

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

ALAN CÁSSIO AZEVEDO

A PRIORIDADE DA LIGAÇÃO AFETIVA EM DETRIMENTO DO CADASTRO DE
ADOÇÃO

SOUSA
2013

ALAN CÁSSIO AZEVEDO

A PRIORIDADE DA LIGAÇÃO AFETIVA EM DETRIMENTO DO CADASTRO DE
ADOÇÃO

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. Maria dos Remédios de Lima Barbosa

SOUSA

2013

ALAN CÁSSIO AZEVEDO

A PRIORIDADE DA LIGAÇÃO AFETIVA EM DETRIMENTO DO CADASTRO DE
ADOÇÃO

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

Data de aprovação:

Orientadora: Prof.^a Dra. Maria dos Remédios de Lima Barbosa
Professora Orientadora

Prof.^a Rubasmate Santos Sousa

Prof.^a Juliana e Silva de Oliveira

AGRADECIMENTOS

A Deus, Senhor que trilha meus caminhos, pelo dom da sabedoria e pela perseverança.

A meus pais, Alfredo e Ana, pelos esforços diários para garantir meu sucesso e me fazer o homem que sou, sem deixar faltar o que mais importa: amor e carinho.

A minha irmã, Alana, pelo companheirismo.

A meus avós, que mesmo não estando nesse plano terreno, tenho certeza que olham por mim diariamente.

A minha orientadora Prof.^a Maria dos Remédios de Lima Barbosa, pela eficiência e paixão que desempenha seu magistério, exemplo de sabedoria e profissionalismo, honrando-me com seu valioso tempo para minha orientação, sendo peça fundamental para a realização desta pesquisa.

Aos meus amigos e colegas de turma, pelo laço forte de amizade que construímos e pelos momentos inesquecíveis vividos.

A Marcelo Duarte, George “Caninha”, João Bezerra, Jamison Andrade, João “Vovô” e Ícaro Braga, irmãos com quais compartilhei os momentos difíceis na elaboração deste trabalho.

A João Pequeno, por ter proporcionado momentos de alegria em sua casa.

Aos guardas do Campus de Ciência Jurídicas e Sociais, que disponibilizaram acesso amplo as instalações do Centro para elaboração deste trabalho durante as madrugadas.

A todos os músicos que me deram parcela de sua imaginação para realização deste trabalho, em especial Roger Waters, David Gilmour e todo o Exército do Metal.

E a todos que indiretamente contribuíram, incentivaram ou não me atrapalharam para que eu chegasse até aqui.

Obrigado!

“All in all you're just another brick in the wall”

Roger Waters – Pink Floyd

RESUMO

O presente trabalho trata dos motivos e da importância de se priorizar a ligação afetiva já existente entre adotante e adotando em face da rígida observância da obrigatoriedade de inscrição no cadastro de adoção trazido pela Lei 12.010 de 2009 como forma de se garantir o direito a convivência familiar e a prioridade dos interesses da criança e do adolescente. Justifica-se o tema pelo aspecto excepcional que é tratada a adoção, assim como a necessidade de mostrar a controvérsia que há de por um lado o Estado garantir o direito à convivência familiar face o princípio da afetividade e de outro a obediência de requisitos estabelecidos pela lei. Busca de forma ampla apontar os argumentos que justificam a prioridade do vínculo afetivo já existente entre o pretendente à adoção e o adotante em detrimento do cadastro instituído pela Lei 12.010 de 2009 e mais especificamente fazer uma análise crítica da lei e os motivos que justificam a criação do referido cadastro, demonstrando as consequências jurídicas e psicológicas da estrita observância. O trabalho foi desenvolvido a partir do método dedutivo, onde a partir de uma ideia geral se chega a uma conclusão em particular, utilizando-se do método histórico e comparativo, através da documentação indireta, referente à pesquisa bibliográfica. Em primeiro momento procura demonstrar toda a evolução do instituto, desde a Antiguidade até o presente momento, evidenciando a evolução de seu conceito e natureza jurídica, de acordo com os princípios informadores do Direito de Família. Logo após se evidencia o tratamento que recebe da legislação pátria, com seus caracteres e requisitos impostos para sua concessão, assim como se dá todo o seu processo judicial e os efeitos pessoais e patrimoniais que refletem nas partes envolvidas decorrentes da medida. Demonstrem-se ainda as questões que mais repercutem discussões no cenário jurídico atual, fundamentando no princípio da afetividade a resposta às questões expostas. Por fim, aborda-se o tema principal: os motivos que levam o magistrado a dar preferência à ligação afetiva existente, assim como a consequência de sua inobservância.

Palavras-chave: Cadastro de adoção. Ligação afetiva. Melhor interesse. Lei 12.010/09.

ABSTRACT

The present work discusses the reasons and importance of prioritizing affective connection existing between adopter and adopting in the face of strict observance of the mandatory registration in the register of adoption brought by Law 12,010 of 2009 as a way to secure his right to family life and the priority of the interests of the child and adolescent. Justified by exceptional aspect of the subject which is treated adoption as well as the need to escape the controversy that's on the one hand the state ensure the right to family life against the principle of affection and obedience of the other requirements established by law. Search broadly pointing the arguments justifying the priority of affective bond existing between the applicant and the adoption adopter over the register established by Law 12,010 of 2009 and more specifically to a critical analysis of the law and the reasons for the creation of the register, showing the psychological and legal consequences of strict observance. The work was developed from the deductive method, where from an idea generally comes to a conclusion in particular, using the historical and comparative method, by documenting indirectly, related to the literature. First time all attempts to show the evolution of the institute, from antiquity to the present, showing the evolution of its concept and legal nature, according to the principles of informants Family Law. Soon after the treatment is evident that the legislation receives homeland with its characters and requirements for its grant, as well as gives your entire lawsuit and personal effects and property to reflect the parties arising from the measure. Show up the issues that still resonate more discussions on current legal scenario, basing on the principle of affective response to the questions posed. Finally, we discuss the main theme: the reasons why the magistrate to give preference to existing emotional connection as well as the consequences of its failure.

Keywords: Registry of adoption. Affective connection. Best interest. Law 12.010/09.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.	Artigo
<i>Apud.</i>	Citado por
CF/88	Constituição Federal de 1988
D.O.U.	Diário Oficial da União
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
n°.	Número
p.	Página
REsp.	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DO INSTITUTO JURÍDICO DA ADOÇÃO	11
2.1 LINEAMENTOS HISTÓRICOS DA ADOÇÃO.....	11
2.2 A ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	16
2.3 ELEMENTOS GERAIS DA ADOÇÃO.....	19
2.3.1 Conceito e caracteres da adoção.....	19
2.3.2 Natureza jurídica do instituto.....	21
2.4 PRINCÍPIOS REGENTES DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	23
3 A ADOÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO VIGENTE	28
3.1 DUALIDADE DE SISTEMAS: A ADOÇÃO DE CRIANÇA/ADOLESCENTE E DE ADULTO.....	28
3.2 A LEGITIMAÇÃO PARA ADOTAR.....	30
3.2.1 A importância do consentimento dos pais e a oitiva do adotando.....	31
3.2.2 O estágio de convivência.....	33
3.3 EFEITOS JURÍDICOS DA ADOÇÃO.....	34
3.3.1 A mudança de nome do adotante.....	37
3.3.2 A investigação da ancestralidade.....	37
3.4 ASPECTOS PROCESSUAIS DA ADOÇÃO.....	39
4 QUESTÕES CONTROVERSAS NAS AÇÕES DE ADOÇÃO	41
4.1 ADOÇÃO INTERNACIONAL.....	41
4.2 ADOÇÃO PÓSTUMA.....	43
4.3 ADOÇÃO POR CASAL HOMOPARENTAL.....	44
4.4 ADOÇÃO À BRASILEIRA E <i>INTUITU PERSONAE</i>	46
4.5 O CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO.....	48
4.6 A PRIORIDADE DA RELAÇÃO AFETIVA EM DETRIMENTO DO CADASTRO DE ADOÇÃO.....	51
5 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

A Lei 12.010 de 2009 trouxe uma mudança significativa para o processo de adoção: a obrigatoriedade de manutenção de um cadastro de adoção, onde contem dados das crianças e adolescentes disponíveis para adoção, assim como das pessoas que pretendem adotar. O intuito principal desse cadastro era tornar mais ágil e seguro o processo de adoção, na medida em que é exigida toda uma preparação dos pretendentes desde o registro no cadastro até a adoção em si.

Porém, se criou uma estrita observância ao cadastro, de forma que o tornou intangível e nenhuma hipótese, por mais justa que fosse, não seria justificativa de um aparente desrespeito ao cadastro.

Buscava-se celeridade, eficácia e segurança no processo de adoção, contudo o que se visualiza na prática é a morosidade e a não realização do fim social do instituto, impedindo muitas vezes que se consolide uma adoção, que deve ser baseada na relação de amor e afeto, por causa de um mero registro e a observância de sua ordem cronológica.

Com o intuito de tornar mais rica a pesquisa e proporcionar uma base de estudo completa, o método utilizado foi o dedutivo, que é compreendido como aquele que toma por início uma ideia geral para chegar a uma conclusão particular, ou seja, será feita uma organização de ideias com propósito interpretativo ao tema proposto. Ainda, os métodos de procedimento utilizados são o método histórico, fazendo uma abordagem acerca do entendimento a cada época para que se chegue ao entendimento atual; e o método comparativo. A técnica usada foi da pesquisa bibliográfica, a partir da leitura da doutrina, jurisprudência e notícias relativas ao tema.

Justifica-se o estudo do tema proposto para compreensão do real sentido da criação do cadastro de adoção e a demonstração dos motivos que justificam a mitigação face o princípio da afetividade, desde o aspecto jurídico, ao aspecto psicológico que abrange esse processo. Justifica-se ainda diante da necessidade de entendimento melhor sobre a controvérsia: por um lado, a garantia da criança e adolescente de ser acolhido em uma família digna, do outro o dever do Estado de promover essa garantia de forma justa, ágil e segura.

A problematização gira em torno da priorização da relação afetiva existente entre adotante e adotado face o cadastro de adoção estabelecido pela Lei 12.010 de 2009, como forma de se garantir o melhor interesse da criança e do adolescente, face o princípio da afetividade e da doutrina da proteção integral.

O presente trabalho é dividido em três capítulos distintos. O primeiro é aborda toda a evolução histórica do instituto, desde sua primeira forma até a presente data, mostrando seu conceito atual diante os princípios regentes do Direito de Família e sua natureza jurídica. O segundo capítulo propõe a análise do tratamento que o instituto recebe pela legislação pátria, demonstrando como se dá todo seu processamento, requisitos, os efeitos patrimoniais e pessoais que refletem nas partes.

O terceiro e último capítulo irá tratar dos temas relativos à adoção que estão sendo mais discutidos na órbita doutrinária e jurisprudencial relacionando-os com o princípio da afetividade, dando maior enfoque aos motivos que justificam dar prioridade à ligação afetiva existente em sede de adoção face a rigidez criada pelas autoridades judiciárias das Varas de Infância e Juventude ao cadastro de adoção

O tema proposto é de importância substancial, tendo em vista que a concessão da adoção é considerada excepcional, só sendo aconselhada quando não restarem mais meios de se preservar a convivência familiar e, portanto, deve ser tratada com a importância que lhe é merecida.

2 DO INSTITUTO JURÍDICO DA ADOÇÃO

A adoção é um instituto milenar que esteve presente em todas as épocas da história, podendo ser vista em todas as civilizações. Inicialmente como uma forma de culto aos mortos e posteriormente voltada ao aspecto patrimonial sucessório, atualmente a adoção se funda no afeto, sendo valorizada a pessoa do adotando, com o devido respeito a seus direitos e interesses.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e logo após o Estatuto da Criança e do Adolescente, finda a diferenciação entre filhos adotivos e biológicos, foi impedida discriminação relativa à filiação, face o princípio da igualdade de filhos. A mudança da doutrina da situação irregular para da proteção integral da criança e do adolescente veio para proteger de forma assídua o melhor interesse do menor. A prioridade absoluta, na observação dos direitos, veio como forma de proporcionar por meio da adoção a efetivação dos direitos à convivência familiar e um ambiente familiar equilibrado, baseados no seu melhor interesse.

Assim, com a intervenção estatal no instituto e face aos princípios regentes do direito de família, pode-se dizer que a adoção passou a ser entendida como um ato, baseado no amor e no afeto, pelo qual uma pessoa traz para sua família outra pessoa e, por meio de ficção legal, cria laços de filiação com ela, independentemente de ascendência genética.

