclusive dos infratores. É uma nova abordagem na questão menorista, visando esgotar, na solução dos problemas, meios não jurisdicionais de recepção e encaminhamento.

No procedimento de adoção judicial, não raros são realizados laudos e estudos psicossociais “às pressas”, sem o cuidado devido, sem a atenção que as partes merecem, em flagrante afronta aos direitos das crianças e adolescentes que, em última análise, são afetados negativamente pelo acúmulo de processos no judiciário. Fora o reduzidíssimo número de varas especializadas na infância e juventude. Tudo isso colabora para uma pior prestação jurisdicional, fazendo com que crianças e adolescentes sejam desatendidos em seus direitos fundamentais.

Segundo levantamento realizado em 2008 pela Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude, em comemoração dos 18 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente, apenas 92 das 2.700 comarcas da Justiça Comum do país eram especializadas nas questões infanto-juvenis. O texto produzido pelo órgão afirma²²⁷:

O ECA reservou ao Judiciário, ao Ministério Público e à Defensoria Pública,

226 CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Manual do estatuto da criança e do adolescente (teoria e prática)**. 2 ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 19.

227 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MAGISTRADOS, PROMOTORES DE JUSTIÇA E DEFENSORES PÚBLICOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. **O sistema de justiça da Infância e da Juventude nos 18 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente: desafios na especialização para a garantia de direitos de crianças e adolescentes**. Brasília, 2008. Levantamento (Relatório). 117 p. Tiragem 500 exemplares. p. 10-11.

papéis fundamentais no Sistema de Garantias de Direitos – SGD. O Sistema de Justiça – SISTEMA DE JUSTIÇA [sic] tem potencial para se apresentar como capaz para defender, proteger e promover os direitos previstos nas normas pertinentes, devendo assumir-se, de acordo com a comunidade internacional, como parte integrante do processo de desenvolvimento nacional de cada país e ser administrada no marco geral da justiça social de modo não apenas a contribuir para a sua proteção, mas também para a manutenção da paz e ordem na sociedade (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, art. 1.4). Entretanto, o potencial transformador do SISTEMA DE JUSTIÇA não encontra expressão na realidade brasileira. Mais do que falar em limitações financeiras a restringir a atuação da Justiça, percebe-se uma falta de prioridade pelas instituições do Sistema de Justiça na infância e juventude. A impressão geral funda-se, de um lado, na elevada demanda feita às Varas da Infância e da Juventude pela efetivação de direitos de crianças e adolescentes, mas, de outro lado, na sua reduzida capacidade de ação, em razão da deficiente estruturação material e humana das Varas, Promotorias e Defensorias. [...]. Por essa razão, a ABMP entende ser impossível pensar o avanço na promoção de direitos de crianças e adolescentes no país sem enfrentar o modo como vem sendo pensada, estruturada e gerida a Justiça da Infância e da Juventude brasileira.

O mesmo documento informa que no Brasil a média é de 438.896,72 habitantes por juiz especializado em infância e juventude²²⁸, vale dizer, cada juiz especializado é responsável pela prestação jurisdicional a quase meio milhão de pessoas quando o assunto é a tutela dos direitos de crianças e adolescentes e não a recomendada média de 100 mil habitantes por vara especializada²²⁹.

O comando normativo previsto pelo art. 145 do ECA resta, portanto, desobedecido: “os Estados e o Distrito Federal poderão criar varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude, **cabendo ao Poder Judiciário estabelecer sua proporcionalidade por número de habitantes [...]**” (destacamos), ficando enfraquecido o Sistema de Justiça destinado à tutela dos interesses de crianças e adolescentes e suas famílias.

O levantamento da ABMP demonstra que o Poder Judiciário não está adequadamente preparado para tutelar, de modo efetivo e eficaz, todos os direitos infanto-juvenis, seja pela falta de especialização de varas, seja pela falta de material humano, seja pela falta de reciclagem e aprimoramento desse material. Por isso, a desjudicialização pode ser um

228 Ibid., p. 19.

229 “De acordo com as duas análises, como veremos, a população de 100.000 habitantes deveria ser o critério regente para a definição do critério de criação de varas especializadas com competência exclusiva em infância e juventude”. Ibid., p. 37.

caminho eficaz, com mobilização da sociedade civil e implementação de políticas públicas voltadas à tutela dos interesses aqui defendidos.

Tal como ocorre nos Estados Unidos, muitas questões afetas à adoção poderiam sair do âmbito judiciário, com a criação de instituições e organismos capazes de realizar o procedimento de forma administrativa, tudo com a supervisão do poder público. O procedimento de habilitação, por exemplo, poderia ser desjudicializado para a esfera administrativa, desde que realizado nos moldes como ocorre hoje, com o trabalho de pessoal especializado e qualificado (Serviço Social, Psicologia, Pedagogia)²³⁰, cabendo ao judiciário apenas a sentença final de homologação ou não do procedimento.

Nesse aspecto, quando o que está em “jogo” são direitos da infância e juventude, adequadas são as palavras de Jadir Cirqueira, ao defender que não se pretende enfraquecer a atividade do Poder Judiciário, mas “apenas adequá-la aos novos paradigmas da CF e do ECA com o incentivo à maior participação da família e da sociedade”.²³¹

A possibilidade de fraudes e ilícitos não deveria ser suficiente para o afastamento da modernização e busca por maior agilidade dos procedimentos em benefício dos maiores interessados, que são as crianças e adolescentes. Mantidos os princípios do superior interesse e atendimento prioritário das questões infanto-juvenis, tais possibilidades deveriam ser vislumbradas e melhor debatidas pela sociedade jurídica e civil, como garantia de efetivo acesso à justiça e adequada prestação jurisdicional.

230 A princípio poder-se-ia questionar qual seria a diferença prática caso se implementasse a desjudicialização, por exemplo, do procedimento de habilitação de pretendentes à adoção. Ocorre que a deficiência de pessoal especializado (psicólogos, assistentes sociais, pedagogos) para atuação nos procedimentos é enorme, posto que para a atuação nas Varas é necessário concurso público. Com a desjudicialização, profissionais particulares licenciados e credenciados poderiam atuar no procedimento, aumentando significativamente o campo de atuação da equipe técnica, seja pelo acréscimo do número de profissionais, seja pela maior diversidade de qualificação dos técnicos, seja pela possibilidade de um melhor ambiente de trabalho para as equipes multiprofissionais. Em sentido contrário manifesta-se a ABMP, sob o argumento de que a “terceirização” da equipe técnica não garantiria um serviço público de qualidade e que “só através do concurso público há a garantia da capacitação continuada dos profissionais”. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MAGISTRADOS, PROMOTORES DE JUSTIÇA E DEFENSORES PÚBLICOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. **O sistema de justiça da Infância e da Juventude nos 18 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente: desafios na especialização para a garantia de direitos de crianças e adolescentes**. Brasília, 2008. Levantamento (Relatório). 117 p. Tiragem 500 exemplares. p. 81.

231 SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A efetividade dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Editora Pillares, 2008. p. 117.

3 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO CIVIL, AFETIVIDADE E ADOÇÃO

Após a apresentação do instituto material, processual e procedimental da adoção, em consonância com o papel do Estado nessas questões, insta analisar se a sistemática do instituto, no modelo vigente, está em conformidade com os atuais paradigmáticos do direito positivo brasileiro. Essa verificação somente será possível após breve estudo dos sistemas jurídicos e seus pressupostos metodológicos que culminaram na estrutura do ordenamento vigente e no movimento neoconstitucionalista vivenciado pelo Brasil nos últimos anos.

3.1 Sistemas Jurídicos e o Neoconstitucionalismo

Inicialmente, o momento é adequado para um rápido estudo sobre a sistemática do ordenamento jurídico e sua estruturação. Segundo Ferraz Junior, a “concepção do ordenamento como sistema é consentânea com o aparecimento do Estado moderno e o desenvolvimento do capitalismo”²³², sendo que diversos teóricos se debruçaram em debater a questão.

A teoria clássica positivista considerava o ordenamento jurídico um sistema fechado, pleno e sem lacunas, ou na crítica de Ronald Dworkin, um “conjunto de regras atemporais, estocadas em algum depósito conceitual à espera de que os juízes as descubram”²³³. A superação do positivismo culminou no entendimento de que o ordenamento jurídico seria um inacabado sistema aberto²³⁴.

Segundo a teoria geral dos sistemas apresentada por Claus-Wilhelm Canaris, o ordenamento jurídico é aberto, ante a incompletude do conhecimento científico, apresentando

232 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 147.

233 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 25-26.

234 LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. Barcelona: Ariel, 2009. p. 478 et. seq.

mobilidade, mas também ordenação e unidade²³⁵.

De fato, conforme ensina Fernando Rodrigues Martins, “o sistema fechado não se apresenta compatível como o ideário do novel perfil dos negócios jurídicos, assim como do próprio direito civil, porque representa uma estagnação normativa”.²³⁶

Sendo, portanto, o sistema jurídico aberto, “no sentido de que é incompleto, evolui e se modifica”²³⁷, e considerando que “a práxis da Ciência Jurídica, [...], independentemente das Escolas que a interpretam, se revela numa combinatória de modelos”²³⁸, cumpre verificar quais os elementos que compõe tal sistema e quais as soluções que o operador encontra para os problemas comumente enfrentados.

No que diz respeito à teoria dos princípios, imprescindível um breve estudo sobre os pensamentos de Ronald Dworkin²³⁹, sobretudo no tocante aos *hard cases* e sobre a regra do “tudo ou nada” (*all-or-nothing*), ainda que sem a minudência necessária para o tratamento do tema. Uma advertência: não se pretende esgotar ou esmiuçar o estudo da teoria dos princípios, mas tão somente rápidas pinceladas, correndo-se o risco de algum tropeço jurídico na abordagem a seguir aduzida.

O filósofo do Direito afirma que, em determinados casos difíceis, os *hard cases*, em que a aplicação pura e simples da legislação positivada possa produzir injustiça, o julgador deveria ir além das regras e utilizar-se de padrões verificados que seriam muito diferentes dos padrões de regras jurídicas. Seriam padrões diferentes porque seriam princípios jurídicos e não regras jurídicas. A diferença seria de natureza lógica: distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem.

O autor expõe, então, seu entendimento para aplicação das regras: a teoria do “Tudo ou Nada”. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada – dado o fato que uma regra

235 CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 103 et. seq.

236 MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de perigo no novo código civil: uma perspectiva civil constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 45.

237 GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 22.

238 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1988. p. 107.

239 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39 et seq.

estipula, as consequências jurídicas se seguem automaticamente. Incide ou não incide, mesmo que a regra tenha exceções.

Ainda segundo Dworkin, o princípio, por sua vez, norteia, mas necessita de uma decisão particular e não estabelece condições que tornem sua aplicação automática. São padrões mais elevados que as regras. Possuem dimensão de “peso” ou “importância”, ao contrário das regras, que são válidas ou inválidas. Portanto, para o citado autor, as regras seriam aplicáveis ao modo “tudo ou nada” e os princípios mediante flexibilidade e ponderação na aplicação.

Após Dworkin, o estudo da teoria dos princípios evoluiu e se fortaleceu no mundo, o mesmo se dando no Brasil. Na Alemanha, Robert Alexy avançou na teoria de Dworkin para, além de admitir a dimensão de peso dos princípios, defender que são aplicáveis em determinada graduação “no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios”²⁴⁰. Alexy, portanto, defende que os princípios são mandamentos de otimização já que, em uma situação de tensão jurídica advinda da possibilidade de colisão desses princípios, e ainda que essa colisão possa ferir os direitos fundamentais, a solução do conflito não se dará por um critério de validade ou invalidade de normas, mas pelo sopesamento dos princípios, em que um deles irá ceder para a prevalência do outro, não em uma prevalência imediata, mas na ponderação da análise do caso concreto.²⁴¹

Por fim, o autor afirma ainda, em suas palavras, que os princípios, enquanto mandamentos de otimização, “exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*”²⁴².

No Brasil, Humberto Ávila trouxe importantes contribuições à teoria dos princípios. Inicialmente, registrou que um dispositivo normativo, a depender do trabalho do intérprete, pode assumir ora feição de regra ora de princípio, sendo que os princípios também possuem

240 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 96.

241 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 100-101.

242 Ibid., p. 103-104.

consequência normativa e, por isso, as teorias anteriores se verificavam incompletas.²⁴³

O autor analisa criticamente o critério “tudo-ou-nada” (*all-or-nothing*) de Dworkin no tocante ao modo final de aplicação das regras comparado ao modo de aplicação dos princípios. Para Ávila, esse modelo apenas pode ser aplicado no tocante à validade das regras, não se prestando para diferenciá-las dos princípios, já que “tanto os princípios quanto as regras permitem a consideração de aspectos concretos e individuais”²⁴⁴, sendo que também as regras admitem sopesamento. Propõe, então, outros critérios de distinção entre regras e princípios, o que facilitaria a atividade de interpretação do direito pelo operador e fortalecer sua argumentação, concluindo que²⁴⁵

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Nessa medida, é possível entender que os princípios trazem comandos que exprimem uma conduta a ser buscada, um comportamento a ser perseguido. Os direitos da família e da infância e adolescência estão repletos dessas normas finalísticas, todavia, a análise daquelas mais relevantes será mais adequada após o estudo do movimento constitucionalista vivenciado pelo Brasil com a Constituição de 1988, favorecendo o entendimento do tema exposto.

Esse estado pós-positivista de compreensão da normatividade dos princípios e a releitura dos métodos interpretativos e de aplicação do direito favoreceram o desenvolvimento de uma nova ordem jurídica calcada na constituição de determinado estado. Se antes a Constituição era vista apenas como “uma folha de papel”²⁴⁶ ou como um documento

243 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 32-35.

244 Ibid. p. 40.

245 Ibid. p. 70.

246 LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Tradução original de Walter Stonner. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

preponderantemente político, passa ter sua força normativa reconhecida²⁴⁷.

O processo de constitucionalização do Direito foi mais fortemente vivenciado no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988 e a jovem democracia que se instaurava no país. A despeito das críticas formuladas pela extensão do texto constitucional²⁴⁸, multiplicidade e fragmentação das temáticas positivadas²⁴⁹, há o reconhecimento geral de sua importância na consolidação do Estado democrático de direito brasileiro²⁵⁰.

Nesse período, houve importante mudança na teoria constitucional brasileira que está em constante processo de evolução, sobretudo no tocante essencialmente ao trabalho de interpretação jurídica realizada pelo operador do direito. O termo “neoconstitucionalismo” foi cunhado para significar o fenômeno de irradiação constitucional a todos os ramos do Direito, com o reconhecimento da importância e do papel dos princípios, da ponderação e, sobretudo, da força normativa da Constituição²⁵¹.

Para Carlos Ayres Brito, o neoconstitucionalismo reflete o reconhecimento de que a Constituição é o repositório dos valores jurídicos-democráticos, devendo por isso irradiar para todos os outros ramos do direito e servir de parâmetro para toda operação jurídica realizada²⁵²

[...] os valores de berço constitucional são o hierárquico referencial de todos os outros valores de matriz infraconstitucional. Valores, estes últimos, que de alguma forma têm que se reconduzir aos primeiros, pena de invalidade (que para isto serve o princípio da supremacia formal e material da Constituição). Tudo afunilando para esse valor-síntese em que se traduz a democracia de três vértices.²⁵³

247 HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

248 BITTAR, Carlos Alberto. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 19.

249 SOUZA, Jadir Cirqueira de. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Pillares, 2010. p. 71.

250 CABRAL, J. Bernardo. Os 20 anos da Constituição Federal de 1988 – Avanços e Retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7.

251 ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 187.

