

VICISSITUDES E CERTEZAS QUE ENVOLVEM A ADOÇÃO CONSENTIDA

Tânia da Silva Pereira*

SUMÁRIO: 1 Aspectos Legais e Doutrinários. 2. O Consentimento na Adoção *Intuitu Personae*. 3 A Adoção Consentida nos Tribunais. 4 Conclusão.

1 ASPECTOS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS

No Brasil, a Adoção vem sofrendo substanciais modificações, sobretudo a partir do século XX, tendo como marco legislativo mais recente a Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, conhecida como “Lei Nacional de Adoção”. Não obstante as importantes alterações legais, é de suma imprescindível apontar o “consentimento” como elemento que sempre compôs a natureza jurídica do instituto nas várias etapas de sua evolução.

Pela redação original do Código Civil de 1916, podiam adotar os maiores de 50 anos que não tivessem filhos *dados pela natureza*, devendo ser de 18 anos a diferença entre adotante e adotando. O art. 372 exigia o consentimento do adotado, se capaz, ou de seus representantes, se incapaz ou nascituro, para que se pudesse consumir a Adoção. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira¹,

“Tal como ocorria no Direito Romano, a adoção na vigência do Código de 1916 caracterizava-se por um ato de vontade. Requeria o consentimento das duas partes. Se o adotado era maior e capaz, comparecia em pessoa; se incapaz, era representado pelo pai, ou tutor, ou curador.”

Com a Lei nº 3.133/57, que promoveu substanciais alterações ao Código Civil, foi reduzida a idade para a Adoção de 50 para 30 anos, autorizando a Adoção a casais que tivessem cinco anos de casados, bem como ao tutor ou curador do pupilo ou

* Advogada; Mestre em Direito Privado (UERJ) com equivalência pela Universidade de Coimbra; Professora de Direito da UERJ; Professora do Curso de Especialização em Direito Especial da Criança e do Adolescente da UERJ; Diretora da Comissão Nacional para Infância e Juventude do IBDFAM.

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. V. Direito de Família (atualizado por Tânia da Silva Pereira). Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 408.

curatelado após prestar contas da sua administração. Foi, ainda, dado ao adotado o direito de desligar-se da Adoção ao cessar a menoridade ou a interdição, admitindo a dissolução do vínculo de Adoção por acordo e nos casos em que era admitida a deserção. A Adoção se fazia por escritura pública e o parentesco resultante se limitava ao adotante e ao adotado, o que levava à exclusão dos direitos sucessórios se os adotantes tivessem filhos legítimos, legitimados ou mesmo reconhecidos.

Posteriormente, a Lei nº 4.655/65 introduziu no Brasil a “Legitimação Adotiva”, sem extinguir entre nós a Adoção Simples, do Código Civil de 1916. Mantendo a idade mínima de 30 anos para os casais interessados na legitimação, autorizou o procedimento antes desta idade desde que o matrimônio tivesse mais de cinco anos e fosse provada a esterilidade e estabilidade conjugal. A legitimação só se dava por decisão judicial, sempre acompanhada pelo Ministério Público, e a sentença definitiva e irrevogável era averbada no registro de nascimento da criança, não devendo revelar o nome dos pais naturais. Cessava também o parentesco com toda a família natural.

Era permitida a legitimação do infante exposto, cujos pais fossem desconhecidos ou houvessem declarado por escrito que pudesse ser dado, bem como do menor abandonado propriamente dito até sete anos de idade, cujos pais tivessem sido destituídos do poder familiar (na época, pátrio poder); do órfão da mesma idade, não reclamando por qualquer parente por mais de um ano; e, ainda, do filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitado de prover a sua criação. Era também permitida a legitimação adotiva, em favor do menor, com mais de sete anos, quando, à época em que tivesse completado essa idade, já se achasse sob a guarda dos legitimantes, mesmo que estes não preenchessem, então, as condições exigidas.

O Código de Menores (Lei nº 6.697/79) revogou a Lei nº 4.655/65 sem eliminar a Adoção Simples do Código Civil de 1916, passando a vigorar duas formas do instituto: a Adoção Plena nos moldes da Legitimação Adotiva e a Adoção Simples pelo respectivo Código e pelos arts. 27 e 28 do Código de Menores. A Adoção Plena estendeu o vínculo da Adoção à família do adotante, inscrevendo, inclusive, o nome dos ascendentes dos adotantes, independentemente da concordância deles.

Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), foram revogados os princípios do Código Civil de 1916 para os menores de 18 anos, que passaram a ser regidos pela nova lei. Aos maiores desta idade se aplicavam os princípios do Código Civil vigentes, respeitados os princípios constitucionais de 1988. O Estatuto estabelece em seu art. 45 que “a adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando”, tornando clara a importância deste elemento para o instituto da Adoção.

O Código Civil de 2002 recepcionou, em sua maioria, as diretrizes do Código de 1916 e do “Estatuto”, uniformizando a orientação no sentido de ser concedida

a Adoção também para maiores de 18 anos através de sentença constitutiva (art. 1.623 do CC), observados os requisitos estabelecidos no Código Civil e obedecidos os trâmites judiciais pertinentes. Alerta-se que foram mantidos os procedimentos e a competência exclusiva do Juiz da Infância e Juventude na hipótese da Adoção de menores de 18 anos. O art. 1.621 manteve o *consentimento* com um dos seus elementos constitutivos. Para Milton Paulo de Carvalho Filho, “a exigência do consentimento do adotado ou de seus representantes dá-se em função da relação parental plena que decorre da adoção”².

A Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, também conhecida como “Lei Nacional de Adoção”, definiu alguns critérios já assumidos informalmente no Sistema de Justiça de alguns Estados da Federação, modificando o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), no que concerne às normas gerais de colocação em família substituta. Revogou, expressamente, inúmeros artigos do Código Civil, dentre eles, o art. 1.621 do CC mantendo, no entanto, em vigor o art. 45 do ECA. Além disso, acrescentou o § 2º ao art. 28 do ECA, destacando a necessidade do consentimento do maior de 12 anos, colhido em audiência, no processo de colocação em família substituta.