2.1 LINEAMENTOS HISTÓRICOS DA ADOÇÃO

O instituto da adoção tem origem bastante remota, surgindo na Antiguidade, mudando seu significado com o tempo, conforme ensina Carbonnier (1999, p. 337):

A adoção, como forma constitutiva de vínculo de filiação, teve evolução histórica bastante peculiar. O instituto era utilizado na Antiguidade como forma de perpetuar o culto doméstico. Atualmente, a filiação adotiva é uma filiação puramente jurídica, baseando-se na presunção de uma realidade não biológica, mas afetiva.

Na Antiguidade, a adoção tinha o único papel de dar continuidade ao culto aos mortos, pois aquele que falece sem deixar descendentes, não tem quem cultue a sua memória e de seus ancestrais. Tinha estreita ligação com a religião, sendo justamente esta era que autorizava e recomendava a adoção em casos de possível morte sem filhos.

A Bíblia cita em diversas partes o instituto da adoção sendo usado pelo povo hebreu. O mais conhecido deles é a adoção de Moisés pelo faraó do Egito Seth I: “E, quando o menino já era grande, ela o trouxe à filha de Faraó, a qual o adotou” (Êxodo 2:10).

O Código de Hamurabi trazia normas relativas à adoção na Babilônia e se baseava, como afirma Nascimento (2009, p. 12), na decorrência de um dever à falta de um filho varão para dar continuidade à família e evitar a perda do culto aos mortos. Era tratada do parágrafo 185 a 195 do referido Código *in fine* (2013):

XI - ADOÇÃO, OFENSAS AOS PAIS, SUBSTITUIÇÃO DE CRIANÇA

185º - Se alguém dá seu nome a uma criança e a cria como filho, este adotado não poderá mais ser reclamado.

186º - Se alguém adota como filho um menino e depois que o adotou ele se revolta contra seu pai adotivo e sua mãe, este adotado deverá voltar à sua casa paterna.

187º - O filho de um dissoluto a serviço da Corte ou de uma meretriz não pode ser reclamado.

188º - Se o membro de uma corporação operária, (operário) toma para criar um menino e lhe ensina o seu ofício, este não pode mais ser reclamado.

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

190º - Se alguém não considera entre seus filhos aquele que tomou e criou como filho, o adotado pode voltar à sua casa paterna.

191º - Se alguém que tomou e criou um menino como seu filho, põe sua casa e tem filhos e quer renegar o adotado, o filho adotivo não deverá ir-se embora. O pai adotivo lhe deverá dar do próximo 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.

192º - Se o filho de um dissoluto 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.

193º - Se o filho de um dissoluto ou de uma meretriz aspira voltar à casa paterna, se afasta do pai adotivo e da mãe adotiva e volta à sua casa paterna, se lhe deverão arrancar os olhos.

194º - Se alguém dá seu filho a ama de leite e o filho morre nas mãos dela, mas a ama sem ciência do pai e da mãe aleita um outro menino, se lhe deverá convencê-la de que ela sem ciência do pai e da mãe aleitou um outro menino e cortar-lhe o seio.

195º - Se um filho espanca seu pai se lhe deverão decepar as mãos.

Importante destacar que, devido ao senso de justiça aprimorado dos Babilônicos, os filhos adotivos já eram equiparados aos filhos naturais tanto na questão sucessória, quanto no exercício do pátrio poder. Afirma-se aqui a característica da continuidade familiar, pois o simples fato do operário ensinar o seu ofício fazia por transformar a adoção em definitiva, pelo fato da eventual morte do pai, o filho ser o arrimo da família.

A adoção já tinha caráter definitivo, porém em alguns casos o Código conferia o direito de regresso do adotado à casa paterna, conforme diz Lisboa (1996, pág. 12):

Em contrapartida, não tendo o pai adotivo criado o adotado, este poderia retornar ao lar de seus pais legítimos. Estabelecia-se que a adoção poderia ser revogada na hipótese de nascimento de filho legítimo superveniente do adotante, devido o adotado receber justas indenizações.

Pode-se afirmar que a partir daqui começou a surgir os primeiros indícios do princípio do melhor interesse do menor, onde havia a punição com rigor e até a possibilidade do fim do vínculo de filiação em casos de abandono por parte do adotante.

Na sociedade Hindu, as Leis de Manu também previam o instituto, tratando expressamente a questão da continuidade da família e o culto aos mortos em seu preceito IX, 10: “aquele a quem a natureza não deu filhos, pode adotar um para que as cerimônias fúnebres não cessem”.

Embora a adoção estivesse presente na sociedade Egípcia, na Galileia e na Palestina, há pouco que se possa afirmar com clareza e segurança sobre requisitos, efeitos e procedimentos, como afirma Lisboa (1996, p. 12).

Consoante à forma que a sociedade Romana se estruturava, religiosa e politicamente, o instituto da adoção ganhou dimensões maiores e seus efeitos foram consolidados. Eram duas as finalidades: assegurar o culto doméstico, por sanar a falta de filiação biológica e como forma de instituir um sucessor.

Existiam duas modalidades de adoção em Roma: a *ad-rogatio* e a *adoptio*, também chamada de adoção em sentido estrito.

A *adoptio* era o ato pelo qual o *alieni juris*, assim entendido pessoa sob poder de outra, deixa sua família e fica sob o *patria potestas* de outra família, que seria a

adotante. Esse tipo de adoção foi uma importante arma política Romana, como destaca Filardi (1999, pág.70):

Também por questões políticas se usa a adoção para dar sucessor ao príncipe, como no caso de Justiniano, que foi adotado por Justino. Igualmente, usa-se do mesmo instituto para transformar plebeus em patrícios e para conferir a cidadania, o *jus civitatis*, a um latino.

Vários imperadores romanos eram filhos adotivos, como Calígola, Tibério, Nero e César Otaviano, demonstrando desde então a importância do instituto. Era realizado por questões políticas e econômicas, mas afetada um conjunto de direitos pessoais e sucessórios.

A adoção era realizada em duas fases distintas, como lembra Filardi (1999, p. 71), onde em um primeiro momento o *pater familia* recebia o adotado como filho, emancipando-o, recaindo sobre este a *mancipio*, que é o poder que um *pater* exerce sobre quem está sob sua *potesta*. Em um segundo momento, o pai e o adotante vão até o magistrado para que seja reconhecido o ato da adoção.

A outra forma de adoção em Roma era a *ad-rogiatio*. Nesta forma, um *pater familia* era adotado por outro *pater familia*, perdendo essa condição e se tornando *filius*. Acarretava o fim da família do adotado, que agora tinha *potestas* sobre seus bens, sobre a mulher e seus filhos. Era um rito solene, onde se exigia a concordância plena das partes e da sociedade romana. Pereira (1998, p. 212) trata dessa modalidade:

A adoção diretamente entre os interessados com denominação especial de *ad rogiatio*, pelo qual o capaz (*sui iuris*) se desligava de sua família e se tornava um herdeiro de culto (*heres sacrorum*) do adotante.

Durante a época de Justiniano, a adoção foi dividida quanto ao aspecto sucessório: adoção plena e *minus plena*.

A adoção plena tinha como objetivo conceder o *patrio poder* a quem não tinha, tendo efeitos iguais da adoção clássica, mas se restringia aos membros da família do adotante. A *adoptio minus plena* era muito confusa, pois o adotado ainda tinha parentesco com a família natural, mas ficava sob a *potestas* da adotante e concorria a sucessão como se filho fosse, caso não houvesse testamento.

Ainda em Roma, se usou por pouco tempo a adoção por testamento, que era apenas uma forma de instituir herdeiros legítimos, caindo em desuso quando se ampliou a liberdade de testar a toda sociedade, como afirma Lisboa (1996, pág. 17):

Mesmo considerada uma variante da ad-rogação, a adoção testamentária evoluiu no sentido de breve ser, tão-somente, uma cláusula pela qual o testador impunha ao herdeiro a condição de mudar de nome a fim de receber a herança. Tal modalidade de adoção perdeu sua importância quando se reconheceu amplamente a liberdade de fazer testamentos.

Durante todo o período da Idade Média a adoção ficou em desuso, pois ia em afronta aos interesses dos senhores feudais sobre os feudos e também contra os princípios da Igreja Católica que considerava que o casamento tinha por finalidade apenas de gerar filhos, sendo penitência dada por Deus ao casal que não tivesse filhos naturais.

No Direito Moderno, a adoção ressurgiu na França, nos artigos 343 a 360 do Código de Napoleão. Foi aqui que o instituto da adoção começou a ganhar aspectos que se assemelham ao instituto atualmente. Fora deixado de lado a questão de culto doméstico e começou a ser baseado no afeto e no interesse do adotado, como afirma Lisboa (1996, p. 20):

Verifica-se que a legislação francesa evoluiu para atender à verdadeira finalidade da adoção no sentido de dar preponderância aos interesses do adotado. [...]

Uma das maiores inovações trazidas constituiu em introduzir a figura da legitimação adotiva, pela qual o filho deixa de integrar a sua família de origem, passando a ter os mesmos direitos e obrigações como se tivesse nascido do casamento.

A adoção começa a ganhar força nesse período até pelo interesse político que Napoleão Bonaparte tinha no instituto, pois como não tinha sucessores, teria que adotar alguém para dar continuidade ao mandato.

A partir desse momento, a adoção começa a ser tratada em quase todos os ordenamentos jurídicos modernos, sempre tendo como princípios nortes da análise *in concreto* o afeto e o interesse do adotado. Começou a surgir uma maior análise da abrangência do instituto, até porque estava sendo utilizado mais comumente, no

momento que as legislações começavam a inovar, trazendo mais direitos aos adotados, como igualdade com filhos biológicos até mesmo na sucessão.

Quando se começa a tratar o filho adotivo como se fosse havido biologicamente, a adoção se impulsiona, pois os pais, apesar de todo afeto e amor que tinham pelos seus filhos adotivos, o ordenamento jurídico trazia dificuldades, era um empecilho para o seu reconhecimento, uma barreira que só a posteriori seria derrubada.

2.2 A ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O instituto da adoção surgiu no Brasil a partir da recepção da legislação portuguesa, pela Lei promulgada em 20 de outubro de 1823. A adoção era feita nos mesmos requisitos e procedimentos de Portugal, que apesar de ser tratada de forma vaga e não sistematizada, era realizada pelos juízes a partir da interpretação e modificação ao contexto daquela época.

A adoção foi sistematizada e tratada com maior clareza no Código Civil de 1916, onde o instituto foi baseado na concepção dada pelo Direito Romano, ou seja, como forma de dar continuidade à família. Não obstante, para adotar era necessário ter mais de cinquenta anos de idade, não possuir prole, ser dezoito anos mais velho que o adotado e era defesa adoção por mais de uma pessoa, salvo marido e mulher.

Desta forma, a adoção era só um meio de se garantir um filho a quem não o tivesse, não se observando o real interesse do adotado. Desta forma, informa Venosa (2006, pág.286):

A adoção, no Código Civil de 1916, lei eminentemente patrimonial, visava proeminentemente à pessoa dos adotantes, ficando o adotando em segundo plano, aspecto que já não é admitido na moderna adoção. Originalmente, o Código disciplinou a adoção conforme tendência internacional da época, isto é, como instituição destinada a dar prole àqueles que não tinham e não podiam ter filhos.

Esses requisitos exigidos pelo Código de 1916 não tornavam a adoção um instituto interessante. Não era concebido como uma forma de constituir família, mas de suprir uma necessidade, um meio de sanar a falta de descendentes diretos.

Com a entrada em vigor da Lei 3.133 de 1957, o instituto sofreu mudanças que alterou um pouco seu sentido. De certa forma, essa lei modernizou o conceito, trazendo a adoção para o contexto da época, facilitando um pouco mais a utilização da mesma. Diminuiu a idade mínima do adotante para trinta anos, assim como a diferença de idade para dezesseis e exigiu o consentimento do adotado ou do representante legal, caso fosse incapaz.

Com essas mudanças, a adoção começou a ser mais praticada na sociedade, de forma que o enfoque dado começou a ser outro, como trata Gonçalves (2011, pág. 379):

Com a evolução do instituto da adoção, passou ela a desempenhar papel de inegável importância, transformando-se em instituto filantrópico, de caráter acentuadamente humanitário, destinado não apenas a dar filhos a casais impossibilitados pela natureza de tê-los, mas também a possibilitar que um maior número de menores desamparados, sendo adotado, pudesse ter em um novo lar.

Apesar de trazer mudanças elementares, a Lei 3.133 de 1957 ainda deixou o tratamento desigual entre filhos legítimos e adotados, conforme o artigo 377 da referida Lei: “Art. 377. Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária”.

Esse tratamento desigual fez com que surgisse, como afirma Gonçalves (2011, p. 381), a prática da “adoção à brasileira” ou “adoção dissimulada”, pela qual o pai adotivo registrava filho alheio como próprio, como forma de ser tratado de forma igualitária em relação aos filhos biológicos, situação que perdurou até quando foi promulgada a Constituição Federal de 1988.