252 BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 88.

253 Para o autor, a contemporânea democracia apresenta três dimensões, ou três vértices: a *democracia procedimentalista*, representada pelo Estado Democrático de Direito; a *democracia substancialista*, que é a democracia social que se operacionaliza pela desconcentração e descentralização do Estado, e ainda por

A interpretação à luz da constituição passa a ser o parâmetro da hermenêutica adequada em três aspectos: a interpretação literal da legislação deve estar em conformidade com a Constituição; caso a lei permita múltiplos sentidos, a hipótese interpretativa que alcançar a Constituição é a que deve prevalecer; na análise do caso concreto, a interpretação constitucional deve prevalecer, ainda que em detrimento da regra prevista²⁵⁴.

Segundo Luiz Edson Fachin, o Direito Civil no Brasil está reposicionado em consonância com os superiores mandamentos constitucionais, e isso deve ser atentamente observado pelos operadores do Direito²⁵⁵

Numa expressão, o Direito Civil deve, com efeito, ser concebido como 'serviço da vida' a partir de sua raiz antropocêntrica, não para repor em cena o individualismo do século XVIII, nem para retomar a biografia do sujeito jurídico, mas sim para se afastar do tecnicismo e do neutralismo. Não sucumbir, enfim, ao saber virtual.

Nada obstante, outro fenômeno observado no neoconstitucionalismo brasileiro foi o relevo que ganhou o Poder Judiciário ante o descrédito da população em determinadas instituições, inclusive na representação parlamentar, podendo-se perceber certa “crise da democracia representativa”²⁵⁶. Segundo Daniel Sarmento, “juízes e tribunais são vistos e se veem como os salvadores da pátria, protagonistas do processo de 'resgate' das promessas constitucionais”²⁵⁷.

Destarte, a interpretação constitucional deve ser realizada com o extremo cuidado para manutenção de princípios democráticos, da divisão dos poderes, da não usurpação de competências pelo judiciário. Nesse passo, a correta análise e aplicação dos princípios constitucionais, reconhecendo sua força normativa e sua aplicabilidade nas relações privadas.

mecanismos de ações distributivas no campo econômico-social; e a *democracia fraternal*, caracterizada por movimentos em prol da proteção do meio ambiente, combate ao preconceito, dentre outros. Ibid., p. 34-35.

254 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008. p. 89.

255 FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 18-19.

256 ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. Democracia, direito e legitimidade. A crise do sistema representativo contemporâneo e os novos desafios do contrato social. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coord.). **Lições de direito constitucional: em homenagem ao Professor Jorge Miranda**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. (p. 185-219). p. 211 et. seq.

257 SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 219.

Consigna Barroso que “a novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica. [...]. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua *normatividade*”²⁵⁸. Nas palavras de Gustavo Tepedino, “a força normativa dos princípios constitucionais decorre da concepção unitária do ordenamento jurídico, no qual a Constituição ocupa posição hierárquica suprema”²⁵⁹.

No que pertine ao direito de família e da infância e juventude, a Constituição de 88 pode ser considerada notável²⁶⁰, seja pela inclusão de conteúdos não previsto nas Constituições anteriores, seja pela consagração da concepção da pluralidade de famílias e pelo reconhecimento do princípio da igualdade nos mais amplos aspectos: igualdade entre homem e mulher, entre cônjuges, entre filhos. Para Berenice Dias, “agora, qualquer norma jurídica de direito das famílias exige a presença de fundamento de validade constitucional”²⁶¹.

Nessa perspectiva, os princípios explícitos e implícitos trazidos pelo constituinte foram de suma importância para a estruturação dos direitos da família e da infância e juventude. “O princípio fundamental de toda a textura social é o da família como célula básica da sociedade”²⁶². Desta feita, oportuna breve análise dos princípios mais relevantes e específicos da matéria, todos concernentes à materialização do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

O primeiro princípio que se depreende do texto constitucional é o da pluralidade das famílias como corolário do princípio da liberdade. Se antes o modelo admitido era da família tradicional formada e consagrada pelos laços do matrimônio, agora outras diversas formas de constituição da família são admitidas. Por isso alguns teóricos não mais se referem ao “direito

258 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (coord.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 28-29.

259 TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais de direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Gustavo (coord.). **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. (p. 309-354). p. 312.

260 BITTAR, Carlos Alberto. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 59.

261 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 36.

262 BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 47.

de família”, mas falam em “direito das famílias”²⁶³.

O princípio da solidariedade, previsto no art. 3º, I, da CF/88, é aplicado às famílias, não apenas na perspectiva patrimonial de prestação de alimentos entre parentes, mas como forma de respeito, afeto, assistência psicológica e companheirismo, existindo deveres mútuos entre os membros familiares²⁶⁴, sendo que tal princípio “resulta da superação do individualismo jurídico e busca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a qual se origina nos vínculos de afetividade que marcam as relações familiares”²⁶⁵.

O princípio da igualdade, conforme exposto, se concretiza na isonomia dos gêneros (art. 5º, I, CF), na igualdade entre cônjuges e companheiros, inclusive na responsabilidade pela chefia familiar (art. 226, § 5º, CF), e também na equiparação dos filhos (art. 227, § 6º, CF), independentemente da forma de construção do vínculo de filiação – se pelo casamento, fora dele ou por adoção – proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, conforme previa o vetusto Código Civil de 1916.

Segundo Gustavo Tepedino, “com a plena igualdade, conclui-se lento processo evolutivo nas relações de filiação, representando, ao longo do tempo, verdadeira *despenalização* dos filhos, vítimas de escolhas de seus pais”²⁶⁶. Nas palavras de Flávio Tartuce, “trata-se, portanto, na ótica familiar, da primeira e mais importante especialidade da isonomia constitucional”²⁶⁷. Para Rolf Madaleno, “finalmente, a Carta Federal resgata a dignidade da descendência brasileira, deixando de classificar filhos pela maior ou menor pureza das relações sexuais, legais e afetivas de seus pais”²⁶⁸.

263 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010; PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

264 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 63-64.

265 MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 40.

266 TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil – Tomo III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 209.

267 TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. (p. 3-17). p. 9.

268 MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 39.

O princípio da afetividade, enquanto alicerce base do direito de família, será analisado posteriormente em tópico próprio, tendo em vista a relevância para as questões familiares e da infância e juventude, sobretudo em razão do valor jurídico que detém e seu reconhecimento pelo judiciário.

No que pertine ao direito infanto-juvenil, a Constituição de 1988 também trouxe princípios importantes que direcionaram o legislador infraconstitucional, seja na elaboração do ECA, seja na produção da Lei n. 12010/09. O mais relevante para o presente estudo é o princípio da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança, previsto na cabeça do art. 227 da Constituição Federal e nos artigos 1º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tal princípio é reconhecido pela legislação mundial, conforme já exposto, sobretudo em razão das convenções internacionais acerca da proteção dos direitos da criança e do adolescente. Segundo Josiane Veronese e Mayra Silveira, “essa nova postura tem como alicerce a convicção de que a criança e o adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais, [...], em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento”²⁶⁹.

A chamada Lei da Adoção (Lei n. 12.010/09) inovou ao trazer expressamente alguns princípios de aplicação às medidas de proteção da criança e do adolescente. Pede-se vênia para a reprodução do art. 100, parágrafo único, do ECA, posto que o legislador, além de catalogar determinados princípios, entendeu por bem conceituá-los, nos seguintes termos:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

I - **condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos**: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;

II - **proteção integral e prioritária**: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

III - **responsabilidade primária e solidária do poder público**: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de

269 VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 27.

governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais;

IV - **interesse superior da criança e do adolescente**: a intervenção deve 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 dos interesses presentes no caso concreto;

V - **privacidade**: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;

VI - **intervenção precoce**: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida;

VII - **intervenção mínima**: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;

VIII - **proporcionalidade e atualidade**: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada;

IX - **responsabilidade parental**: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente;

X - **prevalência da família**: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta;

XI - **obrigatoriedade da informação**: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;

XII - **oitiva obrigatória e participação**: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1o e 2o do art. 28 desta Lei. (Destaque nosso).

Todos esses princípios são decorrentes, em maior ou menor grau, do princípio da proteção e do superior interesse da criança e do adolescente, previstos no texto constitucional. Portanto, será com base nos princípios acima referidos que será feita a análise de determinados dispositivos trazidos pela Lei n. 12.010/09 afetos ao instituto da adoção, sobretudo no tocante à constitucionalidade e utilidade desses comandos normativos.

3.2 Adoção Judicial Brasileira, Socioafetividade e Estado de Filiação

O movimento de irradiação constitucional no Direito, conforme exposto, atingiu a

instituição familiar, provocando seu reposicionamento e trazendo novos conceitos para o direito de família. No mesmo passo, a valorização da pessoa humana, a busca pelo fortalecimento da dignidade do indivíduo baseada em princípios de solidariedade e fraternidade, o reconhecimento do papel da mulher na sociedade, a busca pela isonomia material e tantos outros movimentos da pós-modernidade favoreceram o reconhecimento da ciência jurídica de valores antes afastados do direito, como o afeto.

O afeto atualmente tem reconhecido seu valor jurídico e sua aplicabilidade no direito. Se antes a vinculação do afeto com a ciência denotava afastamento da razão, agora reconhecer seu valor jurídico significa a busca por justiça. Nessa perspectiva, Eduardo Bittar defende a feminilização do direito através do reconhecimento do afeto, no encontro da razão com a sensibilidade no direito para a promoção da justiça:²⁷⁰

Por isso, numa cultura pai-centrada, a órbita do jurídico é fundada em um conjunto de práticas de imposição vertical. Já numa cultura mãe-centrada, a órbita do jurídico pode se transmutar para receber influxos novos de concepções, que devem albergar, necessariamente, práticas e esforços de mediação, diálogo e entendimento. [...]. E isto porque se entende que quando razão e sensibilidade se encontram, o direito opera justiça.

No mesmo sentido, Carlos Ayres Brito afirma ser necessária uma mudança de mentalidade e reconhece que o operador do direito, visando o melhor tratamento possível ao caso concreto, deve conciliar a razão e o afeto²⁷¹

Por outro modo de dizer as coisas, sem afetividade *a andar de braços dados* com a inteligibilidade não se chega ao ponto ômega da consciência e aí já não se tem a garantia de efetividade do Direito-justo. [...]. Esse o caminho para se fazer da melhor regração em tese a melhor experiência cotidiana. [...]. Deveras, o *fiat lux* é a subida do operador jurídico aos páramos da própria consciência. (Destaques do autor).

Paulo Luiz Netto Lôbo consigna que o fenômeno de despatrimonialização das relações familiares, na medida em que “família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de

270 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 699.

271 BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 74-76.

vida”²⁷², provocou a percepção do valor jurídico do afeto, sobretudo no que pertine ao vínculo de filiação.

Ressalta ainda que a afetividade, no vínculo de filiação, possui atualmente fundamento constitucional, posto que a Lei Maior extirpou do ordenamento jurídico brasileiro quaisquer discriminações entre diferentes formas de constituição desse vínculo, nos termos do art. 227, §§ 5º e 6º, da Constituição.

O afeto tem reconhecido seu valor jurídico enquanto princípio e enquanto direito fundamental²⁷³. Algumas teses defendem, inclusive, a possibilidade de indenização por dano no caso do abandono afetivo²⁷⁴. Sem sombra de dúvidas, o abandono moral e material de crianças e adolescentes é a maior causa de sua institucionalização.

Podendo ser configurado como ato ilícito, alguns operadores do direito iniciaram um movimento na busca da indenização por parte daqueles que tinham o dever de cuidar, mas optaram pelo abandono. Em que pese a busca pela defesa do superior interesse da criança e do adolescente, em consonância com a doutrina da proteção integral, não parece esse ser o caminho para melhor tutelar os direitos fundamentais infanto-juvenis.

A dificuldade reside na obrigatoriedade de compelir aos pais biológicos ou responsáveis legais a obrigação do amor, sob pena de indenização pecuniária. Nesse sentido, advogam Carlos Cabrera, Luiz Guilherme da Costa e Roberto Mendes.²⁷⁵ Em conformidade com a irradiação constitucional dos direitos relacionados ao tema, parece temerária a utilização do recurso em comento.

272 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/527>>. Acesso em 13 jun. 2011. p. 3-6.

273 Em sentido contrário: “A afetividade, embora merecedora de atenção jurídica, o é porque pode se tronar elemento constitutivo e integrante das relações familiares, fruto da espontaneidade e da autonomia privada e, assim, geradora de certos efeitos na órbita do Direito. A sua existência nas entidades familiares é elemento fático; porém não jurídico. O caráter de juridicidade, o cunho normativo-imperativo, está relacionado às consequências que a presença do afeto, na construção das relações familiares, pode gerar”. ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 51.

274 CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. A responsabilidade civil por dano afetivo. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coord.). **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011. (p. 17-30). p. 28.

275 CABRERA, Carlos Cabral; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; FREIRAS JR., Roberto Mendes. **Direitos da criança, do adolescente e do idoso: doutrina e legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 228.

A jurisprudência majoritária entende que o abandono afetivo pode resultar em destituição do poder familiar, nos termos do art. 1638 do Código Civil, e não indenização por ato ilícito²⁷⁶. Não obstante, está reconhecido que o afeto e o cuidado são direitos da criança e do adolescente previstos na Constituição Federal e nas normas *infanto-juvenis*²⁷⁷.

O valor jurídico do afeto, especialmente nas questões ligadas à filiação, chegou a um patamar tal que, em determinados casos, o vínculo socioafetivo formado pode se sobrepor ao vínculo biológico²⁷⁸.

Atualmente o judiciário brasileiro não tem grande dificuldade em reconhecer o vínculo socioafetivo daquele pai surpreendido pelo resultado negativo do exame de DNA. Ante o resultado da prova genética, o pai registral ingressa com ação de desconstituição de paternidade e, não raro, vê sua pretensão ser indeferida pelo magistrado. Isso porque um estudo psicossocial elaborado pelas auxiliares do juízo concluiu que havia vínculo socioafetivo entre o pai registral e a criança.

Nesse caso, sentença é uma só: a negativa da pretensão de desconstituição da paternidade tendo em vista os fortes laços socioafetivos criados ao longo dos anos²⁷⁹. É o

276 Nesse sentido, a ementa do STJ: “*RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido*”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 757411 / MG. Brasília, DF, 29 de novembro de 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 27 mar. 2006, p. 299.

277 Pelo cabimento da indenização por abandono afetivo: “*INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. O dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana*”. MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 2.0000.00.408550-5/000(1). Belo Horizonte, MG, 01 de abril de 2004. **Diário da Justiça**, Minas Gerais, 29 abr. 2004.

278 PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 276 et. seq.

279 Nesse sentido, Informativo 0411 do STJ: “*NEGATÓRIA. PATERNIDADE. VÍNCULO SOCIO-AFETIVO. A ausência de vínculo biológico (afastado por exame de DNA) não teve o condão de desconstituir a filiação, pois foi reconhecido juridicamente que se estabeleceu o vínculo socio-afetivo entre pai e filho, porquanto, só após 22 anos do nascimento do filho, o pai propôs ação negatória de paternidade combinada com retificação de registro civil. Com esse entendimento, a Turma negou provimento ao REsp do pai. Apontou o Min. Relator que, nas instâncias ordinárias, ao contrário do sustentado no REsp, ficou inconteste não haver adoção à moda brasileira, pois o recorrente, ao proceder ao registro da paternidade, não tinha conhecimento da inexistência de vínculo biológico e, apesar da alegação de dúvidas, portou-se como pai, estabelecendo vínculo de afetividade. Explicou que a paternidade fundada no vínculo socio-afetivo não é construção doutrinária nem jurisprudencial, mas encontra proteção no § 6º do art. 227 da CF/1988, que veda diferenciação entre filhos havidos ou não de relação de casamento, e no art. 1.595 do CC/2002, que reconhece o parentesco civil resultante de origem não consanguínea. Observou que o reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito se*

Direito, através do judiciário, tentando evitar a perda de parentesco pelo DNA²⁸⁰.