Interessa-nos, também, os estudos relativos à *natureza jurídica da Adoção*, destacando desde já as efetivas divergências que envolvem o instituto. Como *ficção*, como ato bilateral (contrato) ou como instituição, há que se destacar o *consenso* como um dos elementos constitutivos.

Como *fictio iuris*, destaque-se a definição de Marco Aurélio Viana indicando que o instituto “estabelece uma relação de parentesco, que independe do fato natural da procriação”³. A mesma linha de orientação adotou Arnaldo Wald ao afirmar ser a Adoção “uma ficção jurídica que cria o parentesco civil”, identificando-a também como “ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexistente naturalmente”⁴.

Para Maria Berenice Dias, a Adoção cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica. A autora também atenta para o fato de que foi abandonada a concepção tradicional do instituto, em que prevalecia a sua natureza contratual e significava a busca de uma criança para uma família⁵. Também Maria Helena Diniz localiza-se entre aqueles autores que identificam a Adoção como *ficção legal* que possibilita que

2 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Código Civil Comentado* (Coord. Ministro Cezar Peluso). Barueri: Manole, 2009. p. 1.736.

3 VIANA, Marco Aurelio S. *Curso de Direito Civil*. v. 2. Direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 179.

4 WALD, Arnaldo. *Novo Direito de Família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 217.

5 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: RT, 2011. p. 483 e 484.

se constitua entre o adotante e o adotado um laço de parentesco de 1º grau em linha reta. Para ela, a Adoção “dá origem, portanto, a uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado”⁶.

Partindo da identificação da Adoção como *negócio unilateral e solene*, Silvio Rodrigues ressalva que a unilateralidade da Adoção é “imperfeita e mesmo discutível, pois a lei reclama o consentimento dos pais ou do representante legal do adotado” (art. 45 do ECA). O jurista refere-se, ainda, à solenidade do negócio porque a “lei lhe impõe determinada forma, sem a qual o ato não tem validade, ou mesmo existência, como tal”⁷.

Caio Mário da Silva Pereira, destacando a bilateralidade na Adoção, alerta que, não obstante a presença do *consensus*, não se pode dizê-la um contrato, se se tiver em consideração a figura contratual típica do direito das obrigações. Destaca, no entanto, dois aspectos de sua formação e do *status* que gera. “No primeiro, dar-se-á um *ato de vontade* submetido aos requisitos peculiares. No segundo, está presente a sua *natureza institucional*, que lhe empresta solenidade e estrutura”⁸.

Afastando a natureza contratual da Adoção, Antônio Chaves a identifica como “instituto de ordem pública, cuja plenitude jurídica, em cada caso particular, depende de um ato jurídico individual”. Para o autor, “a tônica da contratualidade, que nem mesmo os que consideram a adoção um instituto de ordem pública deixam de reconhecer, exige acordo de vontade”⁹.

Ao identificar a Adoção como “instituição de base contratual”, Orlando Gomes destaca a sua *natureza híbrida*. Alerta, no entanto, que

“não é preciso recorrer, todavia, aos artifícios do institucionalismo para reconhecer, na Adoção, sua particularidade estrutural, dado que os negócios de direito familiar distingue-se, em razão do seu conteúdo e finalidade transcendente, por não permitirem a autorregulação dos interesses das partes. Com esses esclarecimentos, pode-se afirmar que a adoção é um contrato de direito familiar ainda nos sistemas que exigem a homologação judicial.”¹⁰

As diversas definições ora apresentadas nos remetem a um elemento comum; como ficção, como ato jurídico bilateral, como negócio jurídico unilateral, ato de vontade submetido aos requisitos peculiares ou contrato de direito de família, predominando ou não sua natureza solene ou institucional, a presença do *consentimento* é inafastável na Adoção.

6 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 498-499.

7 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 6. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 332-333.

8 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. V. Direito de família (atualizado por Tânia da Silva Pereira). Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 408.

9 CHAVES, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 31-32.

10 GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 350-351.

Na legislação vigente, o consenso se manifesta na concordância expressa dos genitores ou do representante legal do adotando (art. 45 do ECA), sendo dispensado em relação à criança e o adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar (§ 1º do art. 45 do ECA). Tratando-se de adotando com mais de 12 anos de idade, também será necessário o seu consentimento (§ 2º do art. 45 do ECA).

A *Adoção consentida* ou *Adoção intuitu personae* representa a possibilidade do titular do poder familiar, por manifestação expressa junto à autoridade judiciária, entregar o filho em Adoção para determinada pessoa. Questiona-se o direito e a legitimidade dos genitores nesta aquiescência ou escolha da pessoa a quem os pais pretendem entregar o filho.

Procuraremos demonstrar que não foi afastada do nosso sistema jurídico a alternativa de entrega do filho em Adoção e que a legislação vigente procurou revestir de segurança esta forma de concessão da medida.

2 O CONSENTIMENTO NA ADOÇÃO INTUITU PERSONAE

Todas as críticas concernentes à Adoção Consentida se justificam e se associam a “ilegalidades”, a exemplo de contratações ilícitas, simulações de venda, obtenção de vantagens, etc. Alega-se, também, os riscos de uma aproximação marcada por eventuais ameaças e pressões psicológicas da família biológica. Argumenta-se, ainda, com a possibilidade de burla à lei, eximindo o adotante do prévio cadastro, além de preterir o direito precedente dos candidatos já cadastrados, notadamente quando se tratar de criança com até dois anos de idade e de cor clara, cuja procura é maior¹¹.

Negar a Adoção consentida significa virar as costas para fatos e manifestações legítimas de prevalência do melhor interesse da criança, pelo que interpretar a norma como proibitiva implicará aumento de situações irregulares, tais como guardas fáticas e “adoções à brasileira”, relegando a assistência do Poder Público e dificultando as ações fiscalizadoras e protetivas¹². Admitir a Adoção Consentida autoriza procedimentos mais céleres, o que permite guarnecer os direitos e os interesses da criança em razão da participação ativa, ao menos da mãe biológica¹³.