A Lei 4.655 de 1965 trouxe uma nova forma de adoção, a legitimação adotiva. Tinha como característica a irrevogabilidade, acabava como vínculo de parentesco com a família biológica e se efetivava via decisão judicial. Porém, com a edição do Código de Menores – Lei 6.697 de 1979, a legitimação adotiva extinguiu-se, sendo agora existente somente a adoção plena, que tinha o mesmo sentido.

Importante destacar que é possível detectar ao longo do tempo o instituto recebeu modificações leves. No início, o foco principal do instituto eram os

adotantes, mas aos poucos foi sendo modificado, ganhando os adotados importância necessária.

Assim, após um grande lapso temporal e muitas tentativas legislativas de instituir a adoção, foi somente com a Constituição Federal de 1988 que, atendendo à realidade social, que a adoção teve conotação atual, conforme traz Venosa (2006, pág. 280): “Historicamente, houve em nosso país um longo caminho legislativo em matéria de adoção e direitos dos filhos adotivos, até a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente”.

A Constituição de 1988 equipara o filho adotivo ao filho biológico, vedando qualquer tipo de discriminação, no art. 227, § 6º:

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.

Logo após, foi promulgada a Lei 8.069 – Estatuto da Criança e do Adolescente, que trouxe relevantes transformações ao instituto da adoção: a total proteção da criança e do adolescente e o seu melhor interesse, Respectivamente em seu art. 1º, que “dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente” e no seu no seu art. 43, que diz que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

Isso significa que a concepção patrimonialista da adoção não mais existe. A vertente que orienta a adoção é a do caráter afetivo, onde se estabelece filiação por meios não biológicos, que se estabelece a partir da convivência e na construção de afeto recíprocos.

A lei básica reguladora da adoção hoje é o ECA que, com a promulgação da Lei 12.010 de 2009, passou a tratar a adoção de forma uniforme, não havendo mais o dualismo com o Código Civil.

Essa lei surgiu com a intenção de tornar menos burocrática a adoção, fazendo com que as crianças e adolescentes ficassem menos tempo em abrigos ou casas de acolhimento, tornando menos danoso psicologicamente todo o processo, assim como proporcionar uma melhor preparação àquelas pessoas que estavam dispostos a adotar, através de acompanhamento psicológico e assistencial.

Como novidade, a lei assegurou o acompanhamento psicológico pelo SÚS às gestantes, tanto no pré-natal quanto no pós-parto, que estivessem dispostas a entregar seus filhos à adoção.

À luz da doutrina da proteção integral e do melhor interesse do menor, a lei tornou obrigatória a oitiva da criança maior de doze anos envolvida no processo de adoção, tornando o seu consentimento obrigatório. Será feito um acompanhamento da criança por vários profissionais, assim como ficou estabelecido um estágio de convivência para se avaliar a adaptação com a nova família.

A pessoa do adotado foi valorizada, fato que pode ser visualizado quando se vincula a adoção entre irmãos e a observância de requisitos específicos quando se tratar de adoção de crianças indígenas ou quilombolas,

2.3 ELEMENTOS GERAIS DA ADOÇÃO

Buscando-se a finalidade social do instituto da adoção, é que se preza pelo estudo de seus elementos gerais, a saber: conceito e natureza jurídica estabelecidos pela legislação e doutrina pátria.

2.3.1 Conceito e caracteres da adoção

Conceituar adoção torna-se um processo cuidadoso pelo aspecto interdisciplinar que o tema exige. O instituto da adoção envolve a psicologia, a moral, a antropologia, a sociologia, além da ciência jurídica. Desta forma, o conceito pode variar de acordo com época da história e da sociedade que está sendo tratada, pois na evolução do instituto se observam variados momentos de ascensão e desuso do mesmo.

Segundo Lisboa (1996, p. 1), a palavra adoção vem do latim *adoptio*, que em uma tradução etimológica significa optar, decidir-se por, escolher. Apesar de ainda prematura, a ideia de constituição de família já existia em Roma.

Adoção é um ato jurídico em sentido estrito solene, bilateral, personalíssimo, irrevogável, excepcional, que depende de intervenção judicial, onde, baseado na relação de afeto e amor existentes, alguém cria laços de paternidade e filiação por meio de *fictio iuris*, ou uma ficção legal, independente se já exista relação de parentesco. A adoção faz com que surja direitos e deveres semelhantes aos decorrentes da filiação biológica, sendo expressamente vedado no Estatuto da Criança e do Adolescente a discriminação relativa à filiação.

No mesmo pensamento acima descrito, informa Dias (2010, pág.476):

O estado de filiação decorre de um fato (nascimento) ou de um ato jurídico: adoção – ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. A adoção cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica.

Ainda nesse sentido, preceitua Diniz (2006, p. 498):

Adoção é o ato solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

Apesar dos conceitos convergirem a um mesmo ponto, é necessário ressaltar que o conceito jurídico em si não basta. O instituto da adoção, que hoje se baseia principalmente na relação afetiva, no melhor interesse e na proteção integral da criança e do adolescente, deve ser conceituado também de acordo com seus caracteres *extra legis*.

Assim, de acordo com as ideias de Farias e Rosenthal (2010, p. 914), a adoção hoje não está mais com fundamento em simplesmente entregar um filho a quem não conseguiu tê-lo biologicamente. Hodiernamente, a adoção se funda em introduzir uma criança em uma família, incluindo-se a homoparental, que possa lhe garantir um espaço para seu crescimento saudável.

Desta forma, a adoção poderia ser vista sob outra ótica, nas palavras de Farias e Rosenthal (2010, p.914):

Adoção é gesto de amor, do mais puro afeto. Afasta-se, com isso, uma falsa compreensão do instituto como mera possibilidade de dar

um filho a que não teve pelo mecanismo biológico, como se fosse um substantivo para a frustração da procriação pelo método sexual. Por certo, a adoção é muito mais que suprir uma lacuna deixada pela Biologia.

Assim, de acordo com Carvalho (2009, p. 346), a adoção não pode mais ser vista como apenas um ato de caridade, uma benevolência, mas deve ser entendido como o nascimento de um filho pelo lado afetivo social, que independe do parentesco consanguíneo para se firmar. Não é mais entendida como apenas a busca de um filho que faltava para uma família, mas a busca de uma família que quer dar afeto e respeito.

A criança e o adolescente não é mais deixado de lado, ele agora é o protagonista de todo processo, onde pelo princípio da proteção integral e do caráter excepcional da adoção, só deve ser concedida caso se possa garantir amor, segurança, proteção e educação.

2.3.2 Natureza jurídica do instituto

Esclarecer qual é a natureza jurídica da adoção sempre foi um ato que gerou muitas divergências entre os doutrinadores. Isso se dá pela forma com que se observa o instituto, sua origem e efeitos na esfera jurídica.

A adoção é um instituto que vai além da legislação, sendo inseridos no processo questões sociais e psicológicas. Desta forma, não se pode aplicar regras gerais a um instituto de natureza tão peculiar, como afirma Venosa (2006, p.284):

“Nem sempre as categorias gerais da teoria geral aplicam-se aos institutos do direito de família, mormente porque se cuidam de campo jurídico repleto de normas de ordem pública”.

Há doutrinadores que afirmam ser de caráter contratualista, como aduz Venosa (2006, p. 257), seguindo a escola francesa mais tradicional, onde é necessário o acordo de vontades por parte do adotante e do adotado, ou seu representante legal. Era nítida essa característica durante o período que o Código Civil de 1916 foi vigente, onde a adoção era tratada como um contrato de direito de família e seus efeitos nasciam dele.

Porém, como afirma Gonçalves (2011, pág.377):

A partir da Constituição de 1988, todavia, a adoção passou a constituir-se por ato complexo e a exigir sentença judicial, prevendo-a expressamente o art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o art. 1.619 do Código Civil de 2002.

Com a Constituição de 1988, a adoção começou a ser vista como um ato jurídico em sentido estrito, como afirmam Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 656), ou ainda, com mesmo sentido, como ato jurídico complexo, no entender de Gonçalves (2011, p. 377).

Assim, pode-se considerar a adoção como ato jurídico em sentido estrito porque, apesar de fundada em vontades humanas, seus efeitos estão presos aos descritos em lei, ou seja, não há liberdade de escolha dos efeitos daquele ato, como ocorre nos contratos comuns. Ainda, exige a existência de uma sentença judicial e o instituto é regulado por normas de ordem pública, como dizem Gagliano e Pamplona Filho (2011, p.656):

Ora, a partir do momento em que a adoção passa a ser oficializada e disciplinada por meio de normas de natureza cogente e de ordem pública, concluímos que a subsunção do conceito de adoção à categoria de ato em sentido estrito seria mais adequada do que à do negócio jurídico.

Neste mesmo sentido, a complexidade do instituto acarreta esse afastamento do caráter contratualista. Em primeiro instante tem-se a vontade das partes sendo regulada por normas de ordem pública, estabelecendo certos requisitos específicos. Em outro momento, os seus efeitos surgem, gerando o *status* de filiação-paternidade, que é de natureza institucional.

Então, a partir da concepção que se tem hoje do instituto, seria equivocado caracterizá-lo de acordo com a corrente contratualista tradicional, pois não se forma a partir de um acordo de vontades, mas sim sob a intervenção estatal direta por meio de uma sentença constitutiva, onde se analisa as situações fáticas existentes, demonstrado que realmente é de interesse da criança ou adolescente a concessão. A natureza jurídica predominante é a que mais se aproxima do interesse público e afasta definitivamente a noção contratual do instituto.

2.4 PRINCÍPIOS REGENTES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Até antes da CF/88, mais especificadamente durante a vigência do Código de Menores, vigorava aqui no Brasil a doutrina da situação irregular da criança e do adolescente. Para esta doutrina, a criança ou adolescente só recebia maior atenção dada pela lei somente quando já estava fora do seio de uma família, já tivesse praticado atos irregulares, ou seja, estivesse realmente em uma situação irregular que prejudicasse seu desenvolvimento saudável.

Era visto não como um ser que precisava de ajuda, mas um indivíduo que, devido à prática de certos atos, precisava de intervenção judicial para que a sociedade estivesse segura. Não visava a proteção de sua integridade e a garantia de seu crescimento saudável, visava apenas afastá-lo do meio social, pois via o menor infrator acometido de uma doença surgida a partir de conflitos sociais.

Com a promulgação da Constituição de 1988, uma nova doutrina surgiu, trazida pela força do art. 227 do referido diploma legal:

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

Essa doutrina é denominada de doutrina da proteção integral da criança e adolescente, criada a partir da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Para esta nova doutrina, a criança e adolescente receberá a atenção necessária não somente quando estiver em situação irregular, mas em todo momento, pois pelo estado natural que vive, é preciso maior atenção para que se possibilite um crescimento sadio.

Agora a criança não é mais vista como um ser a ser tratado de um mal social, mas sim como uma pessoa em desenvolvimento, devendo o Estado garantir meios para que esse crescimento se dê de forma completa. Não se trata mais em coibir condutas, mas de prevenir que aconteçam.

Junto com essa doutrina, afloraram uma série de princípios que servem para melhor interpretar a legislação, assim como também servem de norte para a atividade legislativa. Princípio é um ponto de partida, é o valor que orienta a aplicação das normas jurídicas. Desta forma, o instituto da adoção se firma sob a interpretação dos princípios relativos ao tema. Junto com a doutrina da proteção integral, tem-se o princípio do melhor interesse do menor e da prioridade absoluta, que formam a base do estudo e interpretação da adoção.

A primeira decorrência da doutrina da proteção integral foi o princípio da prioridade absoluta. Descrito no próprio art. 227 da Constituição Federal, onde diz que é dever com absoluta prioridade garantir os direitos das crianças e adolescentes. Justifica-se pela própria condição de vida do menor, onde por ser uma pessoa ainda em formação moral e intelectual, merece toda a atenção e total prioridade para que possa desenvolver-se com qualidade.

Nenhum outra classe ou grupo social goza desse direito. É de tamanha dimensão que, em conflito aparente de normas, deve-se sempre priorizar os direitos resguardados às crianças e adolescentes, a partir da mudança da doutrina do menor em situação de risco para proteção integral.

Como desdobramento desse princípio, o poder público tem que priorizar recursos para a área da infância e juventude, assim como preferência em políticas públicas sociais. Os serviços públicos devem priorizar o atendimento de criança e adolescente em primeiro lugar, principalmente quando se fala em assistência médico-hospitalar e prestação de socorro em caso de emergências. É uma forma de assegurar que essas medidas tomadas pela administração pública destinadas a esse grupo não sejam deixadas de lado, ou se priorizem outras.