Contudo, a problemática das relações jurídicas na constituição do vínculo de filiação vão para além do reconhecimento do valor jurídico da afetividade. Para dimensionar a amplitude das situações fáticas, sobretudo no que diz respeito à filiação e à adoção, intrigantes são os questionamentos apresentados por Renata de Lima Rodrigues²⁸¹

... por que adotar, se a simples relação fática, prolongada no tempo, com conteúdo de afeto, e, sobretudo, despida de maiores burocracias, pode ser suficiente para firmar vínculo reconhecidamente jurídico entre pais e filhos? Será que tais questionamentos são falsos problemas ou será, de fato, necessário rearticular premissas, requisitos e finalidades desse instituto, de modo que ele não se desvie de sua teleologia ou perca seu prestígio novamente?

Fato é que a socioafetividade tem importante papel na concretização do vínculo de filiação, posto que este **não** está adstrito ao parentesco consanguíneo²⁸². Para Belmiro Welter, a filiação não biológica, advinda de laços socioafetivos, possuem quatro espécies: a adoção judicial, o filho de criação, a adoção à brasileira e o reconhecimento voluntário ou judicial do vínculo de filiação²⁸³.

Segundo o jurista, a adoção judicial não é o único meio de concretização do vínculo de filiação socioafetivo, podendo, além da já comentada adoção à brasileira, ocorrer numa

demonstrado o vício de consentimento ou falsidade do registrado, conforme disposto no art. 1.604 do CC/2002. Esclareceu que, por erro de conhecimento, deve-se compreender a falsa representação da realidade ou idéia falsa da realidade, tal como apregoado na doutrina. Ademais, no contexto dos autos, não se denota emprego de diligência apta a configurar o alegado erro substancial escusável. Anotou ainda que o erro essencial apto a anular a filiação assentada no registro civil deve estar evidenciado nos autos de forma clara e robusta, o que não se verificou no caso. Precedentes citados: REsp 932.692-DF, DJe 12/2/2009, e REsp 1.022.793-RS, DJe 3/2/2009. REsp 1.078.285-MS, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 13/10/2009". Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infjur/doc.jsp?livre=@cod=0411>>. Acesso em 20 jun. 2011.

280 Leila Torraca de Brito afirma: “Perde-se parentes não só pela morte destes, mas pelo resultado do exame de DNA, visto como prova que rapidamente – poupando tempo, indagações ou novas avaliações – aponta resultado visto como preciso, irrefutável”. BRITO, Leila Maria Torraca de. **Paternidades contestadas**: a definição da paternidade como um impasse contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 108/109.

281 RODRIGUES, Renata de Lima. Horizontes de aplicação da adoção no direito de família brasileiro contemporâneo. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. (p. 291-314). p. 298.

282 Válter Kenji Ishida aparentemente ignora a construção do vínculo de filiação pela socioafetividade: “Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram”. ISHIDA, Válter Kenji. **Direito de família e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 233.

283 WELTER, Belmiro Pedro. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 6, n. 27, p. 40-51, jan. 2005. p. 46.

situação de fato, sem qualquer interferência do Poder Judiciário, em que alguém toma outrem para si, como filho, criando-o, educando-o, dando-lhe proteção e afeto, e ainda externando tal fato para a sociedade, recebendo o mesmo em troca, produzindo-se, nesse caso, verdadeiro estado de filiação socioafetiva.

Para Renata de Almeida e Walsir Rodrigues, todavia, a filiação socioafetiva, além da posse de estado de filho, requer a “unívoca intenção daquele que age como se genitor(a) fosse de se ver juridicamente instituído pai ou mãe”²⁸⁴, já que “nem todo aquele que trata alguém como se filho fosse quer torná-lo juridicamente seu filho”²⁸⁵.

Em sentido contrário, a pesquisa da antropóloga Cláudia Fonseca revela que existem vínculos de filiações socioafetivas que nunca foram e nunca serão formalizadas pelo Poder Judiciário. São situações fáticas em que inúmeros filhos socioafetivos permanecem à margem do reconhecimento perante o Direito, conforme relata a autora²⁸⁶

Fui trazida a este tema pela pesquisa que faço, em grupos populares brasileiros, sobre a circulação de crianças – uma prática familiar, velha de muitas gerações, em que crianças transitam entre as casas de avós, madrinhas, vizinhas, e 'pais verdadeiros'. Dessa forma, as crianças podem ter diversas 'mães' sem nunca passar por um tribunal. No decorrer da minha pesquisa com cerca de 120 famílias em dois bairros diferentes, estabeleci relatos sobre quase cem crianças que tinham 'circulado'; nunca soube de uma só criança *legalmente* adotada pela família com quem vivia.

O artigo 1593 do Código Civil reza que o parentesco é natural ou civil, resultante da consanguinidade ou *outra origem*. Significa dizer, por interpretação sistemática da norma, que a relação socioafetiva pode culminar em surgimento do parentesco civil de filiação. Nada mais justo. É com arrimo nesse entendimento que o Enunciado n. 103 da I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, prevê:²⁸⁷

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo assim, a noção de que há

284 ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 390.

285 ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010. loc. cit.

286 FONSECA, Claudia. **Caminhos da adoção**. São Paulo: Cortez, 1995. p. 9.

287 BRASIL. CENTRO DE ESTUDOS JUDICIARIOS. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados da I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em 17 jun. 2011.

também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado de filho.

No mesmo sentido, o Enunciado n. 256 da III Jornada de Direito Civil, em interpretação ao art. 1.593 do Código Civil, prevê que “a posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”²⁸⁸. O Enunciado 339, da IV Jornada, consigna que “a paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”²⁸⁹.

Não obstante a evolução dos conceitos, e reconhecimento da importância do vínculo socioafetivo, tal lógica não é implementada indiscriminadamente em todos os casos de filiação “de fato”. É o caso do filho de criação, em que pese ter convivido por toda sua existência em determinada família, que não cuidou da regularização jurídica da questão, não terá reconhecido seu direito sucessório. Tal situação afronta ao art. 227, § 6º, da Constituição, e art. 1.596, do Código Civil, que preveem expressamente a igualdade entre filhos biológicos e adotivos?

Para uma análise da questão, pertinente o estudo de Eduardo Kataoka no tocante à análise do tempo e da afetividade como elemento da *fattispecie* família. Segundo o autor, “a *fattispecie* de formação instantânea é aquela que se concentra temporalmente em um só momento” e a *fattispecie* de formação continuada se concretizaria ao longo do tempo²⁹⁰.

Nesse passo, a adoção judicial, como ato formal e solene, dependente de sentença com trânsito em julgado, seria uma *fattispecie* de formação instantânea. O vínculo de filiação estabelecido ao longo do tempo, por laços de socioafetividade, seria uma *fattispecie* de formação continuada, também merecedora de proteção e reconhecimento jurídicos.

288 BRASIL. CENTRO DE ESTUDOS JUDICIARIOS. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados da III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em 17 jun. 2011.

289 BRASIL. CENTRO DE ESTUDOS JUDICIARIOS. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados da IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em 17 jun. 2011.

290 KATAOKA, Eduardo Takemi. O tempo da família: notas sobre o tempo como elementos da *fattispecie* família. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 321-324.

Tânia da Silva Pereira chega a afirmar que “os laços de afetividade passaram as ser mais importantes que os vínculos biológicos”²⁹¹, ao comentar uma decisão do STJ (Resp 1.106.637-SP) em que se reconheceu o direito do padrasto pleitear a adoção de sua enteada em desfavor do pai biológico.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, também chamado de “Tribunal da Cidadania”, reconhece, de forma explícita nos seus julgamentos, a socioafetividade como elemento formador do vínculo de filiação. Cite-se o Recurso Especial n. 709.608/MS, da relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, que afastou a pretensão, em ação negativa de paternidade, de desconstituição do vínculo familiar criado.

No caso em tela, L.V.A.A., mediante escritura pública, reconheceu a paternidade de seu filho socioafetivo, dando ensejo ao registro de nascimento. Após o falecimento de L.V.A.A., o filho socioafetivo se habilitou no inventário do *de cujos*, motivando sua irmã socioafetiva e filha biológica do autor da herança a ingressar com a ação de negativa de paternidade, visando anular o registro de nascimento sob a alegação de falsidade ideológica.

A sentença de primeiro grau e o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul entenderam ter, de fato, havido falsa declaração, registrando que a legislação proíbe que se registre filho de outrem como seu. Destarte, a sentença de origem, confirmada pelo TJ/MS, declarou: “De fato, hoje a Constituição equiparou filhos legítimos e ilegítimos. Todavia, no caso em testilha, não se trata de filho, como confessado pelo recorrente e ratificado por todas as testemunhas, vez que o recorrente não é filho do *de cujos*.”²⁹²

Reconhecendo a paternidade socioafetiva estabelecida, e ainda com a filiação registral procedida pelo falecido, o STJ julgou improcedente a ação negativa de paternidade cumulada com nulidade de registro de nascimento, tudo em conformidade com “as recentes reformas do direito contemporâneo”²⁹³.

291 PEREIRA, Tânia da Silva. O “cuidado” chega ao STJ. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2011. v. 19. dez/jan. 2011. p. 117.

292 Trecho reproduzido no Recurso Especial em comento. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 709.608 – Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento em 5 de novembro de 2009. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Brasília, DF, 23 nov. 2009.

293 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 709.608 – Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento em 5 de novembro de 2009. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Brasília, DF, 23 nov. 2009.

Oportunas as palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo, para quem a “paternidade é muito mais que prover alimentos ou causa de partilha de bens hereditários; envolve a constituição de valores e da singularidade da pessoa e da sua dignidade humana”²⁹⁴.

Belmiro Welter, utilizando-se desses argumentos e fundamentando-se na igualdade de filiação, defende a desnecessidade do processo de adoção judicial, que poderia ser substituído pelo reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade perante o cartório de registro civil ou por ação de “investigação de paternidade afetiva”²⁹⁵.

Se, por um lado, a implementação das propostas esposadas beira a subversão da ordem jurídica, de outra banda, parece razoável o reconhecimento do vínculo de filiação advindo das relações socioafetivas consolidadas pelo tempo, ainda que a intenção de pais ou filhos socioafetivos não tenham sido externadas no âmbito judiciário (vale dizer: mesmo que não tenha havido ação de adoção judicial), podendo esse vínculo ser reconhecido a qualquer tempo, para a defesa dos direitos de todos os envolvidos.

3.3 Adoção Judicial Brasileira, Adoção *intuitu personae* e Adoção Aberta

Conforme demonstrado anteriormente, a adoção judicial brasileira é atualmente o modelo escolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro para construção do vínculo de filiação socioafetiva, não se admitindo, em regra, a adoção *intuitu personae* e a adoção aberta. Todavia, insta questionar se tais modalidades estão em conformidade ou ferem os princípios constitucionalmente consagrados nas questões afetas à família e à infância e juventude, sobretudo ante o reconhecimento do valor jurídico do afeto.

Pode-se dizer que, nos Estados Unidos, a adoção *intuitu personae* (adoção direcionada ou preparada) é causa ou momento anterior da adoção aberta, tendo em vista que na primeira modalidade os genitores escolhem e entregam a criança à família adotante, e na segunda, além

294 LÔBO, Paulo Luiz Netto. A paternidade socioafetiva e a verdade real. **Revista CEJ**, Brasília, n. 34, p. 11-14, jul./set. 2006. p. 16.

295 WELTER, Belmiro Pedro. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 6, n. 27, p. 40-51, jan. 2005. p. 63.

da escolha são previstos e combinados intercâmbios de informações e contatos entre ambas as famílias, antes e/ou após conclusão do processo judicial de adoção.

A diferença substancial da experiência norte-americana para a realidade brasileira, no que diz respeito à escolha da família adotante pela família biológica, reside na participação do poder público, sobretudo na interferência do Poder Judiciário. Enquanto lá tudo é supervisionado por agências de adoção e advogados, passando pelas cortes e tribunais, por aqui a prática é geralmente feita à margem do controle estatal.

Segundo o *U.S. Department of Health and Human Services – Child Welfare Information Gateway*, a adoção aberta tem sempre como objetivo o superior interesse da criança, tendo em vista a possibilidade de minimizar, para o adotado, o sentimento de perda das relações afetivas, a possibilidade de manter o contato do adotado com pessoas importantes em sua vida e permitir com que a criança consiga tratar da adoção com verdade, ao invés de viver mitos ou fantasias que possam ser criadas quando o adotado não possui nenhuma informação sobre sua família de origem²⁹⁶. Esclarecem, todavia, que a opção não é para todos e cada família deverá se orientar acerca dos prós e contras da escolha.

O órgão do governo norte-americano adverte, contudo, que a adoção aberta ainda é fonte de controvérsias e debates, mas afirma que pesquisas indicam mais benefícios que malefícios, já que: na adoção aberta as partes não se confundem sobre os seus direitos e responsabilidades parentais; os pais biológicos não tentam “recuperar” seus filhos; os adotados entendem os diferentes papéis desempenhados pelos pais naturais e pelos pais adotivos; não influencia a autoestima do adotado negativamente; além de minimizar o sentimento de perda da mãe biológica em comparação à adoção fechada (confidencial)²⁹⁷.

No Brasil, a coordenadora do Serviço Social no Serviço Psicossocial Vocacional do Tribunal de Justiça de São Paulo, Dalva Azevedo Gueiros, apurou que a adoção consentida é buscada pelos genitores, em sua maioria, não por abandono ou descaso. Ao contrário, a

296 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES*. Child Welfare Information Gateway. **What is open adoption?** Disponível em: <http://www.childwelfare.gov/pubs/f_openadopt.pdf>. Acesso em 17 maio 2011.

297 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES*. Child Welfare Information Gateway. **Openness in adoption.** Disponível em: <http://www.childwelfare.gov/pubs/f_openadoptbulletin.cfm>. Acesso em 17 maio 2011.

família biológica procura uma forma de garantir com que a criança tenha melhor educação, seja melhor criada²⁹⁸. A autora, após intensa pesquisa de campo, defende a importância de políticas públicas de proteção à família e registra²⁹⁹

Para as situações excepcionais, nas quais a adoção emerge como a alternativa mais segura de proteção à criança, é fundamental, então, que se realize da forma menos traumática possível para todos os envolvidos, e os processos de adoção aberta, pelo que vimos, tendem a ser, nesse aspecto, mais satisfatórios.

Importante registrar que a pesquisadora, e também assistente social atuante no serviço social de Varas da Infância e Juventude há mais de dez anos³⁰⁰, verificou que a adoção aberta ou consentida não tem sido objeto de dedicação ou discussões pelo meio acadêmico, em que pese tal modalidade de adoção ocorrer regular e significativamente, segundo seus estudos.³⁰¹

De fato, o meio acadêmico do Direito pouco tem debatido tal problema. As poucas vozes que se fazem ouvir defendem a impossibilidade do direcionamento do adotando pela família de origem à família adotiva. Murillo Digiácomo defende a “impossibilidade jurídica da adoção *intuitu personae*”, afirmando que a adoção direcionada³⁰²

[...] além de subverter toda sistemática instituída para a efetivação dos vínculos parentais por intermédio do instituto da adoção, transforma a criança (invariavelmente recém nascida ou de tenra idade), em mero “objeto de livre disposição” de seus pais, afrontando assim, como visto, tanto os *princípios* que norteiam o moderno Direito da Criança e do Adolescente, como o próprio *princípio da dignidade da pessoa humana*, insculpido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal como um dos *fundamentos* da República Federativa do Brasil, que como tal não pode ser violado por qualquer dos Poderes instituídos. (Destaques do autor).