Cabe lembrar que por mais de dois séculos a “Roda dos Expostos” representou a oficialização do abandono e somente em 1927, por determinação expressa do primeiro “Código de Menores”, foi abolida esta forma anônima de desamparo nas

11 KUSANO, Suely Mitie. *Adoção de Menores – Intuitu personae*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 111-112.

12 FRANCO, Natália Soares. A entrega de um filho em Adoção como ato de cuidado e responsabilidade. In: *Cuidado e Responsabilidade* (Coord. Tânia da Silva pereira e Guilherme de Oliveira). São Paulo: Atlas, 2011. p. 231.

13 KUSANO, Suely Mitie, ob. cit., p. 112.

“Rodas”. Implantou-se, então, uma rede pública de assistência aos menores que se expandiu a partir da década de 30, criando-se um conjunto de grandes internatos e instituições de abrigo.

As iniciativas políticas a partir da década de sessenta, a exemplo da Funabem – Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, cujas diretrizes se desdobravam nos Estados nas Febems, não conseguiram romper com a cultura do abandono e abrigo dos “menores carentes e infratores”.

A partir dos anos 70 começaram surgir movimentos e ganhos no redirecionamento da política de atenção à população infantojuvenil, embora se mantivesse o modelo de instituição fechada do tipo assistencial repressivo. Em nome de uma “abertura para a comunidade” foram criados programas preventivos que se caracterizavam pelo atendimento às crianças carentes em regime de semi-internato. Surgiram os primeiros movimentos de luta por creches. Este período é marcado, ainda, por um movimento instituinte, no contexto das políticas para infância e juventude, tendo como eixo a tomada de consciência da própria criança sobre sua situação. Dos movimentos sociais surgem a “Pastoral do Menor” e o “Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua”. Como pano de fundo desses movimentos de mudança foi introduzida a ideia da “desinstitucionalização”. Esta perspectiva se traduziu na ação das instituições, de maneira equivocada, como desinternação em massa. (...) A manutenção das experiências alternativas, entretanto, deu sustentação a um movimento crítico surgido durante a transição democrática, cuja ênfase passou a ser a luta por direitos¹⁴.

O Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697/79), aprovado e sancionado ainda no período revolucionário, destacou-se pelo atendimento diferenciado para aqueles privados de condições essenciais à sua subsistência, aos privados de representação e assistência legal pela falta eventual dos pais ou responsável; também abrangia aqueles com desvio de conduta ou em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária e finalmente àqueles que respondiam por prática de ato infracional.

No limiar da década de oitenta, novos paradigmas sugeridos pelos Documentos Internacionais de Direitos Humanos foram assumidos pela Carta Constitucional de 1988, na qual crianças e adolescentes foram reconhecidos como sujeitos de direitos próprios, os quais tiveram sua regulamentação a partir de 1990 através da Lei nº 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente. Implantou-se, entre nós, a Doutrina Jurídica da Proteção Integral e consequentes medidas que se fizeram necessárias para consolidar os novos paradigmas.

14 *Cadernos de Ação nº 03* – Trabalhando Abrigos – editado pelo Instituto de estudos especiais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e CBIA / SP (coord. Maria do Carmo Brant de Carvalho) – Março – 2003, p. 14-16.

Neste contexto de mudanças, o “Estatuto” estabeleceu diretrizes de funcionamento e responsabilidades dos abrigos determinando serem os mesmos “medida provisória e excepcional utilizável como forma de transição para colocação em família substituta, não implicando em privação de liberdade” (parágrafo único do art. 101 do ECA).

Efetivos esforços foram desenvolvidos no sentido de dar preferência ao abrigo de crianças e jovens em situações de violência, maus-tratos, negligência, abuso e exploração sexual. No entanto, a maioria dos abrigos prosseguiu acolhendo crianças por motivo de carência material de suas famílias e também em decorrência da ausência da “rede de serviços” a exemplo de creches, pré-escolas, programas sociais que atendam em horário complementar à escola.

A Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, conhecida como “Lei Nacional de Adoção”, ao introduzir inúmeras mudanças no “Estatuto” priorizou o acolhimento familiar, ao fixar novos limites à institucionalização, impondo avaliações periódicas das crianças e adolescentes acolhidos e convocando a família natural e extensa a assumir suas responsabilidades.

A colocação em família substituta passou a garantir o exercício do direito à convivência familiar, englobando não só os institutos da Guarda, Tutela e Adoção como outras formas de acolhimento que representem para os menores de idade a oportunidade de um convívio familiar e comunitário fundamental.

Apesar de todo esse esforço a “cultura do abandono” ainda representa um desafio às instituições públicas e privadas, convocando o Poder Público e a sociedade à busca de alternativas.

Neste contexto de mudanças, a Adoção consentida não pode ser afastada como possibilidade de proporcionar às crianças e jovens a chance de um acolhimento familiar definitivo, com o efetivo consentimento dos genitores que enxergam na Adoção a oportunidade de proporcionar ao adotando uma vida melhor.

A substituição do *abandono* pela *entrega*, preconizada por Maria Antonieta Pisano Motta, permite uma assistência adequada à gravidez indesejada, razão pela qual, dentre outras medidas, impõe uma pesquisa quantitativa e qualitativa estatal no sentido de identificar o número e o perfil de mulheres grávidas que não desejam se tornar mães. O Estado, portanto, deve oferecer o cuidado necessário à mãe biológica que deseja entregar seu filho. Afinal, “cuidar da mãe significa cuidar da criança”¹⁵.

15 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Programa de atenção à gravidez não desejada – atenção à mulher que pretende entregar seu filho para adoção. In: COUTO, Sérgio; MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). *Família Nota Dez*: Direito de família e sucessões. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007. p. 247.

A *entrega* é também enfatizada por Dalva Azevedo Gueiros, que destaca seu efetivo sentido, via de regra associado a um processo de decisão no qual a mãe ou os pais, por razões diversas, se declaram ou se aceitam impossibilitados de criar o filho¹⁶.