Outro princípio que deriva da doutrina da proteção integral é o do melhor interesse do menor e se assemelha muito ao da prioridade absoluta. Enquanto se propõe a prioridade absoluta às crianças e adolescentes, é necessário garantir que seus interesses serão considerados.

Com o advento desse princípio, a criança saiu da esfera passiva do direito e passou a configurar um sujeito de direitos, sendo aplicado não tão somente quando a criança se encontrar em situação irregular, mas em qualquer hipótese. O próprio exercício do poder familiar deve estar em sincronia com esse princípio, sendo

ultrapassada a ideia que o Estado não deve intervir na relação de criação dos filhos pelos pais.

Esse princípio deve ser observado em cada caso concreto, ficando impossível conceitua-lo devido à complexidade do mesmo. Garantir o melhor interesse é fazer com que seus direitos sejam resguardados e se possibilite um crescimento saudável, um lar com amor e afeto. Não é a toa que o próprio Superior Tribunal de Justiça, por meio de seu sítio, retrata que este princípio impera nas decisões judiciais da corte.

Em sede do instituto da adoção, se verifica que esse princípio é aplicado no momento em que a criança é colocada em família substituta se apreciando não tão somente a questão patrimonial como forma de suprir a lacuna afetiva existente, mas família que apresente verdadeiros meios de se garantir seu crescimento saudável, amor e afeto.

Também há como desdobramento desse princípio o direito à convivência familiar e a um ambiente familiar equilibrado. Somente conquistados esses direitos é que se pode considerar uma base bem fundada para o crescimento saudável. A proteção à família deve ser garantida de forma que somente assim a criança não sofra com uma possível ruptura, vindo a ter danos psicológicos. O instituto da guarda é baseado nesse princípio, embora o próprio processo já traga danos à criança.

Outro princípio que não deriva diretamente da doutrina da proteção integral, mas é o principal princípio informador do direito de família, é o princípio da afetividade.

Não se justifica mais a filiação na ótica patrimonial. A família fundada em bases patrimoniais está ultrapassada, hoje se firma uma família na relação afetiva. A figura paternalista da família sumiu, tanto que se modificou a expressão pátrio poder para poder familiar. O reconhecimento da filiação socioafetiva, da união estável, de novas modalidades de núcleo familiar como a homoparental, foram todas depois da inserção desse princípio na interpretação constitucional

Segundo este princípio, todo tema que envolva filiação, deve ser fundada no afeto existente. As disposições legais devem ser interpretadas de forma que não prejudiquem a relação afetiva existente. Excepcionalmente se admite ir em

desacordo com a norma para que se mantenham os vínculos afetivos. Fora de acordo com este princípio que é vedado a discriminação envolvendo a filiação.

Trazendo para o estudo da adoção, o afeto justificaria os motivos legítimos exigidos pela lei. A adoção nada mais é que a troca de afeto recíproco, o reconhecimento de que ali está uma relação de um pai e um filho, que embora não advenha do meio biológico, o respeito, o amor paternal e a convivência construíram laços de filiação.

A filiação não se configura tão somente na consanguinidade, mas no afeto, é o que coaduna Carvalho (2009, p.294):

A paternidade jurídica não se caracteriza apenas pela origem genética ou pelas presunções legais, mas pelo elo de afetividade construído na convivência, no amor, na escolha de ser pai, de cuidar e amar como seu aquele que acolheu como filho e que também o reconhece como pai, inclusive aos olhos da comunidade.

Outros princípios também são norte do instituto da adoção, como o da igualdade jurídica entre filho, pelo qual não pode haver nenhum tipo de diferença nem de discriminação pelo fato do não ser filho pela via biológica. A maior repercussão desse princípio no ordenamento jurídico, dentre outras, foi a equiparação do filho socioafetivo ao filho biológico na questão sucessória, fato que não existia outrora.

Por fim, o último princípio é o da dignidade da pessoa humana. Segundo Moraes (2009, pag. 21), dignidade da pessoa humana é:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e trás consigo o respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.

Aplicado no estudo do Direito de Família, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser entendido como a possibilidade de cada membro do núcleo familiar poder se desenvolver. É tratado no Estatuto da Criança e do Adolescente no art. 4º:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação

dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Diniz (2006, p.23) traz a ideia de que, com o avanço da concepção de família e do surgimento de novas modalidades baseadas no afeto, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser interpretado ao passo que não se deixe de acompanhar a tendência natural que a sociedade impõe ao direito, nem que a estrutura familiar seja totalmente desprezada.

Não se pode transformar um instituto de uma hora pra outra, caso contrário, as modificações poderiam trazer consequências inimagináveis. A família, como base de uma sociedade, não pode sofrer transformações bruscas. Deve ser feito um estudo aprofundado e repensar os fatos que podem surgir.

Sendo assim, garantir um lar onde se possa dar um crescimento saudável, um refúgio para uma criança ou adolescente que se encontra em situação irregular, fundada no afeto, no carinho, no respeito, é estar defendendo a dignidade da pessoa humana, na medida em que é dever não só do Estado, mas de toda a sociedade a defesa e garantia dos direitos fundamentais inerentes a cada cidadão. A situação de fragilidade que a criança se encontra fundamenta a importância da observância do princípio.

3 A ADOÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO VIGENTE

Mostrar o contexto em que a adoção está inserida no mundo jurídico, assim como a legislação e posicionamentos doutrinários pertinentes ao tema, é de suma importância para tornar mais metódico o estudo do assunto.

A lei básica reguladora da adoção hoje é o Estatuto da Criança e do Adolescente que, com a promulgação da Lei 12.010 de 2009, passou a tratar a adoção de maneira uniforme, não havendo mais o aparente conflito de normas com o Código Civil. Essa lei surgiu com a intenção de tornar menos burocrática a adoção, fazendo com que as crianças e adolescentes ficassem menos tempo em abrigos ou casas de acolhimento, tornando menos danoso psicologicamente todo o processo, assim como proporcionar uma melhor preparação àquelas pessoas que estavam dispostas a adotar, através de acompanhamento psicológico e assistencial.

À luz da doutrina da proteção integral e do melhor interesse do menor, a lei tornou obrigatória a oitiva da criança maior de doze anos envolvida no processo de adoção, tornando o seu consentimento obrigatório. Será feito um acompanhamento da criança por vários profissionais, assim como ficou estabelecido um estágio de convivência para se avaliar a adaptação com a nova família.

3.1 DUALIDADE DE SISTEMAS: A ADOÇÃO DE CRIANÇA/ADOLESCENTE E DE ADULTO

Antes da promulgação da Lei 12.010 de 2009 havia uma dúvida quanto à legislação pertinente ao instituto da adoção. Havia disposições referentes tanto no Código Civil, quanto no Estatuto da Criança e Adolescente.

A referida lei, quando promulgada, foi uma divisora de águas, modificando o Código estabeleceu que as disposições do Estatuto seriam reguladoras da adoção de crianças e adolescentes, por vez que o Código agora tratara somente de adoção de maiores, aplicando-se subsidiariamente no que couber o ECA, conforme os artigos 1.618 e 1.619:

Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desta forma, com as mudanças trazidas, o ECA fora valorizado no tocante a sua aplicação, devendo ser observado até mesmo na adoção de maiores. É clara a distinção entre a regra de aplicação da legislação, porém é importante que se destaque que a adoção de adultos traz exceções que, por não estar mais em situação de ser em desenvolvimento como a criança ou adolescente, não se torna mais necessário.

Não há necessidade do estágio de convivência e o consentimento dos pais, como afirma Dias (2010, p. 485): “Ainda assim, mister reconhecer que é desnecessário estágio de convivência. Como se trata de direito personalíssimo, que diz com o estado de pessoa, indispensável a inequívoca manifestação de vontade de adotante e adotado”.

Quanto ao consentimento dos pais, embora seja desnecessário, deve-se realizar ao menos a citação dos pais biológicos do adotando. Fundamenta-se na modificação que trata a sentença de adoção na vida destes, pois o vínculo familiar será extinto, isso implica que os pais são interessados na causa, devendo obrigatoriamente ser citados no processo, conforme Dias (2010, p. 486): “Como se trata de ação relativa ao estado de uma pessoa, para a sentença produzir coisa julgada com relação a terceiros é indispensável a citação de todos os interessados como litisconsortes necessários”, de molde que os pais do adotando adulto participem do processo, visto ser inegável o interesse dos mesmos no desenrolar do caso.

3.2 A LEGITIMAÇÃO PARA ADOTAR

A adoção, pelas características peculiares que apresenta e se levando em conta a doutrina da proteção integral da criança e adolescente, apresenta requisitos básicos estabelecidos em lei tanto para adotante como para adotado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz com clareza alguns dos requisitos. O primeiro deles, trazido no art. 42, *caput* é a idade mínima de dezoito anos para adotante, assim como diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado. O referido diploma legal não estabeleceu idade máxima para o adotante. Caso a adoção seja requerida por ambos os cônjuges ou companheiros, é permitido que um tenha menos de dezoito anos, se o outro já tiver completado.

É vedada a adoção por ascendentes ou irmão do adotado. Porém a lei não estabeleceu nenhum impedimento para tios adotarem sobrinhos, pois como afirma Gonçalves (2011, p.390): “a restrição não alcança os parentes colaterais de terceiro grau”.

A diferença de idade foi estabelecida como forma de se criar um ambiente semelhante ao da família natural, fazendo com que, pela diferença de idade, o adotado veja no adotante uma figura paternal. Nesse entendimento preceitua Rodrigues (2000, p.336):

Com efeito a regra se inspira de que a adoção procura imitar a natureza, e que, assim, mister se faz estabelecer entre as partes, que vão assumir as posições de pai e filho, uma diferença que as situe em gerações diversas.

Essa diferença de idade já vem sido mitigada face o princípio da afetividade. Excepcionalmente, admite-se que a diferença seja menor de dezesseis anos, desde que já esteja fundada a relação afetiva entre as partes e se possa visualizar a relação paternal.

Nacionalidade, sexo e estado civil, em tese, não influenciam na capacidade de adotar, ressalvada algumas possibilidades. A forma de adoção mais tradicional é aquela em que um casal, casado, pela falta de filhos, decidem adotar uma criança. Porém, com o passar do tempo e a mudança de costumes, surgiram

várias outras possibilidades de adoção, estabelecidas em lei ou mediante ação judicial.

Permite a lei que o casal embora esteja divorciado ou finda a união estável, adote. Porém é necessário que no momento final da relação estejam de acordo em relação à guarda, visitas do adotado. Necessário também que o estágio de convivência estabelecido em lei seja durante a constância da relação.

Importante destacar que na adoção por companheiros, na união estável, deve ser comprovado o interesse de continuidade da família, ou seja, o casal deve mostrar que aquela união será duradoura, há intenção de constituir família, patrimônio e não é somente uma relação eventual, sem compromisso.

É permitida também a adoção por parte do cônjuge ou companheiro do filho do outro. É chamada de adoção unilateral ou singular e é necessário o consentimento do genitor do adotado, se for conhecido.

O requisito mais importante trazido pelo ECA é a comprovação do real benefício para o adotado. Isso implica não tão somente a saída da criança de um abrigo, mas também o preparo dos adotantes para assumir o compromisso de dar todas as condições de crescimento saudável, amor e carinho. Não é somente a comprovação de que patrimonialmente é vantajoso, mas a personalidade dos adotantes e a estrutura da família, preparação psicológica e aptidão para adotar. Não basta tão somente idade e diferença mínimas, mas também que o adotante possua idoneidade moral, responsabilidade e aptidão para a adoção.

3.2.1 A importância do consentimento dos pais e a oitiva do adotando

O ECA estabelece como requisito fundamental para o deferimento da adoção o consentimento dos pais ou representante legal do adotando, por força do art. 45 da mesma lei e, se o mesmo tiver mais de doze anos, é necessário também sua oitiva, colhido em audiência, na presença do representante do Ministério Público. Quando se tratar de adotando menor de doze anos, apesar de não se exigir seu consentimento, é necessária oitiva de equipe interprofissional que acompanhe o caso.

Deve ser feito de forma expressa e inequívoca, não podendo ser feito de forma tácita, nem se justificando com a simples citação dos genitores. Ainda que um dos genitores consinta e outro não, a adoção estará prejudicada, conforme Farias e Rosenvald (2010, p. 916).

O consentimento, de forma excepcional, será dispensado quando os genitores forem desconhecidos ou quando tiverem o poder familiar destituído. Devido a situação em que se encontram, face à doutrina da proteção integral, o consentimento se torna totalmente desnecessário.

O consentimento colhido em audiência tem fundamental importância para combate do tráfico de menores. O juiz deve analisar cuidadosamente se há realmente motivos legítimos e se é observado o melhor interesse do menor ao deferir a adoção ou destituição do poder familiar.