Argumenta o autor que a escolha dos adotantes é prerrogativa exclusiva da Vara da

298 GUEIROS, Dalva Azevedo. **Adoção consentida**: do desenraizamento social da família à prática de adoção aberta. São Paulo: Cortez, 2007. p. 259.

299 Ibid., p. 260.

300 CNPQ. **Plataforma Lattes**. Currículo do Sistema de Currículos Lattes. Disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/0468408759387265>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

301 GUEIROS, Dalva Azevedo. **Adoção consentida**: do desenraizamento social da família à prática de adoção aberta. São Paulo: Cortez, 2007. p. 264-265.

302 DIGIÁCOMO, Murillo José. **Da impossibilidade jurídica da “adoção *intuitu personae*” no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Lei nº 12.010/2009 e da Constituição Federal de 1988**. 28 maio 2010. Disponível em: <<http://www.mp.pr.gov.br/arquivos/File/AdocaoIntuituPersonaeImpossibilidadeJuridica0206.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2011. p. 3-4.

Infância e Juventude mediante a estrita observância das regras e princípios envolvidos ao tema e criteriosa análise da motivação, idoneidade e preparo dos pretendentes, não tendo o judiciário o papel de homologador de “atos de disposição do poder familiar”³⁰³.

De fato, o novo parágrafo 13 do art. 50 do ECA, trazido pela Lei 12.010/09, acerca das condições para adoção sem prévio cadastramento, leva a crer que a intenção do legislador foi afastar a possibilidade da adoção *intuitu personae*, sobretudo ao exigir tutela ou guarda legal de criança maior de três anos, e desde que não seja constatada má-fé, tráfico ou venda de crianças.

Art. 50. § 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

I - se tratar de pedido de adoção unilateral;

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

Interessante o legislador brasileiro, mediante a Lei 12.010/09, e inúmeros magistrados na análise do caso concreto, não reconhecerem ou aceitarem a adoção direcionada como forma legal de adoção no país. Isso porque as situações temidas que justificariam a proibição da adoção preparada – subtração de crianças, entrega de filho mediante pagamento, paga ou recompensa para obter criança, dentre outras – já são tipificadas como crime no ECA, assim como a “adoção à brasileira” é tipificada no Código Penal.

A questão central não parece ser apenas o fato dos pais biológicos escolherem os pais adotivos. Além da escolha, os pais naturais geralmente entregam diretamente a criança à família eleita, tudo à margem do controle do Estado, o que não acontece com as adoções com prévia habilitação, que tramitam nas Varas da Infância e Juventude.

A experiência norte-americana parece demonstrar inúmeros benefícios da escolha pelos pais biológicos dos pais adotivos e mais, do contato entre as famílias, como acontece

303 Ibid., p. 5.

com a adoção totalmente aberta. Benefícios são vivenciados não apenas pelos genitores e adotantes, mas em maior grau pelos adotados.

Destarte, não figura absolutamente legítimo o argumento de que o Estado, através do Poder Judiciário, tenha melhores e totais condições para, *com exclusividade*, escolher os pais adotivos, sem qualquer interferência dos pais biológicos, ainda que estes prestem consentimento à medida, e por isso a adoção *intuitu personae* deva ser totalmente afastada. Sobre o consentimento dado pelos genitores, Murillo Digiácomo é enfático³⁰⁴:

Como visto anteriormente, a possibilidade jurídica do *consentimento* dos pais com a adoção de seus filhos, *de maneira alguma* os autoriza a “escolher” a pessoa ou casal adotante, ficando tal tarefa *unicamente* a cargo da Justiça da Infância e da Juventude, observadas todas as *cautelas e critérios* para tanto estabelecidos pela Lei nº 8.069/90. (Destaques do autor).

Françoise Dolto, psicanalista que se dedicou à escuta de crianças acolhidas institucionalmente, entendia ser a adoção direcionada a melhor modalidade do instituto, para sucesso na relação de *todos* os envolvidos. Para a autora, a genitora da criança deveria escolher a família adotiva, o que proporcionaria tranquilidade de todos e crescimento saudável da criança³⁰⁵:

Todas as adoções deveriam se dar assim: a criança doada pela mãe, com o tempo e a possibilidade de conversar com ela e lhe dizer: 'Eu te confio a este senhor e a esta senhora, que serão teu pai e tua mãe'. Este ato é simbolicamente justo e verdadeiro, pois a criança entende que sua mãe a confia a seus pais e que ela é imediatamente registrada no nome deles. [...]. Esse modo de adoção, atualmente clandestino e ilegal, seria o mais humano. A adoção é um ato privado, íntimo. Uma mãe gestante que não tem a possibilidade de criar seu filho, se ela o ama por ele mesmo, deve ser ajudada a confiá-lo a um casal que, desde o primeiro dia, está decidido a criá-lo: essas pessoas ficarão reconhecidas à mãe gestante pela alegria que lhes dá confiando-lhes seu filho.

Importante registrar que a Convenção de Haia, em Matéria de Adoção Internacional, Decreto 3.087/99, não recomenda contato entre os futuros pais adotivos e os pais biológicos

304 DIGIÁCOMO, Murillo José. **Da impossibilidade jurídica da “adoção intuitu personae” no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Lei nº 12.010/2009 e da Constituição Federal de 1988**. 28 maio 2010. Disponível em: <<http://www.mp.pr.gov.br/arquivos/File/AdocaoIntuituPersonaeImpossibilidadeJuridica0206.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2011. p. 14.

305 DOLTO, Françoise. **Destinos de crianças: adoção, famílias de acolhimento, trabalho social**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 85.

do adotando antes que os pretendentes encontrem-se habilitados e aptos a adotar, dentre outros requisitos, salvo se a adoção for efetuada entre membros de uma mesma família ou em que as condições determinadas pela autoridade competente do Estado de origem sejam cumpridas (artigo 29).

Por uma interpretação sistemática do comando normativo, não se conclui que esteja afastada completamente a escolha dos adotantes por parte dos genitores da criança, mas que tal fato deva ser acompanhado e assistido pelas autoridades competentes. Vale dizer: não é possível afirmar categoricamente que a adoção *intuitu personae* está vedada pelo ordenamento jurídico vigente, desde que seja realizada nos moldes previstos pela norma infanto-juvenil. Não há, no ECA, vedação expressa ao fato de os pais biológicos escolherem a família adotante, desde que esta se habilite e cumpra todos os demais requisitos previstos na norma.

Conforme já exposto na análise e estudo do Cadastro Nacional de Adoção, a ordem de preferência não é (ou não deveria ser) critério absoluto, mas de observância pelo magistrado que tenha conhecimento do caso concreto, tendo assim condições de verificar a possibilidade de observância da cronologia do cadastro ou não. Por outro lado, a obrigatoriedade de inscrição no CNA e a constitucionalidade dessa exigência será abordada em tópico próprio.

A aceitação da adoção direcionada, com a participação do judiciário, poderia abrir caminhos para uma evolução do instituto no Brasil, para se vislumbrar, inclusive, a possibilidade da implementação da adoção aberta no país³⁰⁶.

3.4 Adoção no Brasil à Luz do Neoconstitucionalismo

A contemporaneidade é marcada por novos arranjos familiares. A multiparentalidade é realidade e fato jurídico contemporâneo³⁰⁷. A nova perspectiva constitucional provocou uma

306 Uma advertência final: a adoção *intuitu personae* e a adoção aberta não são cabíveis quando se tratar de crianças ou adolescentes aptos à adoção por necessidade de destituição do poder familiar de seus genitores. Nesses casos, devem ser afastados dos pais biológicos por motivo de segurança, não sendo crível que os genitores bem escolheriam os adotantes e não sendo recomendável que mantivessem contato com seus filhos biológicos após a adoção.

307 “Defendemos a multiparentalidade como alternativa de tutela jurídica para um fenômeno já existente em

releitura dos conceitos civilistas. O neoconstitucionalismo, no que diz respeito ao direito das famílias, forçou o reconhecimento dos mais diferentes modos de constituição familiar, trazendo relevo ao afeto que une os vínculos interpessoais.

No que pertine ao direito da infância e juventude, a nova abordagem constitucional colocou a criança e o adolescente como sujeito de direitos, merecedores de todas as atenções e cuidados, não mais considerados “menores” coisificados. O princípio do superior interesse da criança e do adolescente aliado ao reconhecimento crescente do valor jurídico do afeto tem provocado a vivência de novos paradigmas e tem solicitado um novo trabalho do operador do direito.

Na perspectiva constitucional, insta verificar se o atual modelo de adoção judicial, como forma de criação de vínculo de filiação, atende aos interesses de crianças e adolescentes e realiza os comandos intrínsecos nos princípios constitucionais irradiados ao direito infraconstitucional. Nesse passo, a interpretação de determinados comandos normativos trazidos pela Lei n. 12.010/09 deve ser sistemática, sobretudo para a análise da constitucionalidade desses dispositivos, conforme se depreende das palavras de Eros Roberto Grau³⁰⁸:

A interpretação do direito é interpretação *do direito*, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos *do direito*. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum. (Destaques do autor).

Gustavo Tepedino registra “a mudança da ótica valorativa constitucional” no que diz

nossa sociedade: a cumulação de funções relativas ao exercício da autoridade parental. A nosso sentir, a multiparentalidade garante aos filhos – menores, durante o exercício do poder familiar, e maiores na contínua formação das referências parentais, ainda possível durante toda a vida – que, na prática, convivem com múltiplas figuras parentais a tutela jurídica de todos os efeitos que emanam tanto da vinculação biológica como da socioafetiva, que, como demonstrado, não são necessariamente excludentes”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como fenômeno jurídico contemporâneo. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2010. v. 14. fev./mar. 2010. p. 96 et seq.

308 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 44.

respeito à entidade familiar no Brasil, já que, segundo o autor, “a comunidade familiar [...] não é protegida como instituição valorada em si mesma, senão como instrumento de realização da pessoa humana.”³⁰⁹

Nesse diapasão, e após o estudo do movimento de constitucionalização do Direito no Brasil, urge analisar alguns dispositivos trazidos pela Lei n. 12.010/09 acerca da sua constitucionalidade e possibilidade de permanência no ordenamento jurídico vigente, tudo em conformidade com os princípios garantidos à criança e ao adolescente.

Conforme consigna Gilmar Ferreira Mendes, o exame da constitucionalidade de determinada regra deve pressupor critérios de verificação, além da formalidade da produção normativa, como a análise do direito fundamental envolvido, o modo de intervenção da lei no âmbito de proteção do direito fundamental, a compatibilidade do texto normativo e os parâmetros e princípios Constitucionais, dentre outros critérios.³¹⁰

Portanto, os dispositivos normativos citados a seguir serão analisados considerando-se as finalidades dos princípios constitucionais na busca pela efetivação de determinados valores como dignidade da pessoa humana, superior interesse da criança e do adolescente, justiça, segurança, paz, fraternidade, bem comum e todos os demais princípios de hermenêutica constitucional³¹¹.

3.4.1 Análise da constitucionalidade do art. 8º, § 5º e art. 13, parágrafo único, do ECA: entrega de filhos à adoção

O primeiro dispositivo analisado trata do direito à saúde da gestante, mas que se relaciona diretamente com o instituto estudado neste trabalho, posto que prevê o atendimento e assistência à genitora que pretenda entregar seu filho à adoção. Todavia, o dispositivo legal

309 TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 356.

310 MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 108.

311 GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 45-46.

não deixa transparecer se essa assistência tem como escopo apenas garantir a entrega adequada da criança à Vara da Infância e Juventude, ou se esse apoio tem como finalidade dissuadir a mãe de seu intento.

O segundo dispositivo analisado, por sua vez, prevê o encaminhamento obrigatório dessa gestante, que pretende doar sua prole, à Vara da Infância e Juventude, para que esta possa proceder e acompanhar a adoção do infante. A grande questão está na “disponibilidade” ou não, por parte dos genitores, de sua prole. Para Renata de Almeida e Walsir Rodrigues:³¹²

A adoção por concessão parental é bastante discutível. Afinal, sugere a disposição unilateral de uma relação tipicamente bilateral. Como a adoção tem o condão de desfazer a filiação anterior, a concordância dos pais não só equivale à renúncia ao seu direito de ser mãe e pai – o que por si só já é questionável –, mas à abdicação do direito do filho de assim os ter.

Murillo Digiácomo afirma que “crianças não são 'propriedade' de seus pais e não deve ser a estes reconhecido o 'direito' de entregar seus filhos aos cuidados de terceiros, abrindo mão dos *deveres* inerentes ao poder familiar, que são *indelegáveis e irrenunciáveis*”³¹³. (Destaques do autor).

Por outro lado, a interpretação conjunta e sistemática desses comandos legais, em conformidade com os princípios afetos à infância e juventude, parece demonstrar que a possibilidade de doação de filho biológico é admitido pelo ordenamento jurídico. “Não se trata de restaurar a antiga *roda dos expostos* [...]. Trata-se, do que a doutrina tem denominado de *direito ao parto anônimo*, que propicia à mulher não assumir a maternidade do filho que gerou, para permitir o acolhimento pelo Estado”^{314;315}.

Caetano Lagrasta Neto chega a afirmar que *a roda* na atualidade “seria mesmo uma garantia de vida para milhares de crianças diariamente abandonadas ou assassinadas”³¹⁶ em

312 ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Direito civil: famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 395.

313 DIGIÁCOMO, Murillo. Da adoção: art. 50, § 13, III. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 238.

314 ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 128.

315 Sobre o parto anônimo, Cf. MOLINARI, Fernanda. **Parto anônimo**: uma origem na obscuridade frente aos direitos fundamentais da criança. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

316 NETO, Caetano Lagrasta. Aborto, parto anônimo e razões legislativas. In: NETO, Caetano Lagrasta;

razão da ineficiência do ECA em afastar tais condutas.

Ênio Zuliani entende que “bebês não são mercadorias e não se permite que qualquer pessoa decida pela sorte deles quando as parturientes estão confusas”³¹⁷, apenas estando autorizado o judiciário a atuar nos temas ligados à adoção. Por outro lado, o mesmo autor admite a possibilidade de atos preparatórios da adoção do nascituro, ainda no período gestacional: “Nada obsta e soa como recomendável que se dê oportunidade para que os pais escolhidos (cadastrados) acompanhem o pré-natal e o parto, o que constitui importante marco referencial para o futuro dos personagens”³¹⁸.

Não se ignora as graves omissões ou atos atentatórios contra nascituros provocados pelos genitores e que devem ser coibidas pelo direito, ou, nas palavras de Jadir Cirqueira, “o abandono material e moral, a omissão ou a negligência dos pais, da sociedade e do Estado são as primeiras formas de lesão e/ou violação dos iniciais direitos de qualquer recém-nascido”³¹⁹.

De acordo com a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro de proteção à criança e ao adolescente, não se pode entender legítima a prática do parto anônimo, sobretudo em razão do novel art. 48 do ECA, o qual garante ao adotado o direito de conhecimento de sua origem biológica. Todavia, parece adequado garantir à gestante o direito de entregar seu filho à adoção mediante assistência psicológica e jurídica, mediante não anonimato, mas sigilo, em proteção ao próprio nascituro.

A postura do sistema de acolhimento da gestante, seja no hospital, seja no Conselho Tutelar, seja na Vara da Infância e Juventude, não deve ser de repreensão ou dissuasão a qualquer custo da escolha pela entrega da prole, posto que tais atitudes contribuem para que as parturientes insistam em jogar seus filhos na lata do lixo.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**. São Paulo: Atlas, 2011. (p. 303-310). p. 304.