Esta modalidade de Adoção não se confunde com as situações indicadas no § 13 do art. 50 do ECA, que se referem expressamente à dispensa do procedimento de habilitação para a concessão da medida. Nas três situações, igualmente, está presente a concordância do(s) genitor(es) ou responsáveis. Porém, essas mesmas hipóteses “legais” não afastam a Adoção consentida, o que tem sido confirmado por nossos Tribunais.

Não se pode excluir a Adoção Consentida do novo sistema introduzido pela Lei nº 12.010/09. O art. 166 do ECA estabeleceu condições próprias para a manifestação do consentimento para a Adoção perante a autoridade judiciária e do representante do Ministério Público, devendo ser tomado por termo as declarações (§ 1º do art. 166 do ECA). Determinou, ainda, que o consentimento dos titulares do poder familiar será precedido de orientações e esclarecimentos prestados pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, em especial, no caso de Adoção, sobre a irrevogabilidade da medida (§ 2º do art. 166 do ECA). Este consentimento deve ser colhido pela autoridade judiciária competente em audiência, presente o Ministério Público, garantida a livre manifestação de vontade e esgotados os esforços para manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa (§ 3º do art. 166 do ECA). É exigido o consentimento prestado por escrito que não terá validade se não for ratificado na audiência (§ 4º do art. 166 do ECA). Este consentimento é retratável até a data da publicação da sentença constitutiva da Adoção (§ 5º do art. 166 do ECA) e só terá valor se for dado após o nascimento da criança (§ 6º do art. 166 do ECA). Destaca finalmente o § 7º do art. 166 do ECA a necessidade da família substituta receber a devida orientação por intermédio de equipe técnica interprofissional a serviço do Poder Judiciário, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. O parágrafo único do art. 13 do ECA estabelece que as gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para Adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude.

Nessa mesma linha de orientação, a *Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional* – Haia 1993 –, promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 3.087/99, ao regulamentar a Adoção Internacional, determina

16 GUEIROS, Dalva Azevedo. *Adoção Consentida: do desenraizamento social da família à prática da adoção aberta*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 33.

no art. 4º que devem ser asseguradas efetivas garantias nas manifestações do consentimento para a Adoção¹⁷.

Galdino Augusto Coelho Bordallo alerta que “é importante a aceitação da Adoção *intuitu personae*, pois sua negação fará com que as pessoas tenham medo de comparecer às Varas da Infância para regularizar sua situação com a criança, o que acarretará duas coisas: que permaneçam com a criança de modo totalmente irregular ou que realizem a Adoção ‘à brasileira’”¹⁸.

Sugere, no entanto, Artur Marques da Silva Filho que “o prévio cadastro dos interessados pode ser dispensado, mas não a sua avaliação por uma equipe interprofissional. É levada em consideração a vontade dos genitores que, ouvidos perante o promotor de Justiça, consentirão com a Adoção”¹⁹.

Não se pode falar em “destituição” e, sim, simples “extinção” do poder familiar na Adoção Consentida. A concordância dos pais, relativamente ao encaminhamento do filho à família substituta, nunca estará no mesmo grau da pena de destituição. Uma coisa repele a outra. Depois de colhidas as declarações dos pais, o juiz deverá cumprir as demais exigências previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente até chegar à fase final do procedimento, com a sentença de Adoção²⁰.

Tratando-se de adolescentes, vinculados, portanto, ao poder familiar dos pais, o consentimento ou concordância daqueles para Adoção dos próprios filhos merece efetiva atenção, se tratarem de pessoas que ainda não têm aptidão de fato para reger sua própria pessoa e bens. Para Heloisa Helena Barboza, “não se deve admitir a Adoção de criança ou adolescente, filho de pessoa que não tenha atingido a maioridade civil. Sugere, nesta hipótese, a suspensão ou perda do poder familiar, uma vez verificados

17 Art. 4º do Decreto nº 3.087/99 assegura:

1) que as pessoas, instituições e autoridades cujo consentimento se requeira para a adoção hajam sido convenientemente orientadas e devidamente informadas das consequências de seu consentimento, em particular em relação à manutenção ou à ruptura, em virtude da adoção, dos vínculos jurídicos entre a criança e sua família de origem; 2) que estas pessoas, instituições e autoridades tenham manifestado seu consentimento livremente, na forma legal prevista, e que este consentimento se tenha manifestado ou constatado por escrito; 3) que os consentimentos não tenham sido obtidos mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie nem tenham sido revogados, e 4) que o consentimento da mãe, quando exigido, tenha sido manifestado após o nascimento da criança; e, d) tiverem-se assegurado, observada a idade e o grau de maturidade da criança, de: 1) que tenha sido a mesma convenientemente orientada e devidamente informada sobre as consequências de seu consentimento à adoção, quando este for exigido; 2) que tenham sido levadas em consideração a vontade e as opiniões da criança; 3) que o consentimento da criança à adoção, quando exigido, tenha sido dado livremente, na forma legal prevista, e que este consentimento tenha sido manifestado ou constatado por escrito; 4) que o consentimento não tenha sido induzido mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie.

18 BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Aspectos teóricos e práticos (Coord. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 223.

19 SILVA FILHO, Artur Marques. *ADOÇÃO: Regime jurídico – requisitos – efeitos – inexistência – anulação*. São Paulo: RT, 2009. p. 138-139.

20 PEREIRA, Caio Mário da Silva, ob. cit., p. 423.

os seus pressupostos. Considera não ser razoável excepcionar tal entendimento no caso de pais relativamente incapazes, a quem a lei civil confere certo poder de decisão, desde que assistidos, na medida em que se deve proteger seus interesses na fase da vida de notória turbulência psicológica”²¹.

A Lei nº 12.010/09 introduziu o “acolhimento” como novo paradigma de interpretação do direito fundamental à convivência familiar e comunitária, complementado com subsídios interdisciplinares. Ao dar preferência à *família natural* (comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes), a nova lei priorizou a *família ampliada ou extensa*, decorrente do parentesco próximo, mas condicionada aos vínculos de afinidade e afetividade.