Caso importante a ser destacado é o da cidade de Monte Santo, interior da Bahia, destacada pela imprensa nacional, onde cinco crianças foram retiradas de sua família por ordem judicial. Acontece que, no intervalo de um dia, o juiz decretou a destituição do poder familiar, sem oportunidade de defesa pelos pais e sem a presença do representante do Ministério Público. Duas crianças foram entregues a um casal em Campinas e as outras a uma família em Indaiatuba, todas no estado de São Paulo, conforme matéria do sítio da Globo (2013). Depois da intervenção da Secretaria dos Direitos Humanos e do Conselho Nacional de Justiça, após um ano e oito meses, as crianças voltaram para sua família biológica.

O dano psicológico sofrido pelas crianças é irreparável. Primeiro por serem retiradas do seu ambiente familiar, onde apesar da dificuldade financeira existente, onde recebiam educação, amor e carinho. Não observados os requisitos mínimos, como a presença do *parquet*, não foi respeitado o direito de defesa, o devido processo legal. Segundo, após um ano e oito meses em outra família, indubitavelmente criaram outros laços afetivos onde estiveram, além do que estiveram separados durante esse tempo. A destituição do poder familiar deve ser decretada quando não houver realmente mais condições de sua permanência e devem ser garantidas todas as garantias processuais estabelecidas em nossa Carta Magna.

O consentimento dos pais, apesar de ser um meio de combater tráfico de crianças, é um mecanismo que até certo ponto é questionável. Se adoção é uma

medida excepcional, só sendo admitida quando já não há meios de se preservar a continuidade da família, o consentimento dos pais é uma barreira criada em alguns casos, conforme leciona Dias (2010, p. 480):

Descabida a indispensabilidade da expressa manifestação dos pais registrais para a adoção, quando já existe o vínculo de filiação afetiva. Estando o adotando convivendo com os adotantes, nada justifica exigir a concordância dos genitores. De qualquer modo, a eventual recusa de qualquer dos genitores precisa ser justificada. Cabe figurar o exemplo de o genitor não conviver com o filho, que cria forte vínculo com o padrasto. Assim, é desarrazoado impedir a adoção pela falta de concordância do genitor, até porque sua postura enseja, inclusive, a perda do poder familiar.

Assim, sendo o direito da convivência familiar pertencente à criança, uma vez sendo sua família desestruturada, ela tem o direito de ser acolhida em um ambiente que lhe garanta um crescimento saudável, não podendo o genitor que até esta hora nunca proveu assistência material nem afeto impedir esta medida.

3.2.2 O estágio de convivência

É necessário para prolatar a sentença de adoção de criança e adolescentes a realização do estágio de convivência com o adotante, acompanhado por equipe interprofissional, pelo prazo que o juiz fixar.

Não há na legislação um prazo mínimo que o juiz deva fixar para o estágio de convivência, salvo no caso de adoção internacional, que deve ser de no mínimo trinta dias, em território nacional. O juiz tem liberdade de fixar o prazo, mas a equipe interprofissional emitirá laudo auxiliando o magistrado. É imprescindível a realização, sendo dispensada somente nos casos onde se possa visualizar que os laços afetivos já estão consolidados.

O estágio é realizado justamente para verificar a compatibilidade do adotante com a adoção e a afinidade com o adotando. Desta forma corrobora Bodarillo (p. 226-227 apud Farias e Rosenvald, 2010, p. 919):

Essa aferição se faz extremamente necessária, pois não basta que o adotante se mostre uma pessoa equilibrada e que nutre grande amor pelo próximo, uma vez que breve em superficial contato nas dependências do juízo não garante aquilataram-se as condições necessárias de um bom pai ou uma boa mãe.

Venosa (2007, p. 273) também destaca a importância do estágio:

Esse estágio tem por finalidade adaptar a convivência do adotando ao novo lar. O estágio é um período em que se consolida a vontade de adotar e de ser adotado. Nesse estágio, terão o juiz e seus auxiliares condições de avaliar a conveniência da adoção.

Assim, se comprovando a compatibilidade com a adoção, a probabilidade de se obter sucesso é alta. O juiz, baseado no laudo emitido pela equipe, pode prolatar a sentença com mais segurança, garantindo que aquela pessoa está apta a adotar e que o adotado está indo para um lar onde vai ser garantido tudo que lhe for necessário para um crescimento saudável.

3.3 EFEITOS JURÍDICOS DA ADOÇÃO

Sendo a adoção um instituto milenar, seus efeitos se modificaram de acordo com a sociedade e a época em que estava inserida, conforme já descrito anteriormente. Hodiernamente, seus efeitos podem ser divididos em duas espécies: de ordem patrimonial e de ordem pessoal.

Os efeitos de ordem pessoal versam primordialmente, como bem lembra Carvalho (2009, p. 363) na quebra do vínculo de filiação com os pais biológicos, ressalvada a questão matrimonial, e na sua respectiva inserção na família adotante.

Esses efeitos surgem a partir da sentença judicial que constitui essa nova situação jurídica. Assim, a partir do trânsito em julgado da sentença, o adotado passará a ter qualificação igual a de filho biológico. Faz-se mister destacar o procedimento depois da sentença judicial como forma de preservar a exposição que é característica do próprio processo de adoção, trazida por Gagliano e Pamplona Filho (2011, pág.667):

O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandato, do qual não se fornecerá certidão (art. 47, ECA), como decorrência da própria garantia constitucional da preservação da intimidade e da vida privada.

A partir da leitura do art. 41 do ECA pode-se notar os primeiros efeitos de ordem pessoal: “Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

A adoção é um modo de filiação por ficção legal, ou seja, ela faz surgir um elo de filiação, que une uma pessoa a outra, geralmente estranha, através de uma norma jurídica. Ela faz com que uma pessoa se torne filho, com direitos e deveres iguais aos biológicos, de um pai não biológico através da ligação socioafetiva, por intermédio de uma sentença judicial.

Ressalvada a questão matrimonial, que por uma questão de ética e de costumes é respeitada, o adotado se desliga totalmente da família anterior.

Outro efeito decorrente dessa nova situação jurídica é a transferência do poder familiar dos pais biológicos para o novo núcleo familiar. Assim, sendo realizada a adoção, o filho adotivo se submete ao poder familiar não mais da família anterior, mas da adotante. Desta forma, afirma-se também que após a adoção, o domicílio do adotado será o mesmo do adotante, no caso de ser menor e sendo o adotante estrangeiro, nova nacionalidade terá o adotado.

Os principais efeitos patrimoniais decorrentes da adoção trazidos pela legislação vigente giram em torno da prestação de alimentos e os que versam sobre a questão sucessória, entre adotante e toda sua família extensiva.

A partir do princípio trazido pela Constituição de 1988 da igualdade entre filhos, o dever de prestar alimentos tornou-se legítimo a partir da sentença constitutiva, pois a partir desta, adotante e adotado tornam-se parentes, caracterizada a filiação, vedada a discriminação entre filhos biológicos e adotivos.

Essa obrigação está disposta no art. 1.694 do Código Civil Brasileiro: “Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

Deve-se entender alimentos não só como fornecimento de comida, mas também de tudo que garanta o mínimo básico de sobrevivência, como afirma Carvalho (2009, pág.389):

Alimentos, no conceito do Direito de Família, é a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades de sobrevivência, tratando-se não só de sustento, como também de vestuário, habitação, assistência médica em caso de doença, enfim, de todo o necessário para atender às necessidades da vida e, em se tratando de criança, abrange o que for preciso para sua instrução.

Desta forma, tanto o adotante deve prestar alimentos ao adotado, assim como pode, quando for necessário, pedir prestação alimentícia ao adotado, se possível. No entanto, desaparece a obrigação da prestação alimentícia com a família anterior, pois com a sentença constitutiva, rompe-se o vínculo anterior e se constitui uma nova filiação.

Na questão sucessória, o filho adotivo é equiparado aos filhos naturais, por força do princípio da igualdade dos filhos, esculpido no art. 227, § 6º da Constituição Federal: “Art. 227 § 6º - 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”.

Assim, o filho adotivo em concorrência com os filhos biológicos que eventualmente existam, está em primeiro lugar na ordem de sucessão legítima, como traz o art. 41, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente: “§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária”.

O reconhecimento da ligação afetiva, do amor e do sentimento de cuidado na filiação socioafetiva foi um grande avanço no instituto. Até outrora não havia esse reconhecimento, o que fazia com que a adoção não tivesse um sentido maior, o caráter e intuito que tem atualmente.

No ordenamento jurídico pátrio há uma gama de direitos e deveres decorrentes da adoção, que de forma sucinta, Diniz mostra (2006, p.510 – 513):

- a) Direito do adotante de administração de dos bens do adotado menor;
- b) obrigação do adotante de sustentar o adotado enquanto

durar o poder familiar; d) direito à indenização do filho adotivo por acidente de trabalho; e) responsabilidade civil do adotante pelos atos cometidos pelo adotado, menor de idade; i) rompimento do testamento se sobrevier filho adotivo; j) direito do adotado de recolher bens deixados pelo fiduciário.

Todos esses efeitos patrimoniais decorrentes da adoção se justificam pela posição em que o adotado agora se encontra: filho. Como é vedada distinção na filiação, todo o direito que um filho biológico teria, o adotado agora também tem.

3.3.1 A mudança de nome do adotante

Um dos efeitos de ordem pessoal que surgem com a sentença constitutiva de adoção é a mudança do sobrenome do adotado. Ter o sobrenome dos pais é direito do adotado. É garantido ao adotado o uso do patronímico do adotado, já pra não se criar diferenças entre eventuais outros filhos e como forma de melhor inserir o adotado no novo núcleo familiar. Como afirma Gonçalves (2011, p. 404)

Porém, há a possibilidade do adotando mudar o seu prenome. O pedido de mudança do prenome deve ocorrer logo na inicial, que pode ser por pedido próprio ou do adotante. Caso seja feito pelo adotante, deve seu haver consentimento do adotando para tanto. Se o pedido for feito pelo adotando, deve-se analisar seu grau de compreensão e desenvolvimento psicológico. Se houver discordância por parte do adotando em mudança de prenome, deve o juiz atentar pelo melhor interesse da medida, conforme Farias e Rosenvald (2010, p.934).

Geralmente ocorre a mudança de prenome quando o adotando ainda é recém-nascido ou ainda seja muito novo e não atenda ainda pelo prenome original. Ainda ocorre a mudança em casos em que o adotando tem o mesmo nome do seu genitor e, devido a situação vivida por este enquanto no poder familiar daquele, decide mudar seu nome,

3.3.2 A investigação da ancestralidade

É resguardado ao adotando, após os dezoito anos, o direito de acesso irrestrito ao processo e conhecer sua origem biológica e, quando menor de dezoito anos, com o devido acompanhamento psicológico e jurídico. Embora a sentença torne extinta a ligação com os genitores, o adotando tem o direito de conhecer sua origem e descendência, como tratam Farias e Rosenvald (2010, p. 932):

Significa dizer: o filho adotivo não poderá investigar a paternidade ou maternidade de outra pessoa, mesmo que se trate de seu genitor. Isso não se confunde, porém, com o direito a investigação da origem genética ou origem ancestral, para fins meramente personalíssimos, de conhecimento dos dados biológicos originários, sem qualquer efeito patrimonial.

Caso não se conheça a descendência do adotado, pode ele requerer via judicial a declaração de ascendência genética. A ação, diferentemente da ação investigatória de paternidade, não busca direitos patrimoniais, sucessórios, nem registrais, mas tão somente conhecer sua origem, como afirma Carvalho (2009, p. 325):

Leciona que o direito ao nome e a origem à ancestralidade inserem-se no conceito de dignidade da pessoa humana, tratando-se de direito da personalidade, imprescritível e indisponível, conferindo-se, portanto, o direito de conhecer sua origem biológica ou ancestralidade.

Isso se dá pelo caráter inalienável, indisponível, absoluto e indisponível dos direitos da personalidade. Mesmo que seja conhecida a ancestralidade ou origem genética do adotado, a adoção não se desmantela e, conhecendo a sua origem, fica mais fácil a aplicação da lei na questão dos impedimentos matrimoniais.

Desta forma, ainda cabe ao adotando pedir a declaração a partir da compatibilidade genética com o possível avô. É o que a doutrina chama de investigação de paternidade avoenga, ajuizada face ao avô, quando não possível encontrar o pai. Nos mesmos moldes da declaração de paternidade, não se requerendo nenhum direito senão tão somente o conhecimento de suas origens, pode o adotando ajuizar ação para declarar sua ancestralidade face seu possível avô.