317 ZULIANI, Ênio Santarelli. Adoção no ordenamento jurídico atual. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coord.). **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011. (p. 239-265). p. 240.

318 ZULIANI, Ênio Santarelli. Adoção no ordenamento jurídico atual. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coord.). **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011. (p. 239-265). p. 256.

319 SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A efetividade dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Editora Pillares, 2008. p. 75.

Certamente, a postura esperada deve ser, conforme afirma Munir Cury, é “prevenir atos impulsivos ou imaturos, mas permitindo que, se eventualmente venha a ocorrer a adoção, o seja de forma equilibrada, lúcida, serena e segura”³²⁰.

Se, ao contrário, a gestante, ciente da total impossibilidade de criar e educar seu filho, tiver a garantia que sua escolha pela entrega da criança será respeitada, com a assistência prometida pelo ECA, com o conhecimento de que tal ato não configura crime ou ilícito de qualquer natureza, provavelmente não se omitirá e procurará assistência. Trata-se, portanto, não de um direito da gestante, mas de uma medida de proteção ao nascituro reconhecida pelo ordenamento jurídico e que exige efetividade na sua aplicabilidade, devendo ser essa a interpretação constitucional mais adequada ao dispositivo.

3.4.2 Análise da constitucionalidade do art. 50, § 13, do ECA: necessidade de cadastro prévio para adoção

O dispositivo ora analisado trouxe restrição à adoção por pretendente não previamente cadastrado. Nos termos do § 13 do art. 50 do ECA, incluído pela Lei n. 12.010/09, se a adoção não for unilateral ou não for requerida por parente do adotando, apenas poderá adotar, sem prévio cadastro, aquele que detenha a tutela ou a guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, e desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e ainda não seja constatada a ocorrência de má-fé ou não se tratar de subtração de criança com o fim de colocação em lar substituto (art. 237, ECA) ou promessa ou efetiva entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa (art. 238, ECA).

A restrição trazida pela Lei da Adoção não se mostra compatível com os parâmetros traçados pela Lei Maior e afeta diretamente o direito fundamental de convivência familiar. Ademais, a exigência prevista pelo dispositivo analisado não atende ao princípio da

320 CURY, Munir. Dos direitos fundamentais: art. 8º, § 5º. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 63.

proporcionalidade, se mostrando restrição inadequada e desnecessária³²¹ para a tutela dos direitos de crianças e adolescentes.

Não raro, o respeito cego a tal comando legal poderá não se manifestar no melhor interesse da criança, bastando imaginar que já conviva com os adotantes, e assim firmados laços de afinidade e afetividade, e que os mesmos não possuam sua guarda legal, como prevê a citada regra. Murillo Digiácomo chega a afirmar³²²:

A prévia habilitação à adoção, desta forma, torna-se a *regra absoluta*, que somente poderá dispensada nas *hipóteses restritas* expressamente previstas pelo dispositivo. Por intermédio desse e de outros dispositivos [...] o legislador visa a *coibir* práticas ilegais, abusivas e mesmo criminosas como a “adoção *intuitu personae*”, a “adoção à brasileira”, e a entrega de filho com vista à adoção mediante paga ou promessa de recompensa.

Data maxima venia, certamente não há se falar em “regras absolutas” ou em “hipóteses restritas” quando se trata de problemas vivenciados por crianças e adolescentes, sobretudo nos novos contornos do Direito Civil Constitucional.

Em que pese o entendimento de que o cadastro de adoção seja “importante estratégia de controle da legalidade de transferência de menores para famílias que se encarregam de criá-los e educá-los”³²³, não foi esse a intenção do Conselho Nacional de Justiça, conforme exposto no capítulo anterior, na implementação do Cadastro Nacional de Adoção, parecendo ser o mesmo entendimento aplicável aos cadastros estaduais e municipais.

As manifestações, na oportunidade da implementação do CNA, foram no sentido de que o cadastro teria o escopo de promover o encontro entre adotantes e adotandos, outrossim, trazer um mapeamento claro e estatístico acerca dos procedimentos de adoção e não o impedimento absoluto de adoções diretas, que vão continuar acontecendo na realidade das famílias.

321 Critérios de análise de constitucionalidade de lei restritiva. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 108.

322 DIGIÁCOMO, Murillo. Da adoção: art. 50, § 13, *caput*. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 235.

323 ZULIANI, Ênio Santarelli. Adoção no ordenamento jurídico atual. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coord.). **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011. (p. 239-265). p. 2248-249.

Há autores que defendem uma “flexibilização jurisprudencial”³²⁴ do dispositivo. Segundo Antonio Cesar Fonseca, em casos de adoção *intuitu personae*, por exemplo, “a adoção não deve ser impedida antes de realizado um amplo estudo social, para que sejam perquiridas as reais intenções de todos os envolvidos”³²⁵.

Salvo melhor juízo, o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo parece a mais adequada técnica de hermenêutica na busca pela efetividade dos princípios e direitos envolvidos, conforme leciona Maria Berenice Dias³²⁶

Mais uma vez a responsabilidade é do Poder Judiciário de amoldar a lei à realidade da vida. Para isso basta os juízes terem a coragem de proclamar a inconstitucionalidade de um punhado de dispositivos legais [...]. Afinal é da Justiça o dever de fazer cumprir o dogma maior de um Estado que se diz democrático de direito e tem, como pedra fundamental, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Também para Tânia da Silva Pereira a guarda de fato consolidada no tempo deve garantir a permanência da criança na família, em nome do melhor interesse da criança.³²⁷

O Enunciado n. 334 da IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, consigna que “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”³²⁸.

A jurisprudência dominante entende que o critério para efetivação da adoção é que o instituto represente reais interesses para o adotando, em detrimento de quaisquer outros, prevalecendo o superior interesse da criança.³²⁹ Por outro lado, em alguns casos entende-se

324 ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 212.

325 FONSECA, Antonio Cesar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 177.

326 DIAS, Maria Berenice. Casar ou não casar? Dúvidas sobre questões sucessórias. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2011. v. 19. dez/jan. 2011. p. 40.

327 PEREIRA, Tânia da Silva. Adoção. In: MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família: processo, teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 152.

328 BRASIL. CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados da IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em 17 jun. 2011.

329 Nesse sentido: “ADOÇÃO - CRIANÇA - CADASTRO NACIONAL - INSCRIÇÃO - AUSÊNCIA - INTERESSE PROCESSUAL - CARACTERIZAÇÃO - VÍNCULO AFETIVO - INDÍCIOS - EXISTÊNCIA -

adequado o respeito às exigências legais desde que não formado o vínculo efetivo entre os adotantes não cadastrados e os adotandos.³³⁰

É patente que o excesso de formalismo deve ser afastado do processo de adoção, como forma de realização e materialização dos ditames constitucionais. Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli³³¹

A se prestigiar o formalismo em tal matéria, o que se continuará a ver será infelizmente o estiolamento do instituto da adoção, mantendo-se o atual estado de coisas: poucas adoções; muitos registros de nascimento atribuindo filiação falsa; muitos menores abandonados; muitas guardas de fato, de pessoas que não querem, nem podem se sujeitar às inúmeras exigências para obterem uma correta adoção, que faça o menor, que já têm como filho, realmente integrado e amparado na sua família.

Conforme se depreende dos ensinamentos de Norberto Bobbio, não se deve olvidar a importância da análise estrutural do ordenamento jurídico, todavia, o intérprete deve-se atentar para a função do direito, no sentido de que “hoje seria mais correto definir o direito, do ponto de vista funcional, como forma de controle e de *direção social*”.³³² (Destaque do autor). Nesse sentido, oportunas as palavras de Fernando Rodrigues Martins:

Com efeito, agora é possível compreender, como sabiamente explica a melhor filosofia: por detrás dos fenômenos sociais existentes estão as leis,

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”. MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 0061132-94.2010.8.13.0317. Belo Horizonte, MG, 26 de outubro de 2010. Diário do Judiciário Eletrônico, 19 nov. 2010. Disponível em: <<http://dje.tjmg.jus.br/diarioJudiciarioData.do>>. Acesso em 20 jun. 2011. No mesmo sentido: STJ, Recurso Especial n. 889852 / RS.

330 Nesse sentido: “*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*”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 0379508-73.2010.8.26.0000. São Paulo, SP, 31 de janeiro de 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4927338&vlCaptcha=eCQjH>>. Acesso em 20 jun. 2011.

331 MAZZILLI, Hugo Nigro. As várias formas de adoção. **Justitia**. São Paulo. v. 48. n. 133. p. 26-32. jan./mar. 1986. p. 32.

332 BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 79.

que, por sua vez, sofrem ação direta dos hermeneutas, os quais, por seu turno, acompanham as diretrizes principiológicas da teoria geral do direito, que, por fim, sofrem influência direta da filosofia, cujo papel é avaliar os valores imiscuídos nos fenômenos sociais, completando perfeitamente um círculo necessário à ciência jurídica.

Com arrimo nesses argumentos, é possível defender que a regra trazida pelo art. 50, § 13, sobretudo no inciso II, do ECA, quando prevê que somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente oriundo o pedido de quem detenha **a tutela ou a guarda legal de criança maior de 3 (três) anos**, manifesta-se inconstitucional ante ao princípio do superior interesse infanto-juvenil e em defesa de maior efetividade ao direito fundamental de convivência familiar.

Cumprе esclarecer que o questionamento ora esposado reside na necessidade do cadastro *prévio* para a adoção e as possibilidades de sua dispensa. Não se questiona aqui a importância da verificação, pelo juízo da infância e juventude, acerca da idoneidade dos adotantes. Ao contrário, todos os pretendentes, previamente cadastrados ou não devem ter sua idoneidade comprovada para realizar a adoção. Todavia, o que se procura analisar é a conduta de muitos operadores do direito que têm colocado o requisito do cadastramento *prévio* como condição imprescindível para a adoção, em atitude extremamente formalista e contrária aos interesses de crianças e adolescentes.

De fato, o operador do direito deve se atentar para a finalidade esposada pelo CNJ no ato de criação e implementação do Cadastro Nacional de Adoção, furtando-se da aplicação da norma com excesso de formalismo. Outrossim, na análise do caso concreto deverá analisar a constitucionalidade do art. 50, § 13, do ECA, especificamente no tocante à exigência do exercício da guarda legal para dispensa do cadastramento, admitindo sua incompatibilidade com os princípios constitucionais e infanto-juvenis aplicáveis à matéria.

3.4.3 Outros apontamentos

Outras análises devem ser feitas sobre o instituto da adoção e os novos contornos

exigidos pelo neoconstitucionalismo vivenciado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Além do reconhecimento das construções familiares pela socioafetividade, da análise da possibilidade da entrega do filho à adoção, e, da discussão acerca da constitucionalidade do dispositivo que prevê as possibilidades de dispensa de inclusão no Cadastro Nacional de Adoção, apenas rápidas pinceladas sobre outras questões merecem comentário para complementação do tema estudado.

Um primeiro aspecto que se faz menção diz respeito ao *reconhecimento da formação do vínculo de filiação pela socioafetividade*, sem qualquer reconhecimento pelo judiciário através da adoção, o qual pode trazer consequências importantes para o direito sucessório das partes envolvidas. Conclui-se que o vínculo de filiação advindo da adoção apenas se constitui por sentença judicial, mas não é a única forma, podendo-se constituir apenas pela situação fática de consolidação dos laços socioafetivos³³³. Vale dizer: o vínculo de filiação pode surgir por laços biológicos, pela adoção ou apenas pela relação socioafetiva pública e notória consolidada no tempo.

O operador do direito que se utilizar da hermenêutica constitucional para o reconhecimento desse vínculo de filiação socioafetiva, mesmo sem que se tenha promovido a ação de adoção competente, poderá ampliar o rol de herdeiros legitimados, conforme informa Ana Luiza Nevares³³⁴

Esta concepção deve ser irradiada para o Direito Sucessório. Este, portanto, ao tutelar a família instrumento, deverá ter na base de suas normas relativas à sucessão legal a *pessoa do sucessor*, pertencente àquela entidade familiar. [...]. É preciso, portanto, que a sucessão legítima tenha por fundamento as qualidades específicas do herdeiro e suas relações com o autor da herança no seio da convivência familiar.

Em que pese o reconhecimento da socioafetividade na formação do vínculo de filiação não ter interesse preponderantemente patrimonial, posto que o que se procura promover é a dignidade da pessoa humana, inegável que essa repercussão poderá advir, exigindo do intérprete posicionamento coerente e compatível com os princípios constitucionais e

333 No aspecto ora abordado, afasta-se a possibilidade da adoção à brasileira, também forma de filiação socioafetiva. WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 150.

334 NEVARES, Ana Luiza Maia. Fundamentos da sucessão legítima. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. (org). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II. p. 625.

infraconstitucionais envolvidos.

Outra nuance que merece destaque é a *atividade do magistrado no ato de julgar* processos de adoção e de destituição do poder familiar. Conforme exposto, a interpretação desse operador do direito interfere diretamente na prestação jurisdicional e na vida das crianças e adolescentes envolvidos nos processos analisados. Exige-se do magistrado, especialmente daquele lotado na Vara da Infância e Juventude, especial atenção para questões mais sutis, devendo o juiz despir-se de preconceitos e prejulgamentos, quando o assunto for a decisão sobre o destino de uma criança ou adolescente. Nas palavras da Ministra Nancy Andrighi³³⁵

É certo que no ato de sentenciar não há como fazer evadir todo o sentido crítico que são prescritos pela concepção individualista. E, considerando, no ato de aplicar a lei ao caso concreto pode o julgador colocar, diante de lacunas que devem ser preenchidas por interpretação pessoal, preconceitos e pré-compreensões sobre determinados assuntos, necessário se faz investir todo o potencial de esforço para que a parcela de fatores pessoais não venham nunca interferir e nem prevalecer no ato de julgar.

Certamente, não se espera que os juízes, sobrecarregados pelo trabalho, limitados pela deficiência de recursos materiais e humanos, pressionados pelas partes e pelas metas impostas pelo CNJ na razoável duração do processo, tenham desempenho brilhante e notável em cada processo.

“A cegueira ditante das capacidades institucionais dos intérpretes da Constituição pode gerar perspectivas hermenêuticas muito bonitas na teoria, mas que, quando aplicadas na prática, se revelem desastrosas para a própria concretização dos valores constitucionais”³³⁶, alerta Daniel Sarmento.

Todavia, deve o magistrado buscar critérios de racionalidade para a melhor decisão e prestação jurisdicional, devendo-se reconhecer que “a atividade decisória é condicionada por uma série de fatores extrajurídicos [...] que podem ser políticos, éticos, morais, econômicos

335 ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A minha pré-compreensão do ato de julgar**. 29 dez. 1997. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/578/Minha_Pr%c3%a9-Compreens%c3%a3o_Ato.pdf?sequence=4>. Acesso em: 03 maio 2011.

336 SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 219.

etc.”³³⁷, para além da formalidade instrumental do processo.

Ante o caso concreto, o juiz da infância e juventude tem o dever de “[...] buscar a justiça, ainda quando não a encontre na lei”³³⁸, mas sem se descurar da técnica argumentativa adequada, pautada nos parâmetros da racionalidade da decisão, fundamentando-a no sistema jurídico vigente, sobretudo a uma norma constitucional, cuidando para que a mesma decisão possa ser aplicada a casos equiparáveis (universalidade), não sendo casuística, e, por fim, que tenha em conta as consequências práticas dessa decisão³³⁹.