Quando a família biológica ou a extensa não é capaz de suprir as necessidades da criança, o acolhimento familiar em lar substituto, sobretudo em Adoção, permite efetivo suporte emocional e material. Numa visão interdisciplinar, já se insere no direito o cuidado como valor e princípio jurídico, refletindo um agir responsável e interativo e o afeto assumidos plenamente²².

“Acolher” é dar atenção, carinho, aconchego; é ajudar a criança e o adolescente a serem capazes de satisfazer as próprias necessidades, tornando-se responsáveis por sua própria vida. Para aquele que acolhe é, sobretudo, dar atenção integral, amparar e aceitar o outro de maneira absoluta; é ouvir, sem julgamento, mesmo que discorde; enfim, é estar presente para o outro, com generosidade e compreensão.

O “cuidado” é a essência do *acolhimento*, abrangendo o conceito desenvolvido por Vera Regina Waldow, ao definir o “cuidado integral” ao ser humano, refletindo “as dimensões físicas, sociais, emocionais e espirituais”²³. A autora destaca a importância de se identificar no processo de *cuidar* as influências ambientais, sociais e culturais, entre outros fatores, envolvendo a diversificação metodológica na sua abordagem²⁴.

Reforça a mesma autora:

“cuidar de uma criança em sentido maior é ajudá-la a crescer e se realizar. Não é um sentimento isolado ou relacionamento temporário, nem mesmo um cuidar de alguém, eventualmente. O cuidado envolve desenvolvimento e crescimento em confiança mútua, provocando uma profunda e qualificativa transformação no

21 BARBOZA, Heloisa Helena. O Consentimento na Adoção de Criança e Adolescente. In: *Revista Forense*, n. 341, p. 75.

22 PEREIRA, Tânia da Silva. Em busca do melhor interesse da criança. In: *Além da Adoção*. Encarte publicado no *Jornal Le Monde Diplomatique – Brasil* – out. 2011, p. 06.

23 WALDOW, Vera Regina. *O cuidado na saúde: a relação entre o eu, o outro e o cosmo*. Petrópolis (RJ): Vozes, 2005. p. 92.

24 WALDOW, Vera Regina, ob. cit., p. 129.

relacionamento. O outro ser é respeitado como ser independente, assim como são respeitadas as suas necessidades, as quais serão satisfeitas com devoção.”²⁵

A *afetividade* compõe a nova estrutura de interpretação do direito à convivência familiar e do acolhimento, a qual se apresenta como imprescindível critério a ser observado na concessão da Adoção. A socioafetividade passou a ser valorizada na normativa vigente, nos tribunais, adquirindo também dimensão política “visto que seu desenvolvimento e manutenção, quando não ocorre na família de origem, necessita de proteção do Estado, no sentido de assegurar essa possibilidade às crianças e adolescentes”²⁶.

Tratar a criança com afeto, carinho e respeito serve de amparo e estímulo, ajudando-a a suportar e enfrentar dificuldades, ao mesmo tempo em que lhe dá inspiração e ânimo para um relacionamento pacífico e harmonioso com os que a cercam. A falta de afeto faz crianças tristes e revoltadas; mostram-se rebeldes, indisciplinadas, ou simplesmente incapazes de agir com segurança e serenidade²⁷.

Para Paulo Lôbo,

“a afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar²⁸. (...) A força determinante da afetividade, como elemento nuclear de efetiva estabilidade nas relações familiares de qualquer natureza, nos dias atuais, torna relativa e, às vezes, desnecessária a intervenção do legislador.”²⁹

O princípio do “Melhor interesse da criança” e a “Doutrina da proteção integral” têm orientado os compêndios doutrinários e a Jurisprudência no que concerne à Adoção e ao acolhimento familiar ou institucional.

Enfoque especial foi estabelecido na “Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança”, ratificada pelo Brasil (Decreto nº 99.710/90), na qual foi reconhecidamente identificado um princípio especial, o qual, a exemplo dos princípios constitucionais que têm aplicação direta às relações interprivadas, deve ser considerado

25 MAYROFF, M. apud WALDOW, Vera Regina. In: *A ação humanizadora da Enfermagem*. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 36.

26 VICENTE, Cenise Monte. O direito à convivência familiar e comunitária: uma política de manutenção do vínculo. In: KALOUSTIAN, Silvio M. (Org). *Família brasileira: a base de tudo*. São Paulo: Cortez, 1998. p. 47-59.

27 DALLARI, Dalmo de Abreu; KORCZAK, Janusz. In: *O Direito das crianças ao respeito* (Trad. Yan Michalski). São Paulo: Sumus, 1986. p. 37.

28 LÔBO, Paulo. In: *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 64.

29 LÔBO, Paulo, ob. cit., p. 67.

fonte subsidiária na aplicação da norma. Como princípio, o “melhor interesse” se apresenta em nosso sistema jurídico com seus indicadores próprios.

Inafastável, portanto, o reconhecimento de que os direitos garantidos na Convenção, ao serem recebidos pelo § 2º do art. 5º da CF galgaram o *status* de “direitos fundamentais”, em nosso sistema constitucional. O caráter normativo do princípio do “melhor interesse da criança”, oriundo da ratificação da mesma Convenção, o indica como regedor de toda a forma de tratamento à criança e ao adolescente³⁰.

Luiz Edson Fachin se refere ao princípio do *melhor interesse* como “um critério significativo na decisão e na aplicação da lei. Isso revela um modelo que, a partir do reconhecimento da diversidade, tutela os filhos como seres prioritários nas relações paterno-filiais e não mais apenas a instituição familiar em si mesma”³¹.