3.4 ASPECTOS PROCESSUAIS DA ADOÇÃO

A adoção, de acordo com a legislação pátria vigente, sempre será realizada por meio de ação judicial, seja ela de criança ou adolescente, seja de adultos. A adoção por ato contratual antes existente, agora não é permitida, sendo possível apenas pela via judicial.

O pedido de adoção se faz por intermédio da Ação de Adoção, formulado por advogado devidamente constituído ou pela Defensoria Pública, sendo vedada adoção por procuração, e deve conter a qualificação dos adotantes, adotados e de seus genitores, demonstrando os motivos que justificam o pedido.

Em um primeiro momento, o pretendente a adotar irá passar por um estágio de preparação para adoção, onde frequentará programas de preparação psicológica em casas de acolhimento, buscando tornar próximo o contato com as crianças e estimulando a adoção interracial, de crianças com enfermidades.

Passado esse período de preparação e sido comprovado a existência de possibilidade de adoção, o candidato é inscrito em um cadastro que é mantido em cada comarca, onde estão inscritos os pretendentes à adoção e as crianças e adolescentes aptas a serem adotadas.

A competência para tramitação do processo de adoção, quando adotando menor de dezoito anos, é a vara da infância e juventude é do domicílio do detentor de sua guarda, conforme Súmula 383 do STJ: “A competência para julgar e processar ações conexas de interesse do menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda. Quando maior for o adotado, será o seu domicílio”.

É obrigatória a participação do representante do Ministério Público, podendo o mesmo requerer provas, recorrer mesmo sem interposição das partes.

Conforme dito antes, se o adotante for maior de doze anos, deve haver seu oitiva. Deve haver também consentimento dos pais do adotando, salvo no caso de desconhecimento ou destituição do poder familiar.

É ainda divergente no mundo jurídico a ideia de cumulação do pedido de adoção com a destituição do poder familiar. Embora o STJ tenha reconhecido impossível devido a gravidade do pedido, podendo a criança perder o vínculo com

seus pais, o TJ de Minas Gerais já deu decisão julgando possível cumular, justificando-a no interesse do menor, nas palavras de Carvalho(2010, p. 349):

Fundamenta-se sobre a possibilidade de destituir o poder familiar cumulado com o pedido adoção com pressuposto lógico de seu deferimento, tratando-se de pedido implícito, observando-se a supremacia dos interesses maiores do menor e a existência de elementos suficientes.

Desta forma, embora na dia a dia forense se visualize, não é possível a cumulação dessas ações, tendo em vistas terem procedimentos diferentes e contraditórios.

Carvalho (2009, p. 366) traz em sua obra sobre os possíveis vícios que possam acometer a adoção. De acordo com a gravidade do ato, pode causar a inexistência, nulidade ou anulação da adoção.

A adoção será inexistente quando apenas aparentar ter sido feito nos moldes legais, porém está viciado de erro essencial, como o adotado não consente com o ato, qualquer o representante do Ministério Público não intervém no processo ou se o adotante for incapaz, ausente ou interditado.

A adoção será nula quando o vício recair sob circunstância essencial, insanável, indo de encontro à própria lei ou princípios, como ocorre quando o adotante tem menos de dezoito anos; a falta de consentimento dos pais biológicos, sem antes ter ocorrido a perda do poder familiar.

Por fim, a adoção será anulável quando apresenta um vício que pode ser sanado, como ausência da pessoa sob cuja guarda se encontra o adotado.

4 QUESTÕES CONTROVERSAS NAS AÇÕES DE ADOÇÃO

Sendo o princípio da afetividade norte de todo o estudo do Direito de Família e se levando em conta que a sociedade atualmente se transforma numa velocidade que a legislação não tem condições de acompanhar, surgindo situações e dúvidas quanto à aplicação da lei antes não previsíveis. Desta forma, cabe ao judiciário a interpretação correta da lei e sua aplicação em cada caso complexo que se apresentam.

Questões relativas à adoção como a possibilidade de adoção homoparental, que não existia até um passado próximo, mas que com a transformação de valores da sociedade atual surgiu, ficam a cargo dos tribunais e dos doutrinadores elucidar. A conveniência da adoção internacional, a possibilidade da realização da adoção à brasileira, firmada a partir da reiterada prática no país, a adoção *intuitu personae* são assuntos que estão em debate no cenário jurídico nacional.

Por fim, a promulgação da Lei 12.010 de 2009, com a obrigatoriedade do cadastro de adoção e sua aplicação equivocada nas Varas de Infância e Juventude, mantém acesas as discussões acerca do princípio da afetividade como forma de se garantir o melhor interesse da criança e do adolescente, face a doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta.

4.1 ADOÇÃO INTERNACIONAL

A adoção por estrangeiro é uma medida excepcional, sendo residual a adoção por brasileiro, de tal forma que o brasileiro residente no exterior tem preferência aos estrangeiros propriamente ditos. O próprio art. 51, § 1º, II diz que só será concedida adoção a estrangeiro, quando forem esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança em família substituta brasileira. A adoção é o único modo de se colocar criança brasileira em família estrangeira, como forma de combate ao tráfico de menores.

Quando ao procedimento, se assemelha ao da adoção por brasileiro, com as devidas adaptações. O estrangeiro que quiser adotar deverá requerer a habilitação na Autoridade Central referente à adoção no país, que fará um relatório com as informações necessárias para analisar se o pretendente realmente tem condições. Este relatório será enviado à Autoridade Federal Brasileira e Estadual central, que ainda poderá fazer complementações ao estudo psicossocial do pretendente.

Após essa análise do candidato, se verificada a capacidade de adotar e que a legislação do país de acolhida se assemelha quanto aos direitos da criança, que garanta seu melhor interesse, é deferida a inscrição no cadastro e é entregue um laudo de habilitação à adoção internacional, com validade de até um ano. A partir daí, ele pode ingressar na via judicial com pedido de adoção, de acordo com o que Autoridade Estadual indicou.

Há de se observar que o estágio de convivência obrigatório pela lei de ser cumprido integralmente no Brasil e não no exterior.

A sentença que concede a adoção deve ser homologada no país estrangeiro e ele concede automaticamente ao adotado a condição de cidadão nato no país de acolhida, por força do princípio da igualdade entre filhos.

A adoção internacional é de alcance muito restrito, comprovando isso há dados da Secretaria de Direitos Humanos do Governo Federal que mostra que entre 2003 e 2011 houve apenas 3.594 adoções realizadas por estrangeiros. Como afirma Dias (2010, p. 486):

Com a chama Lei de Adoção, o ECA passou a regulamentar de forma exaustiva a adoção internacional (ECA, 51 a 52-D). Mas impôs tantos entraves e exigências que, dificilmente, conseguirá alguém obtê-la. Até parece que a intenção foi vetá-la.

Assim, a adoção internacional embora seja uma oportunidade de oferecer meios para a criança e adolescente se sobressair na vida e de crescer em uma cultura diferente, geralmente em países onde o índice de desenvolvimento humana é maior, vem sido desestimulada. Os abrigos e casas de acolhimento estão cheios e a procura de estrangeiros por adoção é grande. Se obedecidos todos os requisitos e comprovados os motivos legítimos e reais vantagens para o adotado, não deveria haver obstáculo para essa modalidade de adoção.

4.2 ADOÇÃO PÓSTUMA

Embora a adoção surja de uma sentença constrictiva *ex nunc*, a lei trouxe a possibilidade de a sentença retroagir. É o caso da adoção póstuma, que durante o curso do processo, o adotante morre, porém devido já estar comprovado o real interesse de adotar, o consentimento do adotando, os reais benefícios que viriam, a sentença retroage para antes da morte para que se constitua a adoção. É necessário, porém, que já se tenha iniciado algum procedimento.

Com a omissão legal diante de qual seria este procedimento, surgem duas vertentes que buscam elucidá-la. A primeira vertente define procedimento como qualquer ação que vise colocar a criança ou adolescente em uma família substituta, seja guarda, tutela ou a adoção propriamente dita. Assim, o que seria levado em conta era a vontade que o *de cuius* teve em adotar a criança ou adolescente. A outra parte da doutrina, afirma que o procedimento seria tão somente o da adoção. Só seria cabível, para esta doutrina, se o processo de adoção já estivesse iniciado, como afirmam Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 662-663):

Trata-se, em nosso sentir, de uma medida de justiça, em respeito a pessoa que, tendo iniciado o procedimento de adoção, segundo a sua livre manifestação de vontade, teve a vida ceifada, pelas mãos do destino, antes da prolação da sentença.

Porém, as decisões mais recentes dos tribunais vêm admitindo a possibilidade de adoção póstuma em casos onde o adotante nem mesmo tenha iniciado qualquer procedimento para tanto, conforme o Min. Ruy Rosado Aguiar (2003, p. 238):

ADOÇÃO PÓSTUMA. PROVA INEQUÍVOCA.

O reconhecimento da filiação na certidão de batismo, a que se conjugam outros elementos de prova, demonstra a inequívoca intenção de adotar, o que pode ser declarado ainda que ao tempo da morte não tenha tido início o procedimento para a formalização da adoção. - Procedência da ação proposta pela mulher para que fosse decretada em nome dela e do marido pré-morto a adoção de menino criado pelo casal desde os primeiros dias de vida. - Interpretação extensiva do art. 42, § 5º, do ECA. - Recurso conhecido e provido

O fato de não se ter iniciado qualquer procedimento não é uma barreira para a adoção *post mortem*. Se o adotante tenha demonstrado de forma límpida o desejo de adotar durante sua vida, se o afeto realmente existira e havia estabelecida a relação pai e filho, não pode ser uma simples disposição legal que torne impossível a realização dessa adoção.

Nesse entendimento afirmam Farias e Rosenvald (2010, p. 930):

No entanto, em louvável posicionamento, a jurisprudência vem mitigando a dureza da norma legal, admitindo que a adoção seja deferida mesmo que o procedimento em juízo não se tenha iniciado, dès que comprovada a inequívoca manifestação de vontade do adotante. Sem dúvidas, é a melhor solução na medida em que a vontade de adotar pode ter sido manifestada, inequivocamente, antes mesmo do ajuizamento da ação.

Reconhecer a adoção póstuma sem prévia manifestação judicial é reconhecer a prevalência dos direitos da criança e do adolescente, em face da doutrina da proteção integral. Os interesses da criança e do adolescente se sobrepujam aos demais bens ou direitos protegidos pela legislação. No momento em que não se confirma a adoção *post mortem*, está impedindo a eficácia desses direitos, ao passo que está prejudicando, pela condição única que está a criança, o seu completo e saudável desenvolvimento.

4.3 ADOÇÃO POR CASAL HOMOPARENTAL

Diante da omissão legislativa, surgiu um embate quanto à adoção por pares homoafetivos, uma parte da doutrina afirmando ser impossível diante justamente dessa omissão e outra defendendo o contrário.

Sendo a entidade familiar protegida pela Constituição Federal, e sendo a união homoafetiva considerada entidade familiar, considerando-se o posicionamento dos Tribunais, não há que se negar o deferimento da adoção à famílias homoparentais. Os requisitos expressos no Estatuto da Criança e Adolescente são a apresentação de reais vantagens para o adotado e que se fundem em motivos legítimos, não sendo a opção sexual de observância necessária. Não existe nenhum

obstáculo nem no ECA, nem na Lei 6.015 de 1973 – Lei de Registros Públicos, para que se conceda a adoção. A opção sexual não indica se serão bons pais ou não.

Estudos na área da psicologia citados por Farias e Rosenvald (2010, p. 926) afirmam:

Registre-se, inclusive, a inexistência de qualquer prejuízo à formação da criança e do adolescente por conta de uma suposta influência na condição homossexual, como vem sendo consolidado pelos estudos e pesquisas da Psicologia contemporânea. Até porque não se pode esquecer que a orientação sexual dos pais não vincula o filho. O que revela, no ponto, é a salvaguarda do interesse infanto-juvenil, respeitada a dignidade e o ambiente propício a convivência familiar.

Alguns tribunais já consolidaram esse entendimento, conforme a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE.

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. **NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGredo DE JUSTIÇA)**

Desta forma, negar um pedido de adoção por uma família homoparental se justifica em apenas duas hipóteses: ou total desconhecimento do estágio dos estudos realizados no mundo jurídico que afirmam a possibilidade; ou o preconceito e discriminação com a opção sexual de cada um, direito resguardado pelo ordenamento jurídico pátrio. Deve-se ter foco na adoção ao tratamento que a criança vai receber, observando se há motivos que justificam a medida e se há reais vantagens da criança ser adotada.