Nesse sentido, um outro aspecto complementar que se pretende discutir é a postura dos operadores do direito e demais atores atuantes no processo de adoção na *busca por soluções diferenciadas*, mais adequadas ao caso concreto. Cite-se como exemplo as propostas de Helena Orselli e Andressa Anastácio. As autoras, contrárias à possibilidade de escolha pelos adotantes das características psicofísicas dos adotandos, sugerem a supressão dessa faculdade no processo de adoção judicial:³⁴⁰

Com a conscientização do adotante e a eliminação da oportunidade de escolher o adotando por sua aparência física e capacidade mental, além de se respeitar a condição humana da criança e do adolescente, priorizam-se os laços de amor entre pais e filhos que não são baseados em modelos físicos ou mentais, mas formam-se a partir das relações cotidianas, da afinidade, dos gestos e dos sentimentos. Importante o pretendente compreender que a adoção não é só um ato jurídico, mas, precipuamente, um comprometimento, a satisfação do desejo de acolher um filho, acalentando aquele que anseia por uma família.

É sem sombra de dúvidas que o perfil da criança desejado pelos adotantes é motivo para que muitos que foram institucionalizados por lá permaneçam. Os pretendentes geralmente não querem adotar crianças com idade superior a três anos, ou que possuam

337 NOJIRI, Sergio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 197.

338 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (coord.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 14.

339 Id., Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-249.

340 ORSELLI, Helena de Azeredo; ANASTÁCIO, Andressa. A possibilidade de escolha das características do adotando no processo de adoção – análise a partir dos fundamentos constitucionais. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2010. v. 13. dez./jan. 2010. p. 41-43.

necessidades especiais e problemas de saúde, ou ainda grupos de irmãos³⁴¹.

Todavia, em que pese a boa intenção da proposta acima esposada, ainda não se pode pensar em impedir os adotantes na escolha do perfil da criança que pretendem adotar. Por outro lado, certamente que os debates jurídicos e filosóficos que envolvem essas questões devem ser promovidos cada vez mais, na busca pela solução desses problemas.

Outra proposta foi relatada por Guilherme de Oliveira, diretor do “Observatório Permanente da Adopção” do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sobre a legislação portuguesa que introduziu, naquele país, o apadrinhamento civil³⁴². Preocupados com a situação de crianças institucionalizadas, que não estão aptas à adoção, ou não são desejadas, os portugueses propõe a colocação do infante em ambiente familiar, sob a responsabilidade dos “padrinhos”, que irão acolher, educar e dar afeto a esta criança, exercendo o poder familiar, sem que sejam cortados os vínculos biológicos entre ela e seus pais.

Significa dizer que os atores envolvidos nessas questões relacionadas à adoção e à institucionalização de crianças e adolescentes devem, a todo momento, buscar a discussão por ideias inovadoras para solução dos problemas vivenciados, seja na Vara da Infância e Juventude, seja na instituição de acolhimento, seja no sistema de garantias dos direitos da criança e do adolescente. Algo não admitido deve ser a inércia dos operadores do direito e da sociedade em geral, quando se trata dessas questões.

Outro aspecto importante a ser levantado diz respeito à “*devolução*” de crianças que por vezes ocorre no processo de adoção. Em que pese poucos juristas se dedicarem ao tema, isso não é um reflexo da raridade do fenômeno. Antes fosse. Casos já foram noticiados e

341 Siro Darlan denuncia: “É notório a todos, que as crianças e adolescentes disponíveis à adoção são submetidas pelos pretendentes e futuros pais adotivos a uma prévia avaliação ‘padrão de qualidade’. As que possuem qualquer tipo de anomalia ou que não estejam dentro dos padrões de excelência do ‘ISO – kids’ (idade, sexo, cor e perfeita condição de saúde) estão sujeitas à rejeição, podendo ficar anos na fila aguardando por uma família substituta, e talvez, ainda, sejam condenadas a passarem a etapa mais importante de suas vidas confinadas em abrigos e sem destino certo”. OLIVEIRA, Siro Darlan de. **Nova lei de adoção e causos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 44.

342 OLIVEIRA, Guilherme de. Apadrinhamento civil: uma iniciativa portuguesa, com certeza. **Revista do Advogado**. São Paulo. v. 28. n. 101. p. 37-46. dez. 2008.

resultaram em ações civis indenizatórias e penais.³⁴³

Nesse aspecto, verifica-se a multiplicidade de agressões à criança, posto que foi uma vez abandonada pelos pais biológicos e também, posteriormente, pelos adotantes. Urge que os operadores do direito se debrucem sobre esse gravíssimo problema, seja na denúncia de sua ocorrência, seja na aplicação de todos os recursos jurídicos cabíveis para prevenir e responsabilizar aqueles que praticarem tal ato.

Diretamente relacionado a esse problema está a *atividade da equipe multidisciplinar* que atua, ou deveria atuar, na Vara da Infância e Juventude. Um estudo social que não dê a atenção necessária ao caso pode contribuir para inúmeras formas de afronta aos direitos de crianças e adolescentes. Ressalte-se que magistrados e representantes do Ministério Público confiam sobremaneira no trabalho e parecer dos profissionais que lhe dão suporte técnico, percebendo-se a importância dessa atividade. Por isso, a abordagem dos trabalhos e estudos da temática da adoção deve se proceder na metodologia da interdisciplinaridade.

Segundo Gustin e Dias, o enfoque metodológico deve deixar de ser monológico para haver cooperação teórica entre campos do conhecimento antes distanciados, passando para além da cooperação rumo à coordenação de disciplinas conexas, culminando com uma teoria jurídica a partir de campos do conhecimento antes compreendidos como autônomos, com o objetivo de trazer uma visão mais ampla do objeto estudado³⁴⁴:

A problematização da realidade jurídica brasileira, por nossos pesquisadores, deve representar um movimento objetivo em favor da coordenação de disciplinas conexas ao campo jurídico na produção de teorias estruturadas a partir de uma linguagem comum e segundo marcos teóricos convergentes. [...]. O enfoque metodológico deixa de ser monológico e, no primeiro momento, assume uma vertente da multidisciplinaridade. [...]. Passa-se, daí, não mais, somente, para a cooperação, mas para a coordenação de disciplinas conexas ou para a interdisciplinaridade. [...]. Com isso, novas possibilidades de conhecimento seriam permitidas e uma noção mais adequada da complexidade jurídica poderia surgir de estudos objetivos,

343 COSTA, Epaminondas da. **Estágio de convivência, “devolução” imotivada em processo de adoção de criança e de adolescente e reparação por dano moral e/ou material**. Tese aprovada no XVIII Congresso da CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, no mês de novembro de 2009, em Florianópolis-SC. Disponível em: <www.ammp.org.br/smmaster/inst/artigo/Artigo-18.doc>. Acesso em 10 maio 2011. p. 1-2.

344 GUSTIN, M. B.; DIAS, M. T. F. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 08-10.

conduzidos segundo parâmetros mais criativos das novas orientações científicas.

Nesse diapasão, sobretudo ante a crise por que passa o sistema judiciário brasileiro, atolado em processos e lides intermináveis, maior atenção possível deve ser dispensada à equipe técnica, seja no labor diário, seja na integração das áreas do conhecimento na busca por soluções mais adequadas. Hoje se reconhece a mediação interdisciplinar como forma de solução de conflitos no direito de família e no direito da infância e da juventude, ou seja, a atuação de diferentes profissionais na prevenção e solução dos conflitos.³⁴⁵

As ações de proteção à criança e ao adolescente devem ser efetivadas de forma interdisciplinar e interinstitucional³⁴⁶, em conformidade com os artigos 86 e seguintes do ECA, o qual prevê que a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente deverá se realizar através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, em todas as esferas federativas. Sem sombra de dúvidas, deve haver uma coordenação e cooperação na atuação dos diversos profissionais envolvidos e cada ciência a que se dedicam (Psicologia, Serviço Social, Direito, Antropologia, Pedagogia) para a defesa dos direitos infanto-juvenis.

Imprescindível registrar a importância da atuação dos *grupos de apoio à adoção* na promoção dos direitos de crianças e adolescentes institucionalizados. Algumas Varas da Infância e Juventude do país podem contar com a contribuição dos valiosos préstimos de grupos de pessoas, com personalidade jurídica ou não, que se dedicam ao atendimento de pretendentes à adoção, ao combate à institucionalização, à promoção da adoção de crianças não desejadas, à reintegração de crianças e adolescentes retiradas das famílias de origem, enfim, nas diversas questões envolvidas no instituto ora estudado. Nas palavras de Sávio Bittencourt³⁴⁷

345 ROSA, Conrado Paulino da. A mediação como proposta de política pública no tratamento dos conflitos familiares. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2010. v. 15. abr./maio 2010. p. 87 et. seq.

346 AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A criança no novo direito de família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.(p. 279-295). p. 293.

347 BITTENCOURT, Sávio. **A nova lei de adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 28.

A sociedade civil organizada pode dar uma contribuição efetiva na luta pela garantia do direito ao direito [sic] fundamental de viver em família. Para este fim existem os Grupos de Apoio à Adoção, que preconizam as adoções legais, a devida preparação do adotante, a ampliação do perfil da criança desejada (para incluir as crianças disponíveis) e a reintegração à família de origem, quando possível e conveniente para a criança.

Com arrimo nesses argumentos, verifica-se o imenso potencial inexplorado nas diversas universidades brasileiras. Isso porque grande parte delas possui faculdades de Direito, de Psicologia, de Estudo Social, dentre outros cursos, sem que se tenha notícia da existência de qualquer projeto de extensão no sentido da criação de um Grupo de Apoio à Adoção Acadêmico. Seria uma excelente oportunidade para que acadêmicos desses cursos pudessem pôr em prática as lições teóricas aprendidas, e ainda, levar à sociedade grandes contribuições na área da adoção e na promoção familiar.

Cumpre ainda mencionar a importância da *análise da motivação para adoção*, por parte dos pretendentes. De fato, inescusável verificar que a adoção, praticada em consonância ao neoconstitucionalismo, criadora do vínculo de filiação é forma de expressão do amor e do afeto, por ser um ato de escolha, de ação positiva (não passiva, não omissiva). Certamente o desejo pela adoção não deve se basear em questões apenas de solidariedade ou de infertilidade dos adotantes, mas sobretudo no amor que possuem e desejam transmitir ao futuro filho. Sávio Bittencourt chega a afirmar que “o pai biológico, para ser dignamente chamado de pai, deve adotar seu filho todos os dias, através do cuidado amoroso e constante”³⁴⁸.

Por fim, necessário registrar que, para a efetivação do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes, deve-se sempre analisar a *viabilidade da reintegração da criança ou adolescente institucionalizado à família biológica/família extensa* e o *combate ao abandono*. As Varas da Infância e Juventude em conjunto a todo o sistema de garantias dos direitos infanto-juvenis, seja em âmbito municipal, estadual ou federal, devem ter como meta de trabalho o adequado atendimento às famílias sem descuidar das atividades desempenhadas pelas instituições de acolhimento.

Siro Dalan de Oliveira relata o trabalho da 1ª Vara da Infância e Juventude do Rio de

348 BITTENCOURT, Sávio. **A nova lei de adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. xvi.

Janeiro, tendo diagnosticado que “ao mesmo tempo em que se tem piedade das crianças em situação irregular, cobra-se como solução a transferência dessas crianças e adolescentes para os abrigos destinados a carentes”³⁴⁹. O jurista relata que as maiores causas de abrigamento não estão relacionadas exclusivamente com graves situações de risco, mas principalmente por hipossuficiência financeira das famílias.

Desta feita, urge dar efetividade ao disposto no art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê expressamente que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para perda ou suspensão do poder familiar, devendo a família que necessitar ser incluída em programas oficiais de auxílio. Cumpre à sociedade e ao Poder Judiciário fazerem valer esse dispositivo legal em sua máxima medida, ante a responsabilidade primária e solidária do poder público na plena efetivação dos direitos da criança e do adolescente (art. 100, III, ECA).

Por outro lado, a insistência de reintegração da criança na família de origem, a qualquer custo, deve ser cuidadosamente avaliada, assim como a leitura do art. 39, § 1º, do ECA, o qual prevê que a adoção é medida excepcional, a qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção do infante ou adolescente na família natural ou extensa, deve ser relativizada, posto que em grande parte dos casos a adoção se manifesta a única e principal medida de proteção³⁵⁰.

Um último aspecto a ser tratado se refere ao total e completo descaso do poder público, em quaisquer esferas e poderes, no tocante à ***promoção e efetivação do acolhimento familiar em detrimento ao acolhimento institucional***. Conforme informado em seções anteriores, o art. 34 do ECA reza expressamente:

Art. 34. 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.

349 OLIVEIRA, Siro Darlan de. **Nova lei de adoção e causos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 6.

350 Segundo Luciano Rossato e Paulo Lépoire “isso não quer dizer que a adoção seja ruim, ou que ela não vá atingir os objetivos do Estatuto. O que há é simplesmente uma opção do Sistema de Garantia, sempre com o condão de propiciar a manutenção do regular desenvolvimento da criança ou adolescente, haja vista o fato de o processo de adoção se tornar, muitas vezes, desgastante para o adotando”. ROSSATO, Luciano Alves; LÉPOIRE, Paulo Eduardo. **Comentários à lei nacional da adoção**: Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009 e outras disposições legais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 47.

§ 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. (Destaque nosso).

A despeito da clareza do dispositivo, pouquíssimos municípios brasileiros, até o presente momento, implementaram programas eficazes de acolhimento familiar, permanecendo a cultura do abrigamento institucional. Interesses econômicos à parte, a manutenção da criança no calor de uma família, ainda que de forma provisória, é imensamente preferível à frieza de uma instituição, por melhor estruturada que esta se apresente. Urge a cobrança do poder público na promoção e implementação desses programas, inclusive com destinação orçamentária para tal, como forma de cumprimento à legislação constitucional e infraconstitucional dos direitos da infância e juventude.

Inúmeras outras questões poderiam ser abordadas posto que relevantes em algum aspecto para o estudo do instituto da adoção e seus reflexos, como a legalidade do aborto, a viabilidade do parto anônimo, das diversas situações de risco vivenciadas por crianças e adolescentes, e tantos outros problemas relacionados direta ou indiretamente com o abandono infanto-juvenil³⁵¹. Conforme registra Renata de Lima Rodrigues³⁵²

Não é leviano, tampouco representa uma nossa postura liberal, dizer que todo o discurso de proteção integral à criança e ao adolescente pode desembocar em pura retórica, se perdermos de vista a realidade social brasileira. Afinal, consiste na aplicação de uma teoria protetiva extremamente avançada em um país subdesenvolvido, no qual quase todos os cidadãos – e não somente crianças e adolescentes – apresentam algum tipo de vulnerabilidade e têm, portanto, dificuldades no acesso e na concreção de seus direitos fundamentais.

Todavia, a abordagem desses temas, com a minudência necessária, revela-se impossível ante o trabalho proposto. Ademais, não se espera com esta pesquisa o esgotamento

351 Sávio Bittencourt alerta para o que chama de teoria do antecedente fundamental: “*O estimado leitor já teve a oportunidade de ouvir essa colocação: ‘antes de falarmos em adoção temos que exigir as políticas públicas para proteger a família, já que se não fosse a pobreza, não haveria abandono’.* Essa é a típica tentativa de se inviabilizar a discussão de uma solução (*‘não se pode falar.’*) em função de um antecedente prejudicial e inafastável (*‘a falta de políticas públicas’*). Pronto. Qualquer esforço de aprofundamento, de melhor análise das causas do abandono da criança, toda e qualquer tentativa de solução concreta para uma criança de carne e osso é imediatamente fulminada por um argumento genérico”. BITTENCOURT, Sávio. **A nova lei de adoção:** do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 18.