Tratando-se de um princípio que traz em seu bojo uma indeterminação, Rodrigo da Cunha Pereira sugere que se considere o caso concreto e as peculiaridades a ele inerentes. “Isto porque os princípios, diferentemente das regras, não trazem em seu bojo conceitos predeterminados. A aplicação de um princípio não o induz à base do tudo ou nada, como ocorre com as regras; sua aplicação deve ser *prima facie*. Os princípios, por serem *standards* de justiça e moralidade, devem ter seu conteúdo preenchido em cada circunstância da vida, com as concepções próprias dos contornos que envolvem aquele caso determinado. Têm, portanto, conteúdo aberto”³².

Não se trata de uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado. O desafio é converter a população infantojuvenil em sujeito de direitos, deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos³³.

30 PEREIRA, Tânia da Silva; MELO, Carolina de Campos. Infância e Juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 3. Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 109.

31 FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade: Relação Biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 98, nota 25. Buscando subsídios na Doutrina Internacional, o Autor enumera alguns fatores a serem considerados na identificação do melhor interesse quando se decide custódia e direitos de visita ou quando se aprova Adoções e Guarda: “o amor e os laços afetivos entre o pai ou o titular da guarda e a criança; a habitualidade do pai ou do titular da guarda de dar à criança amor e orientação; a habilidade do pai ou titular da guarda de prover a criança com comida, abrigo, vestuário e assistência médica (os chamados alimentos necessários); qualquer padrão de vida estabelecido; a saúde do pai ou titular da guarda; o lar da criança, a escola, a comunidade e os laços religiosos; a preferência da criança, se ela tem idade suficiente para ter opinião; a habilidade do pai em encorajar contato e comunicação saudável entre a criança e o outro pai”.

32 PEREIRA, Rodrigo da C. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, 2004, p. 91.

33 PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 6. Porto Alegre, jul./set. 2000, p. 36.

A Convenção também consagra a “Doutrina Jurídica da Proteção Integral”, ou seja, que os direitos inerentes a todas as crianças e adolescentes possuem características específicas, devido à peculiar condição de pessoas em vias de desenvolvimento em que se encontram, e que as políticas básicas voltadas para a juventude devem agir de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado. Recomenda que a infância deverá ser considerada prioridade imediata, necessitando de consideração especial, devendo sua proteção sobrepor-se às medidas de ajustes econômicos, sendo universalmente salvaguardados os seus direitos fundamentais.

A *Teoria da Proteção Integral*, sustenta Josiane Rose Petry Veronese, desempenha papel estruturante no sistema na medida em que o reconhece sob a ótica da integralidade, ou seja, o reconhecimento de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e, ainda, direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que se articulam, produzem e reproduzem de forma recíproca. Os direitos especiais de proteção também estão previstos no art. 227 da Constituição Federal e regulamentados no Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 5º, prevendo que: “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”³⁴.

Afirma Mario Volpi que a *Doutrina Jurídica da Proteção Integral*, além de contrapor-se ao tratamento que historicamente reforçou a exclusão social, apresenta-nos um conjunto conceitual, metodológico e jurídico que nos permite compreender e abordar as questões relativas às crianças e aos adolescentes sob a ótica dos direitos humanos, dando-lhes dignidade e o respeito do qual são merecedores³⁵.

O princípio central da estratégia dirigida a implementar uma Proteção Integral dos direitos da infância é restabelecer a primazia das políticas sociais básicas, respeitando a proporção entre estas áreas e as outras políticas públicas previstas na Convenção. Isto significa, em primeiro lugar, que as políticas sociais básicas têm uma função primária e geral e que, com respeito a estas, todas as outras políticas devem ser subsidiárias e residuais; em segundo lugar, que a concepção dinâmica do princípio da igualdade impõe aos Estados membros da Convenção e à comunidade internacional, respectivamente, o respeito de um padrão mínimo de normas do Estado social e de

34 VERONESE, Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito (org. Orídes Mezzaroba). In: *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, Treviso: Fondazione Cassamarca, 2003. p. 439.

35 VOLPI, Mário. A proteção Integral como contraposição à exclusão social de crianças e adolescentes. Prefácio do livro *Direito Penal Juvenil: adolescente e Ato infracional: Garantias Processuais e Medidas socioeducativas de autoria de João Batista Costa Saraiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

uma regulação do desenvolvimento econômico que respeite os critérios do desenvolvimento humano e não seja contrário a eles³⁶.

Embora o projeto legislativo que redundou na Lei nº 12.010/09 tenha deixado de acolher a possibilidade de “adesão expressa dos genitores, ou um deles, devidamente justificada”, autorizando o juiz a “determinar diligências necessárias para verificar se os futuros pais adotivos são adequados, se estão aptos e se estão devidamente preparados para a adoção”, podemos afirmar, com segurança, que a Adoção consentida não está afastada do sistema jurídico brasileiro, não tendo sido objeto de qualquer vedação legislativa. Presente o *consentimento* em todas as mudanças legislativas pertinentes à Adoção, o mesmo foi reforçado a partir da ótica do melhor interesse da criança, impondo prioridade nos procedimentos judiciais e administrativos, orientados pelas demais ciências humanas, cujos técnicos devem trabalhar em conjunto com os demais operadores do direito.

3 A ADOÇÃO CONSENTIDA NOS TRIBUNAIS

A Jurisprudência brasileira também tem reconhecido a possibilidade da Adoção *intuitu personae* nos casos em que haja reais vantagens para a criança. A ideia é que o formalismo do cadastro não pode sobrepor-se ao vínculo de afetividade que a criança estabelece com o pretendente, em observância ao princípio do melhor interesse.

O Ministro Massami Uyeda, como relator junto à 3ª Turma do STJ, esclarece que, ao validar a Adoção *intuitu personae*, não se está a preterir o direito de um casal pelo outro, pois o que está em discussão na realidade não consiste no direito destes de adotar, e sim no direito da criança de ser adotada pelo casal com o qual possua laços de afetividade³⁷.