Há grande resistência por parte da sociedade em aceitar o casal homossexual, pela falsa ideia de falta de moralismo e ética predominante até certo tempo passado. Esse entendimento já se encontra ultrapassado, diante da pluralidade de convicção e pensamentos existente, protegido pela nossa Constituição. Não pode haver mais espaço para preconceitos e discriminação deste tipo numa sociedade cada vez mais desenvolvida intelectualmente.

4.4 ADOÇÃO À BRASILEIRA E INTUITU PERSONAE

Hodiernamente, a afetividade vem sendo norte para o estudo de todo o Direito das Famílias. Desta forma, com mudança do perfil sociológico e a prática de novos costumes, surgiram fatos que mantêm aceso nos tribunais o estudo da relação afetiva presente no processo de adoção, como é o caso da adoção à brasileira ou afetiva e da adoção *intuitu personae*.

No Brasil surgiu uma prática que foi bastante usual durante um bom período: o registro de uma criança como filho se fosse, sabendo que não é. A jurisprudência consagrou como adoção à brasileira, ou adoção afetiva. É uma prática ilícita, não passa pelo crivo da sentença judicial, é considerada crime, porém usualmente não se aplica a lei penal nessas situações, pois o fim dessa prática é legítimo e humano, baseado no afeto existente.

Porém, há casos registrados de pessoas que registram sabendo que não são filhos e finda a relação do casal, pede a investigação de paternidade ou anulação do registro com intuito de se safar dos deveres decorrentes do estado de filiação. Ora, a adoção tem caráter irrevogável, sendo impossível a hipótese de arrependimento posterior. Mesmo sendo ilegal a prática, não tramitando um processo judicial para adotar, consideram-se seus efeitos válidos, como forma de proteger até mesmo o crescimento saudável e o estado psicológico do filho registrado, como leciona Dias (2010, p. 489):

E, como a adoção é irrevogável (ECA, 39 §1º), não se pode conceder tratamento diferenciado a quem faz uso de expediente legal. Inquestionável a vontade de quem assim age em assumir a paternidade, não podendo ser aceito arrependimento posterior.

Imperativo prestigiar a posse de estado de filho de que desfruta o registrado, na medida em que se configurou a filiação afetiva.

Assim, embora a prática não seja lícita, seus efeitos perduram, como afirmam Farias e Rosenvald (2010, p.928): “Ou seja, não se trata de uma adoção, tecnicamente considerada, mas terá efeitos jurídicos protegidos pelo sistema”. A adoção à brasileira é uma firmada no afeto existente.

Sendo o afeto que é mais levado em conta, a troca de amor paternal existente, se for fundada em motivos legítimos, onde se possa garantir o crescimento sadio da criança, a adoção à brasileira não deveria ser vedada. Deveria se considerar adoção afetiva como se legítima fosse, bastaria estabelecer alguns critérios como forma de proteger a criança, como o crivo jurisdicional.

Baseada também na relação afetiva, existe a adoção *intuitu personae*. Essa modalidade ocorre em diversos fatos, mas se mais visualiza quando quem é genitor expressa seu consentimento ou sua vontade de certa pessoa adotar o seu filho. Dias (2010, p. 490) traz algumas possibilidades de acontecer, como, por exemplo, a mãe entrega o filho a certa pessoa, quando uma pessoa desejar adotar criança determinada, ou quando se deseja criar uma criança abandonada no lixo, ou quando a criança já está na tutela ou curatela do adotante.

Com a promulgação da Lei 12.010 de 2009, houve a obrigatoriedade da criação de um cadastro duplo em cada comarca: um de pessoas que queiram adotar e um com crianças aptas à adoção. Para que se possa ser incluído nesse rol é necessário preparação psicossocial, após entrar via judicial. Acontece que, com a severa observância desse cadastro, a adoção *intuitu personae* tornou-se bastante restrita, tornando-a possível somente em casos excepcionais como nos casos de adoção unilateral ou quando o adotante já possua a tutela ou curatela da criança.

Porém nada justifica essa restrição. Sendo a adoção um instituto que anda em paralelo ao princípio da afetividade, um procedimento judicial não pode reduzir sua eficácia. Na maioria dos casos dessa modalidade de adoção o pretendente à adoção nunca havia pensado em adotar, por isso não requereu a sua inscrição no cadastro, mas devido à situação em que se encontra decidiu adotar, como no caso de encontrar criança abandonada.

A lei não evolui com passos tão rápidos quanto à sociedade de hoje. Embora se crie um mecanismo para maior controle estatal do instituto, este não pode se

tornar uma barreira. Certas condutas devem ser regradas ou vedadas, porém a característica principal da adoção, o afeto e amor, não. É o que afirma Dias (2010, p. 490): “É a tal intransigência e a cega obediência à ordem de preferência que se deixa de atender a situações em que, mais do que necessário, é recomendável deferir a adoção sem atentar à listagem”.

Os princípios, como nortes da criação e interpretação das leis não devem ser restringidos por elas próprias, seria uma forma de regressão legislativa. Embora haja a possibilidade, não é recomendado, torna confusa a interpretação da lei. O simples fato de não estar registrado no cadastro de adoção não afasta a possibilidade de adotar, do contrário, seria reduzir o alcance da doutrina da proteção integral e afastar o que seria o melhor interesse da criança e adolescente.

4.5 O CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO

A Lei 12.010 de 2009, por força do seu artigo 50, trouxe a obrigatoriedade da autoridade judiciária de cada comarca de manter um cadastro duplo: um com crianças em condições de serem adotadas e outro com pessoas que pretendem adotar.

A inscrição desse cadastro deve ser feito por meio de procedimento judicial e precedido de preparação psicossocial e jurídica, acompanhado por equipe interdisciplinar e pelo Ministério Público, que analisarão a aptidão da pessoa para adotar. Durante essa preparação é incluído contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional.

Embora esse contato com crianças e adolescentes seja, por hora, bem visto como forma de adaptar o pretendente a adoção à realidade que vai ser vivida e incentivar a adoção de grupo de crianças menos adotadas, como negros, maiores de doze anos, irmãos e deficientes, torna-se um meio algoz. A visita é obrigatória e sua finalidade geralmente é esquecida quando o pretendente a adoção é inscrito no cadastro.

Severas críticas são tecidas a respeito deste ponto, conforme trata Dias (2010, p. 496):

Mas há uma exigência que se afigura particularmente perversa. Incentivar, de forma obrigatória, o contato dos candidatos com crianças e adolescentes que se encontram institucionalizados e em condições de serem adotados. Além de expô-los à visitação, pode gerar neles e em quem as quer adotar falsas expectativas. Afinal, a visita é tão somente para candidatar-se à adoção.

Na situação em que as crianças e adolescentes se encontram em acolhimento institucional, a visita de candidatos à adoção faz com que eles criem a expectativa de encontrar uma família que as acolham, porém, como o cadastro impõe uma ordem cronológica de pretendentes, a família com que a criança estabeleceu certos laços de afeto e afinidade nem sempre vai poder adotá-la. Todo o contato que a criança teve com família tem fim quando acontece a inscrição do pretendente à adoção é realizada.

O estágio de convivência é o único momento em que a criança tem a oportunidade de criar laços com a família, porém muitas vezes o desejo dessa criança era estar em outra família, com a qual teve contato durante o período de preparação. Isso afeta o psicológico da criança, que como ser em formação, é altamente vulnerável a possíveis distúrbios emocionais e psicológicos. Isso só complica mais o processo de adoção, que já é uma tortura psicológica para a criança, pela demora, dramas vividos e pelas perdas de vínculos afetivos passados.

A lei impõe que deve haver também a criação de cadastros estaduais e um cadastro nacional de adoção, administrado pelo Conselho Nacional de Justiça, que dispões acesso aos membros do Ministério Público, como afirma o *parquet* do Rio de Janeiro (2013) e magistrados da área de Infância e Juventude, com o objetivo de tornar dinâmico, fazer cooperação mútua e a troca de informações, abrindo a possibilidade de uma criança ou adolescente de um estado ser adotado em outra localidade, respeitada a questão sociocultural de cada caso.

Em sede de adoção internacional, o cadastro de adoção terá lista distinta das inscrições de residentes no país. Essa diferenciação se dá pelo próprio tratamento que a lei impõe. A adoção internacional somente é possível quando, após consultar o cadastro de adoção, não existirem nem na comarca, nem no estado, candidatos aptos ou interessados à adoção, por isso se afirma que a adoção internacional é subsidiária à adoção por nacionais.

O Cadastro Nacional de Adoção foi criado, em um primeiro momento, como forma de combate ao tráfico de menores e de órgãos. Com a obrigatoriedade do cadastramento, torna-se mais difícil a prática dos ilícitos. No cenário jurídico atual, o cadastro se fundamenta em tornar mais fácil a tarefa de se encontrar um lar para a criança e uma criança para o pretendente da adoção, é uma via de mão dupla, conforme Rossato e Lépure (2009, p. 55): “Trata-se de um mecanismo que possibilita o cruzamento de dados e a rápida identificação de crianças ou adolescentes institucionalizados. Tal expediente permite, ainda, o intercâmbio de informações entre comarcas e regiões”.

Ainda sobre a finalidade do cadastro, nos informa Dias (2010, p. 499):

A finalidade das listas é agilizar o processo de adoção. Isso porque, se fosse necessário primeiro esperar a destituição do poder familiar para inserir a criança no rol dos adotáveis e, depois, se partisse em busca de alguém que a quisesse, para só então proceder à habilitação do candidato à adoção, muito tempo passaria, deixando-se de atender o melhor interesse da criança.

Desta forma, o cadastro de adoção, a partir de dados concedidos pelas partes, buscou organizá-los para auxiliar o juiz da vara de infância e juventude na condução do processo e aos membros do Ministério Público a fiscalização e a convocação dos pretendentes.

Dados do CNJ (2013) mostram que existem 4.685 crianças e adolescentes para serem adotadas, enquanto existem 27.052 pessoas que pretendem adotar. O perfil de crianças mais procuradas é a aquela de cor de pele clara, com até um ano de idade, sem irmãos e sem deficiência física ou psicológica, o que vai totalmente a confronto com a realidade. A maioria das crianças disponíveis a adoção são negras ou pardas e maiores de três anos de idade, o que faz com que o processo de adoção tenha um entrave e exista uma grande demora dessas crianças em sair de instituições de acolhimento.

A legislação estabelece a obrigatoriedade da inscrição no cadastro de adoção como requisito fundamental do processo, mas são admitidas algumas exceções a essa regra: quando se tratar de adoção unilateral e quando formulada por parente da criança ou quando já detém tutela ou guarda de criança maior que três anos, ambos comprovada a existência de laços afetivos.

Nesse sentido, lecionam Farias e Rosenvald (2010, p.499):

A regra geral de que somente as pessoas inseridas nas listas é que podem adotar admite temperamentos. Com efeito, a própria legislação, no § 13º do art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, autoriza a adoção por família ou pessoa não cadastrada, havendo a comprovação do preenchimento dos requisitos exigidos pelo sistema.

A adoção sem prévio cadastro, nos termos acima descritos, está vinculada à comprovação de que realmente existam reais motivos para a concessão da medida. Além de tudo, deve se provar que não existe má fé por parte do adotante. Má fé é entendida como a possibilidade da prática de ilícitos ou quando, com a concessão da adoção, o adotado ficaria em segundo plano, pois o adotante estava interessado em satisfazer questões pessoais suas, quando a criança tem certa quantidade de bens, por exemplo.

Desta forma, embora não esteja inscrito no cadastro, incumbe ao adotante comprovar durante o curso do processo que cumpre os requisitos estabelecidos pela lei, assim como cabe ao magistrado e ao *parquet* a fiscalização e se a colocação em outra família por meio de adoção se apresenta como a melhor medida a ser tomada.

4.6 A PRIORIDADE DA RELAÇÃO AFETIVA EM DETRIMENTO DO CADASTRO DE ADOÇÃO

Conforme fora dito, a lei estabeleceu a obrigatoriedade de um registro em cada comarca tanto das crianças a serem adotadas, assim como das pessoas interessadas na adoção, conforme seu art. 50: “Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção”.

Esse cadastro foi criado como forma de agilizar e tornar mais eficaz o processo de adoção, pois a partir do cruzamento de dados e da obrigatoriedade de cadastramento anterior, tornaria mais célere a saída da criança da instituição de acolhimento e de outro lado, tinha a certeza que a família pretendente seria preparada e haveria menores possibilidades da ocorrência de tráfico de menores. Com o cruzamento de dados das demais localidades do país, poderia ser analisada

a situação dos processos de adoção em todas as Varas de Infância e Juventude, se realmente o cadastro estaria funcionando e, se não, quais os obstáculos que estavam barrando o seu normal funcionamento.