352 RODRIGUES, Renata de Lima. Horizontes de aplicação da adoção no direito de família brasileiro contemporâneo. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. (p. 291-314). p. 300-301.

do estudo da adoção, mas algumas análises que levem o estudioso e o aplicador do direito a refletirem sobre questões que, em algum momento, podem interferir na vida de todo e qualquer cidadão. Fala-se em segurança pública, por exemplo, mas se esquece que o marginal de agora foi a criança abandonada de outrora.

CONCLUSÃO

Este trabalho pretendeu abordar a adoção e a institucionalização de crianças e adolescentes na perspectiva dos novos comandos previstos na Constituição e em conformidade com os atuais paradigmas do Direito Civil Constitucional. Na sistemática proposta, de início pôde-se perceber que a adoção, na história da humanidade, se antes tinha finalidade de suprir necessidades pessoais dos adotantes, seja de cunho religioso ou de cunho egoístico, agora passa a tutelar o superior interesse infanto-juvenil.

Essa evolução da finalidade do instituto foi acompanhada pelo ordenamento jurídico internacional e pátrio. Outrossim, pela análise comparativa das legislações estudadas restou demonstrado que o Brasil está avançado, em termos de normas positivadas, na tutela dos direitos de crianças e adolescentes e sua adoção, visto que o país atualmente apenas admite a adoção plena e irrevogável, não havendo mais se falar em adoções simples ou restritas.

Por outro lado, no que pertine à efetividade desses mesmos direitos, sobretudo ao direito fundamental de convivência familiar, o status brasileiro não vai tão bem assim. Graves violações nesse campo ainda são percebidas. O poder judiciário não consegue de forma completa efetivar esse direito, afastando crianças da institucionalização, e ainda admite que pretendentes à adoção e futuros pais, exerçam livremente o direito de escolha das características da criança desejada, favorecendo com que infantes e jovens continuem crescendo e se desenvolvendo no âmbito institucional.

O estudo de outras modalidades de adoções, com a adoção *intuitu personae* e também a adoção aberta revelou que a abertura do legislador e do operador do direito para novas discussões pode contribuir para uma promoção do instituto estudado no meio social, provocando novas reflexões e debates.

Também ficou demonstrado que a adoção deve continuar sendo tutelada pelo Poder Judiciário, mas existem dados que indicam possibilidade de melhor prestação jurisdicional quando se pensa na proposta de desjudicialização de algumas etapas do procedimento, como a

Habilitação para Adoção. A lentidão na tramitação de processos pode se revelar gravíssima quando o bem da vida almejado tem como destinatários crianças e adolescentes institucionalizados.

Apesar de parcialmente adequado, o atual modelo processual de adoção deve ser aperfeiçoado, sobretudo no que diz respeito ao cadastramento prévio de pretendentes à adoção. Conforme exposto, o Cadastro Nacional foi implementado objetivando não o cultuamento rigoroso à “lista”, mas com a finalidade principal de promover o encontro de crianças institucionalizadas e aqueles que desejam acolhê-las.

Todas as análises indicam que a exigência absoluta de prévio cadastramento para adoção, admitindo-se apenas as exceções previstas pelo novel § 13, do art. 50, do ECA, está em desconformidade com os princípios constitucionais de proteção ao superior interesse da criança e do adolescente. Por óbvio, não se pretende que as adoções se concretizem de qualquer maneira, sem qualquer preparação dos adotantes.

Todavia, adoções diretas e adoções à brasileira sempre ocorreram e continuarão a ocorrer na vida de inúmeras famílias, sobretudo se a comunidade civil e jurídica não se atentarem para os problemas envolvidos e se dispuserem ao debate por soluções mais justas e mais humanas. O Poder Judiciário jamais poderá retirar uma criança do seio de uma família, sobretudo se já consolidados laços de afeto e amor sinceros, com o fundamento da *observância absoluta* a uma regra infraconstitucional (art. 50, § 13, III, ECA). Isso seria a máxima afronta aos princípios constitucionais e direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Restaram demonstradas as inúmeras dificuldades que vivencia o Poder Judiciário, em especial o juízo da Vara da Infância e Juventude, presente de forma completa e especializada em apenas 92 das 2.700 comarcas de Justiça Comum do país, dados esses apresentados em 2008 pela Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e Juventude.

Desta feita, cumpre a implementação de políticas públicas destinadas a melhor e maior

especialização de Varas da Infância e Juventude, isso de forma completa com aparelhamento material e humano, sobretudo no que diz respeito à equipe multiprofissional, tão importante para solução dos conflitos percebidos no direito infanto-juvenil.

Todos os aspectos estudados parecem demonstrar que nem sempre a adoção deve ser considerada medida excepcional a ser implementada. Muitas vezes é *a única* medida capaz de promover o direito à convivência familiar. Certamente, tal medida de proteção deve ser aplicada com a máxima cautela possível pela autoridade judiciária, mas jamais deve ser obstaculizada por formalismos ou excesso de burocracia.

Outrossim, a adoção não deve ser vista como ato humanitário, “para retirar crianças do orfanato”. A adoção se presta para constituir o vínculo de filiação baseado no amor, na vontade de cuidar, de educar, de transmitir ensinamentos e valores edificantes. Nesse aspecto, as campanhas destinadas a promover adoções devem ter extrema cautela em não demonstrar que seria um ato de caridade, mas sim um ato de amor incondicional. Por isso o instituto deve representar reais vantagens para o adotando, em que pese também o mesmo acontecer com os adotantes.

Por outro lado, poder público e sociedade devem buscar maior efetividade para as outras possibilidades de colocação da criança institucionalizada em meio familiar, como a hipótese do acolhimento previsto no parágrafo 1º, do art. 34, do ECA. Conforme exposto no corpo do trabalho, o acolhimento familiar deve-se fazer presente enquanto a situação da criança, retirada de sua família biológica, permanecer indefinida. Se atualmente mais de 80 mil crianças vivem institucionalizadas no Brasil, mas apenas 10% delas estão totalmente aptas a serem adotadas, significa dizer que mais de 70 mil crianças estão em uma situação de indefinição.

Nesses casos, devem ser encaminhadas a uma família de acolhimento, para situação temporária enquanto aguardam a resolução pela reintegração à família de origem ou efetiva destituição do poder familiar e encaminhamento para adoção. Nessa perspectiva, ao contrário da finalidade do instituto da adoção, o acolhimento familiar temporário deve ser promovido pelo poder público como ato de caridade, humanidade e solidariedade, devendo a sociedade

ser preparada e orientada para essa situação.

Finalmente, cumpre reiterar o fato de que a comunidade jurídica não deve mais se omitir na discussão da evolução do instituto da adoção, sobretudo em questões como a circulação de crianças, a adoção *intuitu personae*, a adoção aberta, os contatos pós-adoção e o problema da devolução de crianças no processo de adoção. Em verdade, não mais se pode admitir a apatia do meio jurídico, acadêmico ou institucional, quando os assuntos são ligados à família, especificamente à infância e juventude.

Nesse sentido, o maior objetivo das discussões ora travadas é provocar os operadores do direito, na máxima medida possível, para que novas propostas sejam ventiladas e para que o Estatuto da Criança e do Adolescente não continue a ser uma promessa, mesmo após mais de vinte anos de vigência. Urge dar efetividade aos direitos mais mezinhos de crianças e adolescentes, como o direito à convivência familiar e comunitária, na busca pela realização da dignidade humana infanto-juvenil.

REFERÊNCIAS

ADOPTION.COM. **Open adoption.** Disponível em: <<http://open.adoption.com/>>. Acesso em 02 maio 2011.

_____. **What is adoption?** Disponível em: <<http://adopting.adoption.com/child/what-is-adoption.html>>. Acesso em: 17 maio 2011.

_____. **Review of qualification requirements for prospective adoptive parents.** Disponível em: <<http://adopting.adoption.com/child/review-of-qualification-requirements-for-prospective-adoptive-parents.html>>. Acesso em 17 maio 2011.

ADOPTION.ORG. **Learn About The Legal Process of Adoption.** Disponível em: <<http://www.adopting.org/adoptions/learn-about-adoption-the-legal-process.html>>. Acesso em 17 maio 2011.

_____. **Learn about who can adopt.** Disponível em: <<http://www.adopting.org/adoptions/learn-about-adoption-who-can-adopt.html>>. Acesso em 17 maio 2011.

ALBERGARIA, Jason. **Adoção simples e adoção plena.** Rio de Janeiro: Aide Ed., 1990.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Maria Christina de. O direito à filiação integral à luz da dignidade humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 417-434.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A minha pré-compreensão do ato de julgar.** 29 dez. 1997. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/578/Minha_Pr%c3%a9-Compreens%c3%a3o_Ato.pdf?sequence=4>. Acesso em: 03 maio 2011.

ARGENTINA. **Código Civil de la Nación.** Sanción Ley 340. Actualizado. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>>. Acesso em: 02 maio 2011.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MAGISTRADOS, PROMOTORES DE JUSTIÇA E DEFENSORES PÚBLICOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. **O sistema de justiça da Infância e da Juventude nos 18 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente: desafios na especialização para a garantia de direitos de crianças e adolescentes.** Brasília, 2008. Levantamento (Relatório). 117 p. Tiragem 500 exemplares.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A criança no novo direito de família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 279-295.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-249.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (coord.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio; Faculdades Integradas Estácio de Sá, 1976.

BÍBLIA. Est 2,7; Ex 2,10; Mt 1,18-25. Português. Versão da Edição Pastoral. **Bíblia Sagrada**. São Paulo: Paulus, 1990.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

_____; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BITTENCOURT, Sávio. **A nova lei de adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

BOULANGER, Jean; RIPERT, Georges. **Tratado de derecho civil segun el tratado de Planiol**. Tomo II. Volumen I. Traducción de Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1963.

BORGES, Lisieux Nidimar Dias. O princípio da igualdade entre os filhos. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. (coord.). **Direito civil: atualidades III – princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 177-207.

BOWLBY, John. **Apego e perda: separação: angústia e raiva**, volume 2. Tradução de

Leonidas H. B. Hegenberg, Octanny S. da Mota, Mauro Hegenberg. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil**. Diário Oficial da União, 5 jan. 1916.

_____. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Diário Oficial da União**, 3 jun. 1962.

_____. Lei nº 4.655, de 02 de junho de 1965. Dispõe sobre a legitimidade adotiva. **Diário Oficial da União**, 3 jun. 1965.

_____. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. **Diário Oficial da União**, 11 out. 1979.

_____. **Decreto n. 3.087, de 21 de junho de 1999**. Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993. 21 jun. 1999.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.285/2007**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/517043.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 3.527/2008**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/574273.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 5.511/2009**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/668384.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2011.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 1.065/2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/859570.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

_____. Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. **Enunciados da I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIJornada.pdf>>. Acesso em 17 jun. 2011.

_____. Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. **Enunciados da III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em 17 jun. 2011.

_____. Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. **Enunciados da IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>>. Acesso em 17 jun. 2011.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Adoção**. Palestra. Disponível em: <<http://tjsp.nucleomedia.com.br/skin.asp>>.

id_t=2671&t=&p=0&tipo=&tipom=&form=&tipo_apresentacao=0>. Acesso em: 09 maio 2011.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Adoção reduz tempo para habilitação de pais adotivos.** Notícias. 20 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/5706-cadastro-nacional-de-adocao-reduz-tempo-para-habilitacao-de-pais-adotivos>>. Acesso em: 09 maio 2011.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/cadastro-nacional-de-criancas-e-adolescentes-acolhidos-cnca>>. Acesso em: 09 maio 2011.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro já possui mais de 8,7 mil crianças e adolescentes em instituições de acolhimento no país.** Notícias. 09 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/9247-cadastro-ja-possui-mais-de-87-mil-criancas-e-adolescentes-em-instituicoes-de-acolhimento-no-pais>>. Acesso em: 09 maio 2011.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Cerca de 70% do tempo de tramitação do processo judicial é gasto com atos burocráticos.** Notícias. 06 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/10506-cerca-de-70-do-tempo-de-tramitacao-do-processo-judicial-gasto-com-atos-burocraticos>>. Acesso em 10 maio 2011.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Anual 2010 do Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/relatorios-anuais/cnj/relatorio_anual_cnj_2010.pdf>. Acesso em: 09 maio 2011.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Mais de mil crianças estão aptas à adoção no Brasil.** CNJ Notícias. 24 mar. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13562:mais-de-4-mil-criancas-estao-aptas-a-adocao-no-brasil&catid=223:cnj&Itemid=583>. Acesso em: 09 maio 2011.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Número de pretendentes supera em quase seis vezes o de crianças aptas a serem adotadas.** Notícias. 14 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj13963-numero-de-pretendentes-supera-em-quase-seis-vezes-o-de-criancas-aptas-a-serem-adotadas>>. Acesso em: 09 maio 2011.

_____. Secretaria Especial de Direitos Humanos. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.gov.br/arquivos/spdca/pncfc.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2011.

_____. Senado Federal. **ANAI.** Documentos da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/8%20-%20COMISS%C3%83O%20DA%20FAM%C3%8DLIA,%20DA%20EDUCA%C3%87%C3%83O,%20CULTURA%20E%20ESPORTE.pdf>>. Acesso em 10 maio 2011.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 160/08.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=84860>. Acesso em:

07 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.172067-MG. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, 18 de março de 2010. **Diário do Judiciário Eletrônico**, 14 abril 2010, RBDIFS vol. 18, p. 116.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 7.407. Brasília, DF, 24 de abril de 2002. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Brasília, DF, 21 mar. 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 709.608 – Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento em 5 de novembro de 2009. **Diário do Judiciário Eletrônico**, Brasília, DF, 23 nov. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 757411 / MG. Brasília, DF, 29 de novembro de 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 27 mar. 2006, p. 299.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. **Diário do Judiciário Eletrônico**, n. 89, 13 maio 2011.

BRITO, Leila Maria Torraca de. **Paternidades contestadas**: a definição da paternidade como um impasse contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CABRAL, J. Bernardo. Os 20 anos da Constituição Federal de 1988 – Avanços e Retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CABRERA, Carlos Cabral; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; FREIRAS JR., Roberto Mendes. **Direitos da criança, do adolescente e do idoso**: doutrina e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CAHALI, Francisco José. et al. **Escrituras públicas**: separação, divórcio, inventário e partilha consensuais: análise civil, processual civil, tributária e notarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALLEGARI, José Antonio. Gestão processual – em busca da razoável duração do processo. **Revista LTr**. Vol. 73, n. 11, nov. 2009. p. 1367-1373.

CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. A responsabilidade civil por dano afetivo. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coord.). **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 17-30.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARLETTI, Amilcare. **Brocados jurídicos**: volume III – Códigos Primitivos. São Paulo: Universitária de Direito, 1986.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Manual do estatuto da criança e do adolescente (teoria e prática)**. 2 ed. Niterói: Impetus, 2010.

CHAVES, Antônio. **Adoção e legitimação adotiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

CHILE. **LEY N. 19.602, Santiago, julio 15 de 1999**. Última alteração em 30 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=140084&buscar=19620>>. Acesso em: 03 maio 2011.

CNPQ. **Plataforma Lattes**. Currículo do Sistema de Currículos Lattes. Disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/0468408759387265>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

CORRÊA JÚNIOR, Luiz Carlos de Azevedo. Designações discriminatórias atinentes ao estado de filho: proibição e alteração do registro que as contenha. **Revista da Associação dos Magistrados Mineiros**. Volume XXII, ano XIII. p. 219-220. abr. 1993.