Reitera seu entendimento o mesmo Magistrado do STJ ao afirmar que a existência do cadastro de adotantes tende a observar o princípio do melhor interesse do menor e encerra inúmeras vantagens ao procedimento legal da Adoção, pois é feita uma avaliação prévia dos pretensos adotantes por uma comissão técnica disciplinar, minimizando a possibilidade de eventual tráfico de crianças ou mesmo a Adoção por

36 BARATTA, Alessandro. Infância, Lei e Democracia na América Latina: Análise Crítica do Panorama Legislativo no Marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança 1990 – 1998. In: *Infância e Democracia*. (org. Emilio García Mendez, Mary Beloff). Trad. Eliete Ávila Wolff. Blumenau: Edifurb, 2001. v. 1. p. 49.

37 “(...) não se está a preterir o direito de um casal pelo outro, uma vez que, efetivamente, o direito destes não está em discussão. O que se busca, na verdade, é priorizar o direito da criança de ser adotada pelo casal com o qual, na espécie, tenha estabelecido laços de afetividade. Já a aferição da aptidão deste ou de qualquer casal para exercer o Poder Familiar dar-se-á na via própria, qual seja, no desenrolar do processo de adoção.” (STJ, 3ª Turma, AgRg na Medida Cautelar nº 15.097 – MG, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 05.03.09)

intermédio de influências escusas, além de propiciar igualdade de condições àqueles que pretendem adotar. No entanto, o mesmo Ministro observa que:

“(...) a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. E nem poderia ser. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro.”³⁸

A 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, tendo como Relator o Des. Cláudio Santos, concluiu que, com a Lei nº 12.010/09 (“Nova Lei de Adoção”), passou a existir uma espécie de conflito entre a Adoção Consentida (*intuitu personae*), baseada no art. 166 do ECA, e a Adoção a que faz alusão a nova legislação, com destaque àquela prevista no art. 50, § 13, do ECA, que prevê a obrigatoriedade do Cadastro Nacional. Este dispositivo trouxe como regramento geral a obrigatoriedade do cadastro, excepcionando apenas as três hipóteses expressamente previstas³⁹. “Os candidatos que tiverem o desejo de adotar uma criança, e não estiverem contemplados em qualquer das exceções admitidas pelo legislador, deverão estar previamente inscritos no referido cadastro, e aguardar, por um lapso temporal indefinido, pela pretensa adoção(...)”.

Para o ilustre magistrado, a regra sobre a obrigatoriedade do Cadastro Nacional não deve ser vista de forma absoluta, devendo a lei sofrer flexibilizações para que se alcance o verdadeiro ideal de justiça. Além disso, ele observa que não houve revogação expressa, nem tácita, do disposto no art. 166 do ECA, não tendo a nova lei vedado a Adoção *intuitu personae*. Ele acrescenta, ainda, que o

“ato de consentir de forma livre e espontânea, ou seja, permitir a entrega da criança/adolescente a quem deseja recebê-la, deve ser visto, nestas hipóteses, como a melhor maneira de mitigar os efeitos, muitas vezes traumáticos e dolorosos, decorrentes do afastamento/retirada da criança da sua família natural para a colocação na substituta.”⁴⁰

38 STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.172.067 – MG, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 18.03.2010.

39 Art. 50, § 13, do ECA: *Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:*

I – se tratar de pedido de adoção unilateral;

II – for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

III – oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

40 TJ-RN, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2010.004381-2, Rel. Des. Cláudio Santos, j. 16.11.2010.

O entendimento, portanto, é que o cadastro de crianças e adolescentes a serem adotados e casais interessados na Adoção serve, na verdade, “como orientação aos casais que pretendem adotar”, não se devendo dar a “tal listagem uma importância em si mesma, impedindo que se realizem as adoções”⁴¹.

Nessa mesma linha, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tendo como Relatora a Des. Maria Elza, aponta para a importância de o julgador nortear sua decisão pelo princípio do melhor interesse, principalmente nos litígios que envolvam pedido de modificação de guarda e de Adoção. Para a relatora,

“Não se olvida que o cadastro de adotantes visa evitar fraudes no processo de adoção bem como a adoção direcionada ou *intuitu personae*. Todavia, o mesmo pode ser mitigado em determinadas situações em virtude da aplicação do princípio da prevalência do interesse do menor, notadamente na hipótese de existência de vínculo afetivo entre a criança e os pretendentes à adoção.”⁴²

A Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tendo como Relatora a Des. Leila Albuquerque, aponta que “o alcance da lei, no sentido de garantir isenção e impessoalidade na Adoção, não afasta a possibilidade de a mãe biológica, por seus próprios motivos, escolher a quem entregar o filho para adoção”⁴³.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, destacam-se duas decisões sob a liderança do Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Conclui ele: “entregar um filho para ser criado por um casal responsável, estável e vinculado afetivamente com a família de origem não é o mesmo que abandoná-lo, entregando-o à própria sorte”, não sendo a manutenção do poder familiar com quem reconhecidamente não deseja ou não possui condições de ter consigo a criança compatível com o princípio do melhor interesse⁴⁴. Em decisão esclarecedora, o ilustre magistrado aponta para estudos feitos sobre a conformação psíquica dos bebês, observando que a harmonia e a integração entre a criança e seus cuidadores são de suma importância. Segundo o relator, para os estudiosos, o rompimento desta harmonia

“pode gerar sintomas psicossomáticos da síndrome ‘failure to thrive’ (falha no crescer), que redundam em atraso no desenvolvimento cognitivo e emocional,

41 TJ-RS, 7ª Câmara Cível, Comarca de Santa Maria, Apelação Cível nº 70006597223, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Julg. 13.08.03.

42 TJ-MG, Comarca de Brumadinho, Agravo de Instrumento Cível nº 1.0090.10.000869-8/001, Rel. Des. Maria Elza, Julg. 15.07.2010.

43 TJ-RJ, Décima Oitava Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0026403-89.2009.8.19.0000 (2009.002.20364), Rel. Des. Leila Albuquerque, Julg. 01.09.09.