Acontece que, observando-se a prática forense diária, começou a surgir por parte das autoridades judiciárias uma exacerbada veneração ao cadastro, tornando-o até de certo modo imutável e intangível, ao ponto que nenhuma hipótese era justificativa para desobedecê-lo. Visualiza-se que o cadastro tornou-se um mecanismo rígido e enferrujado.

Buscou-se a celeridade e efetividade do instituto, mas se conseguiu a injustiça e o não uso da razão. Como era obrigatória toda uma preparação anterior, a inscrição, a obediência de uma ordem cronológica, o processo de adoção se tornou mais lento e injusto. Esse mesmo pensamento compartilha Dias (2010, p.500):

Portanto, o que era pra ser um simples mecanismo, singelo instrumento agilizador de um procedimento, transformou-se em fim em si mesmo. Em vez de lei liberatório, passou a ser fim inibitório e limitativo. Com isso, olvida-se tudo que vem sendo construído pela doutrina e já é aceito pela jurisprudência, quando se fala em vínculos familiares.

Embora na própria legislação exista dispositivo que a possibilidade de pessoa não cadastrada adotar, como no §13, II do art. 50 do ECA, onde se permite manter vínculos afetivos com a crianças, o engessamento do cadastro é de tamanha magnitude que até nesses casos o pedido é indeferido.

Sem dúvidas deve se levar em conta a finalidade social do cadastro de adoção: tratar com isonomia todos os pretendentes a partir de uma organização e estabelecimento de uma ordem de preferência entre os pretendentes. Disciplinar o processo de adoção é preciso, até como forma de se evitar a diferenciação entre os pretendentes e dirimir a prática de ilícitos relativos à adoção, assim como a má-fé de alguns, porém o que não pode acontecer é que um procedimento administrativo se torne mais importante que a adoção em si. Tratar o afeto de forma subsidiária à obediência do cadastro é ir afrontar o princípio do melhor interesse do menor. O cadastro serve para organizar a adoção e não para ser mais importante que os fins dela.

A interpretação restritiva das exceções à inscrição do cadastro de adoção contidas no §13, II do art. 50 do ECA é descabida. O referido dispositivo não pode ser entendido como um rol taxativo, mas como exemplificativo. O princípio da afetividade, como norte de todo o estudo do direito de família, não pode ter sua interpretação mitigada. Ao passo que se restringe a interpretação desse princípio, está eliminando todo o enfoque que é dado ao bem-estar da criança e do adolescente, que é o âmago da adoção.

No momento que se afasta toda a atenção dada ao bem-estar do adotando, fica nítido o desrespeito à sua dignidade. Se a atenção for dada à observação do procedimento formal, se está desvirtuando até mesmo o sentido do cadastro, que é de se garantir o crescimento sadio da criança a partir da preparação psicossocial dos pretendentes. O que se busca no processo não é atender, de forma principal, os interesses dos pretendentes adotantes, mas de garantir o melhor interesse da criança ou adolescente.

Se for possível visualizar a existência de uma ligação afetiva entre o pretendente e o adotando e que essa relação se funde em motivos legítimos e possa garantir o melhor interesse do adotando, não há motivos para a não concessão. Basta verificar se na relação entre o adotante e a criança ou adolescente já se pode configurar o amor paternal, que a criança vê a figura de pai no adotante, e vice-versa. Até porque no momento em que uma pessoa cadastrada tenta obstar essa adoção só por estar regularizada no processo, está ignorando o bem-estar da criança e pensando somente em seus interesses pessoais.

No sentido da discussão acima, afirmou o Ministro Humberto Gomes de Barros (2007):

CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA PROVISÓRIA. COMÉRCIO DE MENOR. INEXISTENTE. FAMÍLIA AFETIVA. INTERESSE SUPERIOR DO MENOR. OBSERVÂNCIA DA LISTA DE ADOÇÃO.

- Mesmo em havendo aparente quebra na lista de adoção, é desaconselhável remover criança que se encontra, desde os primeiros dias de vida e por mais de dois anos, sob a guarda de pais afetivos. A autoridade da lista cede, em tal circunstância, ao superior interesse da criança (ECA, Art. 6º)."

Priorizar o procedimento legal ao afeto e amor existente é desrespeitar a dignidade estabelecida no art. 18 do ECA.

Pode-se conceber uma adoção como medida certa a ser tomada quando nota-se que o afeto existente fez com que a criança estivesse adaptada ao novo lar que agora a recebera e que esse lar irá disponibilizar todos meios para que ela se desenvolva. Não somente quanto ao aspecto material, mas também quanto ao lado sentimental. Quando há respeito e amor na família, há um alicerce bem fundado para se efetivar todos os direitos inerentes à criança.

Em decisão semelhante julgou o Supremo Tribunal de Justiça, o Ministro Massami Uyeda, levando em consideração a afetividade e o melhor interesse do menor:

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

I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o 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 cadastro é uma obrigação legal, porém não pode seu aparente desrespeito ser um obstáculo processual. As formalidades legais não podem ser mais importantes que o interesse da criança ou adolescente, principalmente quando se visualiza no caso concreto que há condições favoráveis ao seu interesse. Quando se efetiva o direito à convivência familiar da criança, levando em conta seu melhor interesse, caem abaixo os interesses de todas as outras partes do processo. Não pode ser ele uma condição *sine qua non* do processo. Qualquer disposição estabelecida referente à criança ou adolescente é sujeita a uma atenuação a partir da interpretação do princípio da afetividade e do melhor interesse do menor.

Se o aparente desrespeito do cadastro de adoção for o único motivo para a não concessão da medida, se estaria confrontando todos os direitos inerentes à pessoa do adotado.

Desta forma, pode-se afirmar que o aparente desrespeito ao cadastro de adoção não é tão importante ao passo de travar o processo, nem pode ser objeto principal da adoção, quanto garantir ao adotando seu crescimento saudável, baseado no amor, no carinho e no respeito. A concepção atual que tem esse instituto não mais admite a análise fria do texto legal, a adoção corresponde ao pensamento atual da sociedade que é de um instituto baseado estritamente no amor paternal, na ligação que extrapola os limites genéticos e sanguíneos e se configurando isso, não pode ser a mera obediência de um procedimento que vai impedir a construção de uma família, conforme Ieciona Carvalho (2009, p.346):

Não se trata a adoção de um ato de caridade, mas o estabelecimento de uma relação de filiação sem vínculos biológicos, que se dá no campo do afetivo e do amor, independente de genética, construída na convivência, no afeto recíproco. Adoção significa atualmente a busca de uma família para uma criança e uma criança para uma família, é sempre via de mão dupla, em que os filhos e pais se adotam e não apenas os pais adotam o filho.

Está obsoleta a ideia de adoção na ótica patrimonial. Atualmente a adoção é um instituto humano, fundado no afeto recíproco e na convivência. Afeto está inerente ao conceito de família na sociedade atual e a filiação socioafetiva se justifica tão somente pelo amor e afeto por outra pessoa.

Mesmo sem estar inscrito no cadastro, durante o processo de adoção será analisado pela equipe interprofissional a aptidão psicossocial do adotante. Se for visto que realmente está preparado e que não existe má-fé, que a relação afetiva está presente, afastar a criança só a trará danos psicológicos. Com isso, havendo embate da relação afetiva e as formalidades legais do cadastro de adoção, é indicado que a adoção seja deferida, como forma de proteção aos direitos inerentes à pessoa do adotado, que por sua condição de pessoa em desenvolvimento, é necessário garantir seu interesse acima de todos os outros para que se possa certificar que seu desenvolvimento seja completo e salubre.

5 CONCLUSÃO

A evolução histórica da adoção mostra que o instituto evoluiu seu conceito de uma medida apenas para assegurar o culto aos mortos e posteriormente patrimonialista para uma concepção mais humana, baseada em preceitos de amor, carinho e afeto existente entre adotante e adotado. Assim como sua natureza jurídica não é mais contratualista, baseada em apenas acordo de vontades. Atualmente a adoção é vista como de interesse público, necessitando de intervenção judicial para que seja concedida, demonstrando seu caráter excepcional.

A rigidez na fiel observância do cadastro de adoção faz com que o próprio perca seu sentido, que seria de tornar mais justa e célere o processo. A partir do momento que se prioriza um procedimento legal e deixa o afeto em segundo plano, se descaracteriza o atual entendimento acerca do instituto da adoção, que é fundado na relação afetiva e no amor existente entre adotante e adotado. O cadastro se torna um fim em si mesmo, pois ele foi feito tão somente para organizar o processo de adoção e não para ser mais importante que ela própria.

A interpretação da legislação deve ser feita de forma que não se prejudique a ligação afetiva, que deve se sobrepor. Isso é o que justifica a maleabilidade na observância dos preceitos legais e o surgimento de formas de adoção não expressas em lei.

Ao passo que se restringe a interpretação do princípio da afetividade no campo da adoção, se exclui a sua essência, que é proporcionar à criança e adolescente uma convivência e ambiente familiar equilibrado, onde seu maior interesse seja resguardado: o seu crescimento saudável com a garantia de sua dignidade. A aparente subversão do cadastro se justifica quando é colocado oposto a ele a ligação afetiva que a criança já criou com o pretendente a adoção, juntamente com os danos psicológicos que essa ruptura poderia causar.

Os danos psicológicos sofridos pela criança e adolescente em situação de risco durante sua vida já são muito danosos para que sofra ainda mais no processo de colocação em família substituta. Quando já há afeto existente, a possível quebra desse elo fará com que o adotando sofra outro dano psicológico, tornando mais difícil a sua adaptação a uma nova família.

A dignidade da criança e do adolescente deve ser respeitada e assegurada por todos e não pode o representante estatal que dá o selo judicial no processo desrespeitá-la. Os direitos fundamentais garantidos não podem ser esquecidos, é ir a confronto com a Constituição, o cume do ordenamento jurídico.

Não conceder a adoção tendo como motivo tão somente o desrespeito a um procedimento administrativo estabelecido pela lei é ir afronte à todos os direitos inerentes ao adotado, afronte à sua dignidade e não se preocupar com o seu bem-estar, agredindo a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, assim como priorizar os interesses do adotante em relação ao do adotado, em discordância ao princípio da prioridade absoluta de seus interesses.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.172.067/MG, T3 - TERCEIRA TURMA do STJ, Relator Ministro Massami Uyeda, Brasília. Publicado no DJe 14/04/2010)

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Princípio do melhor interesse da criança impera nas decisões do STJ**. Coordenadoria de Editoria e Imprensa. 2010. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97668 acesso dia 12 de março de 2013, as 10:10h).

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União de 16.7.1990.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Publicado no Diário Oficial da União de 11.1.2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.html Acesso: 1 de abril de 2013, as 16:00.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 837324/RS**, T3 - TERCEIRA TURMA do STJ, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Brasília, Publicado no DJ 31/10/2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 457635/PB**, 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. j. 19.11.2002, DJU 17.03.2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 383**. S2 Segunda seção do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 27/05/2009.

CARBONNIER, Jean. **Droit Civil 2: la familia**. 20. Ed. Paris: Presses Universitaires, 1999.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de Família**. 2 ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias** – 6ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, 5º volume: direito de família**. 21 ed. rev. e atual. de acordo com Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. – São Paulo: Saraiva, 2006.

Disponível em: <http://g1.globo.com/bahia/noticia/2012/12/criancas-retiradas-dos-pais-na-bahia-sao-recebidas-com-festa.html> acesso em 21 de março de 2013 as 01:23

Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2012/10/ministra-pedira-investigacao-sobre-adocao-de-criancas-na-bahia.html> Acesso em: 21 de março de 2013 as 01:24

Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/hamurabi.htm>> Acesso em: 21/01/13 as 13:20

Disponível em: <http://www.direitosdacrianca.org.br/em-pauta/2011/07/cnj-divulga-novos-dados-do-cadastro-nacional-de-adocao> Acesso em: 10 de janeiro de 2013.

Disponível em: http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/MCA/Cadastro_Nacional_Adocao Acesso em: 12 de fevereiro de 2013, as 14:22 h

Disponível em: http://www.sedh.gov.br/aut_central/adocao/Total%20Adocoas%20Anuais.pdf Acesso em: 12 de março de 2013. As 00:28h

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010

FILARDI, Antônio Luiz. **Curso de Direito Romano**. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso De Direito Civil -Vol.5-Direito De Familia**. São Paulo: Saraiva, 2011

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Vol. 6 - Direito de Família** - 8ª Ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. Curitiba: Juruá, 2010.

LISBOA, Sandra Maria. **Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente: (doutrina e jurisprudência)** – Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** – 24 ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito** – 15ª ed., ver. e aum. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 1998

RIO GRANDE DO SUL. TJ. **Apelação Cível Nº 70013801592**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006)

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil, v.6 – Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional de Adoção**. 1º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. - 6ª ed. – São Paulo: Atlas, 2006. – (Coleção direito civil; v.6)