COSTA, Epaminondas da. **Estágio de convivência, “devolução” imotivada em processo de adoção de criança e de adolescente e reparação por dano moral e/ou material**. Tese aprovada no XVIII Congresso da CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, no mês de novembro de 2009, em Florianópolis-SC. Disponível em: <www.ammp.org.br/smmaster/inst/artigo/Artigo-18.doc>. Acesso em 10 maio 2011.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

CURY, Munir. Dos direitos fundamentais: art. 8º, § 5º. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DECCACHE, Lúcia Cristina Guimarães. A garantia constitucional da convivência familiar e a proibição do retrocesso. **Revista do Advogado**. São Paulo. v. 28. n. 101. p.55-61. dez. 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. O lar que não chegou. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2009. v. 11. ago./set. 2009. p. 124-127.

_____. Casar ou não casar? Dúvidas sobre questões sucessórias. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2011. v. 17. ago./set. 2010. p. 27-40.

DIGIÁCOMO, Murillo José. Da adoção: art. 50, § 13. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **O Direito à convivência familiar e os cadastros de pretendentes à adoção: abrindo a “caixa preta”**. XXI Congresso da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude – ABMP. Belo Horizonte/MG. 25-28 maio 2006. Disponível em: <<http://www.sst.sc.gov.br/arquivos/eca20/seminario1/O%20Direito%20a%20CFC%20e%20o%20cadastro%20para%20adocao%20-%20Murilo%20Digiacomio.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2009.

_____. **Da impossibilidade jurídica da “adoção intuitu personae” no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Lei nº 12.010/2009 e da Constituição Federal de 1988**. 28 maio 2010. Disponível em: <<http://www.mp.pr.gov.br/arquivos/File/AdocaoIntuituPersonaeImpossibilidadeJuridica0206.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2011.

DOLTO, Françoise. **Destinos de crianças**: adoção, famílias de acolhimento, trabalho social. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Prtotección Juridica del Menor**. Disponível em: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1996-1069>. Acesso em: 02 maio 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Major Federal Legislation**: Timeline of major federal legislation concerned with child, child welfare and adoption. Disponível em: <http://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/federal/index.cfm?event=federalLegislation.showForm>. Acesso em 17 maio 2011.

_____. **Major Federal Legislation**: Adoption Assistance and Child Welfare Act of 1980 P.L. 96-272. Disponível em: <http://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/federal/index.cfm?event=federalLegislation.viewLegis&id=22>. Acesso em 17 maio 2011.

_____. **Major Federal Legislation**: Adoption and Safe Families Act of 1997 P.L. 105-89. Disponível em: <http://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/federal/index.cfm?event=federalLegislation.viewLegis&id=4>. Acesso em 17 maio 2011.

_____. **Major Federal Legislation**: Foster Care Independence Act of 1999 P.L. 106-169. Disponível em: <http://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/federal/index.cfm?event=federal>

Legislation.viewLegis&id=48>. Acesso em 17 maio 2011.

_____. U.S. Department of Health and Human Services, Administration for Children and Families, Administration on Children, Youth and Families, Children's Bureau. **The AFCARS Report**. Adoption and Foster Care Analysis and Reporting System (AFCARS) FY 2009 (October 1, 2008 through September 30, 2009). Disponível em: <http://www.acf.hhs.gov/programs/cb/stats_research/afcars/tar/report17.htm>. Acesso em: 05 maio 2011.

_____. U.S. Department of Health and Human Services. **Adoptions of Children with Public Child Welfare Agency Involvement by State FY 2002 - FY 2009**. Disponível em: <http://www.acf.hhs.gov/programs/cb/stats_research/afcars/adoptchild09.pdf>. Acesso em 05 maio 2011.

_____. Child Welfare Information Gateway. **State Statutes Results**. Disponível em: <http://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/state/index.cfm?event=stateStatutes.processSearch>. Acesso em 17 maio 2011.

_____. Child Welfare Information Gateway. **Parenting after adoption**. Disponível em: <http://www.childwelfare.gov/adoption/adopt_parenting/>. Acesso em 17 maio 2011.

_____. Child Welfare Information Gateway. **Opnness in adoption**. Disponível em: <http://www.childwelfare.gov/pubs/f_openadoptbulletin.cfm>. Acesso em 17 maio 2011.

ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O princípio da igualdade aplicado à família. In: WELTER, Belmiro; MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. Direito, guerra e paz no campo da família: limites do processo judicial – uma proposta de criação no Poder Judiciário Estadual dos promagistrados. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e Responsabilidade**: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p. 363-376.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1988.

_____. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FONSECA, Antonio Cesar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011.

FONSECA, Cláudia. **Caminhos da adoção**. São Paulo: Cortez, 1995.

FORTINO, Marcella. **Diritto di famiglia**: i valori, i princípi, le regole. Milano: Giuffrè, 1997.

FRANÇA. CODE CIVIL FRANÇAIS. Version consolidée au 1 avril 2011. Disponível em: <<http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20110427>>. Acesso em 27 abr. 2011.

GATELLI, João Delciomar. **Adoção internacional**: procedimentos legais utilizados pelos países do Mercosul. Curitiba: Juruá, 2008.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A investigação da paternidade socioafetiva. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 64, 01/05/2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6105>. Acesso em 20 jun. 2011.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

ISHIDA, Válter Kenji. **Direito de família e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ITÁLIA. **Codice Civile**. Libro Primo – Delle persone e della famiglia. Atualizado em 17 set. 2010. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794>>. Acesso em 02 maio 2011.

_____. **Legge n. 184/1983**. Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. Disponível em: <http://www.dirittoefamiglia.it/docs/Giuridici/leggi/1983_184.htm>. Acesso em 02 maio 2011.

_____. **Legge n. 149/2001**. Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante “Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori”, nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/01149l.htm>>. Acesso em: 02 maio 2011.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. Comentários sobre a adoção no novo Código Civil. **Revista do Advogado**. São Paulo. Ano XXII. n. 68. p. 127-134. dez. 2002.

KATAOKA, Eduardo Takemi. O tempo da família: notas sobre o tempo como elementos da *fattispecie* família. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 317-325.

KAUSS, Omar Gama Ben. **A adoção no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

KLEIN, Melanie; KRIS, Marianna; OBERNDORF, C. P. **A psicanálise de hoje: a aproximação moderna aos problemas humanos**. Parte I: psicologia da infância e adolescência. Tradução de Elisa Dias Velloso. Rio de Janeiro: Imago, 1970.

KREISLER, Léon; FAIN, Michel; SOULÉ, Michel. **A criança e seu corpo: psicossomática da primeira infância**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

KUSANO, Suely Mitie. **Adoção intuitu personae**. 2006. 341 f. Tese. (Doutorado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Tradução original de Walter Stonner. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e eticidade familiar constitucionalizada. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 593-606.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção: adoção internacional – doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LIRA, Wladimir Paes de. Direito da criança e do adolescente à convivência familiar e uma perspectiva de efetividade no direito brasileiro. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e Responsabilidade: teoria e prática do direito de família**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p. 523-555.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A paternidade socioafetiva e a verdade real. **Revista CEJ**, Brasília, n. 34, p. 11-14, jul./set. 2006.

_____. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/527>>. Acesso em 13 jun. 2011.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

MADALENO, Rolf. **Novas perspectivas no direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os direitos da personalidade. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. (coord.). **O novo código civil: homenagem ao professor Miguel Reale**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2005. p. 54-69.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Estado de perigo no novo código civil: uma perspectiva civil constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MATOS, João. **Projeto de Lei n. 4.749/2001**. Institui o Dia Nacional da Adoção. Diário da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&Datain=26/5/2001&txpagina=24185&altura=700&largura=800>. Acesso em: 19 abr. 2011.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Jean; MAZEAUD, Léon. **Leçons de droit civil**. Tome Premier. Troisième Volume. 6. ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1976.

MAZZILLI, Hugo Nigro. As várias formas de adoção. **Justitia**. São Paulo. v. 48. n. 133. p. 26-32. jan./mar. 1986.

MELLO, Anna Christina de Motta Pacheco Cardoso de. et. al. **101 perguntas e respostas sobre alternativas de convivência familiar: família de apoio, guarda e apadrinhamento afetivo**. São Paulo: CeCIF, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 0061132-94.2010.8.13.0317. Belo Horizonte, MG, 26 de outubro de 2010. **Diário do Judiciário Eletrônico**, 19 nov. 2010. Disponível em: <<http://dje.tjmg.jus.br/diarioJudiciarioData.do>>. Acesso em 20 jun. 2011.

MOGI GUAÇU. VARA DO TRABALHO DE MOGI GUAÇU/SP. **Deferimento de pedido de concessão de licença maternidade e estabilidade à gestante**. Processo n. : 01479-2008-071-15-00-2. Juiz: MARCELO BUENO PALLONE, 09 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.sinait.org.br/noticias_ver.php?id=13>. Acesso em 31. Out. 2010.

MOLINARI, Fernanda. **Parto anônimo: uma origem na obscuridade frente aos direitos fundamentais da criança**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

MORAES, Renate Jost de. **As chaves do inconsciente**. 16 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo:

Método, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORGAN, Lewis H. *apud* ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**: trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. 5. ed. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

MORICE, Anne-Marie. **Parâmetros curriculares interdisciplinares para a formação de operadores do direito**: a experiência francesa e chilena e as escolas do Sistema de Justiça Brasileiro. 2010. Palestra apresentada no XXIII Congresso da Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude, Brasília, 7 maio 2010.

NAZO, Georgette Nacarato. Adoção internacional: valor e importância das convenções internacionais vigentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo. v. 92. p. 301-320. jan./jul. 1997.

NETO, Caetano Lagrasta. Aborto, parto anônimo e razões legislativas. In: NETO, Caetano Lagrasta; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família**: novas tendências e julgamentos emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 303-310.

NETO, Francisco de Oliveira; PACHÁ, Andréa. **O Cadastro Nacional de Adoção**: primeiros resultados. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/imprensa/artigos/13336-o-cadastro-nacional-de-adocao-primeiros-resultados>>. Acesso em 09 maio 2011.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Fundamentos da sucessão legítima. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. (org). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II. p. 619-647.

NOJIRI, Sergio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Guilherme de. Apadrinhamento civil: uma iniciativa portuguesa, com certeza. **Revista do Advogado**. São Paulo. v. 28. n. 101. p. 37-46. dez. 2008.

OLIVEIRA, Siro Darlan de. **Nova lei de adoção e causos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ORSELLI, Helena de Azeredo; ANASTÁCIO, Andressa. A possibilidade de escolha das características do adotando no processo de adoção – análise a partir dos fundamentos constitucionais. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2010. v. 13. dez./jan. 2010. p. 30-46.

PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Instituições de direito civil**. 18. ed. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Tânia da Silva. O “cuidado” chega ao STJ. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2011. v. 19. dez/jan. 2011. p. 100-121.

_____. Adoção. In: MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de família: processo, teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____.; TUPINAMBÁ, Roberta. O direito fundamental ao cuidado no âmbito das famílias, infância e juventude. **Revista do Advogado**. São Paulo. v. 28. n. 101. p. 108-115. dez. 2008.

PIONEIRISMO. Presidente do TJPE conhece digitalização dos processos de adoção. **Diário de Pernambuco**, Pernambuco, 16 mar. 2011. Notícias. Disponível em: <<http://www.pernambuco.com/ultimas/nota.asp?materia=20110316084710&assunto=82&onde=VidaUrbana>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PORTUGAL. **Código Civil Português**. Atualizado até Lei n.º 61, de 31 de outubro de 2008. Disponível em: <www.verbojuridico.com/download/codigocivil2009-v1.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2011.

REALE, Miguel. **Visão geral do Projeto de Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 40, 1 mar. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/509>>. Acesso em: 16 abr. 2011.

REZENDE, Propercio Antonio de. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e o acolhimento familiar**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/45510978/O-ECA-e-o-Acolhimento-Familiar-Final>>. Acesso em 26 abr. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação crime n. 70021254552. **Quinta Câmara Criminal**. Julgamento em 07 de maio de 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: de acordo com a Lei n. 10.406, de 10.01.2002**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. Democracia, direito e legitimidade. A crise do sistema representativo contemporâneo e os novos desafios do contrato social. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coord.). **Lições de direito constitucional: em homenagem ao Professor Jorge Miranda**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 185-219.

RODRIGUES, Renata de Lima. Horizontes de aplicação da adoção no direito de família

brasileiro contemporâneo. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. (p. 291-314).

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.
ROSA, Conrado Paulino da. A mediação como proposta de política pública no tratamento dos conflitos familiares. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2010. v. 15. abr./maio 2010. p. 86-93.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à lei nacional da adoção**: Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009 e outras disposições legais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: o privado e o público na vida social e histórica. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1993.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 0379508-73.2010 e n. 0379048-86.2010, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que são agravantes e reciprocamente agravados M.C.S., A.A.N.S. E J.F.S. Relator: Maia da Cunha. São Paulo, 31 de janeiro de 2011. **Diário Oficial do Tribunal de Justiça de São Paulo**, Caderno 2, 2ª Instância, 14 fev. 2011, p. 973.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 0379508-73.2010.8.26.0000. São Paulo, SP, 31 de janeiro de 2011. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=4927338&v1Captcha=eCQjH>>. Acesso em 20 jun. 2011.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Planilha para cadastramento de pretendentes a adoção**. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br/Download/Corregedoria/Formularios/cejai_cadastramento.doc>. Acesso em: 10 maio 2011.

_____. Vara da Infância e Juventude de Campinas/SP. Portaria n. 01-05. **Programa de Acolhimento Familiar**. Disponível em: <<http://acolhimentofamiliar.org.br>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHUMACHER, Aluísio Almeida; BRAGA, Mariana Moron Saes. Cartório que casa e descasa: a Lei n. 11.441/07 e o exercício da autonomia entre cônjuges. p. 28. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2010. v. 15. abr./maio 2010. p. 20-29.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA FILHO, Artur Marques. Da adoção. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. (coord.). **O novo código civil**: homenagem ao professor Miguel Reale. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2005. p. 1228-1264.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Pillares, 2010.

_____. **A efetividade dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Pillares, 2008.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 3-17.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como fenômeno jurídico contemporâneo. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2010. v. 14. fev./mar. 2010. p. 89-106.

_____; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil – Tomo III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Normas constitucionais de direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Gustavo (coord.). **A constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 309-354.

TORRES-RIVERO, Arturo Luis. **Adopción**: (derecho de familia – parte especial). Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1974.

URUGUAI. **Código de la niñez y la adolescencia**. Ley n. 17.823, publicada en el Registro Oficial No. 737 del 3 de Enero de 2003. Actualizado al 2 mar. 2010. Disponível em: <http://www.regionalcentrelacundp.org/images/stories/CD_herramientas_conceptuales/Docs/Leyes/Uruguay/C%F3digo%20de%20la%20ni%F1ez%20y%20la%20adolescencia.pdf>. Acesso em 3 maio 2011.

VENEZUELA. **Constitución de La República de Venezuela**. 1961. Disponível em:

<<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/crv.html>>. Acesso em: 03 maio 2011.

_____. **Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes**, de 14 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/lopna.htm>>. Acesso em 03 maio 2011.

_____. **Código Civil**, Trascrito de la Gaceta Oficial N° 2.990 del 26 de julio de 1982. Disponível em: <http://www.gobiernoenlinea.ve/legislacion-view/sharedfiles/Codigo_Civil.pdf>. Acesso em 03 maio 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. Da Institucionalização X Adoção: um caminho possível? **Revista Igualdade**. Ano III, n. IX, out./dez. 1995. p.1-9.

WELTER, Belmiro Pedro. Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial. In: WELTER, B. P.; MADALENO, R.H. (Orgs.) **Direitos fundamentais do direito de família**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2004. p. 59-86.

_____. **Igualdade entre filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Adoção no ordenamento jurídico atual. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coord.). **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 239-265.