44 TJ-RS, 7ª Câmara Cível, Comarca de São Jerônimo, Apelação Cível nº 70017973348, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Julg. 14.02.07.

potencialmente gerador da depressão anaclítica descrita por René A. Spitz⁴⁵, que ocorre quando o bebê reconhece o vínculo que tem com a mãe e então ocorre a perda ou o afastamento desta cuidadora.”⁴⁶

Na visão do Des. Licínio Carpinelli Stefani, como Relator na Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, “a escolha da mãe biológica do futuro casal adotante traz um certo grau de confiabilidade, que não se deve desprezar, pois, visa a proteção de sua prole. Deve se pretender assegurar aos menores um futuro melhor para que as vicissitudes da vida não lhe sejam madrastas”⁴⁷.

O Des. Nagib Slaibi Filho, liderando a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar o recurso de Apelação nº 0006371-74.3009.8.19.0061, afirma, citando Maria Berenice Dias:

“Nada, absolutamente nada, impede que a mãe escolha quem sejam os pais de seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos um casal de amigos que têm uma maneira de ver a vida, uma retidão de caráter que a mãe acha que seriam os pais ideais para o seu filho. É o que se chama de adoção *intuitu personae*, que não está prevista na lei, mas também não é vedada.”

Conclui o Magistrado:

“A omissão do legislador em sede de adoção não significa que não existe tal possibilidade. Ao contrário, basta lembrar que a lei assegura aos pais o direito de nomear tutor a seu filho (art. 1.729 do CC). E, se há a possibilidade de eleger quem vai ficar com o filho depois da morte, não se justifica negar o direito de escolha a quem dar em adoção.”⁴⁸

O que se conclui com as decisões proferidas pelos diversos tribunais brasileiros é que o princípio do melhor interesse torna possível a flexibilização do cadastro previsto por lei de acordo com a situação fática, prevalecendo a relação de afetividade entre a criança e o pretendente à Adoção. Isto porque separar a criança do pretendente com o qual já estabeleceu vínculos afetivos pode gerar uma série de problemas, o que iria contra o interesse maior da criança.

4 CONCLUSÃO

A Adoção Consentida se concretiza com a entrega do filho por aquele que detém o Poder Familiar à pessoa que elege, sem atender necessariamente a ordem

45 SPITZ, R. A. *O Primeiro Ano de Vida: um Estudo Psicanalítico do Desenvolvimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1979.

46 TJ-RS, 7ª Câmara Cível, Comarca de São Jerônimo, Apelação Cível nº 70017973348, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 14.02.07.

47 TJ-MT, Primeira Câmara Cível, Recurso de Agravo de Instrumento 23.469/07, Rel. Des. Licínio Carpinelli Stefani, j. 21.05.07.

48 TJ-RJ, 6ª Câmara Cível, Ap. Cível nº 0006371-74.3009.8.19.0061, Rel. Des. Nagib Slaibi, j. 05.05.2010.

cronológica de inscrição no cadastro de adotantes. A análise acima indica a possibilidade jurídica deste tipo de Adoção afastado de seu conceito qualquer tipo de irregularidade ou ilegalidade.

Esta modalidade não se confunde com a “Adoção à brasileira”, identificada no art. 242 do Código Penal, no qual se pune a ação de “dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo ou alterando direito inerente ao estado civil”. O crime é de ação múltipla, apresentando, portanto, diversas figuras típicas. A primeira figura típica – *dar parto alheio como próprio* – é a mulher que apresenta filho de outrem como sendo seu. Comete crime, também, aquele que *inscreve no registro civil como sendo seu* filho o de outra pessoa, nada impedindo a participação criminosa. Excepcionalmente, é admitida a possibilidade de perdão judicial (extinção de punibilidade) para a hipótese de ter sido o crime praticado por motivo de reconhecida nobreza (parágrafo único do art. 242 do CP).

A forma mais frequente de *Adoção à Brasileira* ocorre quando o casal registra a criança, tida por terceiro como filho, usando declarações falsas das maternidades ou hospitais, ou mesmo usando o artifício da mulher comparecer a cartório acompanhada de duas testemunhas e declarar que teve o filho em casa. Nesta situação, é dispensada a apresentação de qualquer documento oficial, mesmo de um médico. Esta figura criminal conduz a duas situações que violam direitos da criança acolhida: além de impossibilitar a investigação da origem genética, há que se reconhecer que, ao ser registrada como filho biológico do casal, “para todos os efeitos legais, não houve adoção”. Completa Suely Mitie Kusano: a fraude, assim cometida, “além de impossibilitar o conhecimento da origem biológica, não raras vezes causa transtornos emocionais ao acolhido, apresentando-se como o maior problema e o mais grave atentatório aos direitos à dignidade pessoal e à personalidade”⁴⁹.

Tratando-se de Adoção consentida, não se deve dispensar a prévia avaliação psicossocial dos pretendentes imposta pela Lei nº 12.010/09 (art. 50 do ECA), o que deve ser repetido no estágio de convivência, indispensável neste tipo de adoção. Merece referência a decisão da 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tendo como Relator o Des. Celso Ferreira Filho, ao apreciar o indeferimento de uma guarda provisória em um processo de Adoção no qual os requerentes não integravam o Cadastro. Entendeu o ilustre Relator que, diante dos laços afetivos que envolviam os adotantes e a criança, devia ser mantida a guarda provisória, indicando, ainda, que o processo de habilitação devesse ser feito no decorrer da lide, não justificando a remessa da criança para um abrigo⁵⁰.

49 KUSANO, Suely Mitie, ob. cit., p. 65.

50 TJ/RJ, 15ª Câmara Cível, AI. nº 2009.002.39831, Rel. Des. Celso Ferreira Filho, j. 30.03.2010.

O *princípio do melhor interesse* da criança está presente na maioria das decisões acima citadas. Compreendê-lo e aplicá-lo com seu caráter hermenêutico apresenta, para quem julga, uma grande margem de possibilidades, permeada por sua subjetividade, obedecendo a um sistema de crenças e valores culturais da sociedade no qual está inserido, estando também implicados sua personalidade, formação pessoal e acadêmica⁵¹.

Como nos demais tipos de *acolhimento familiar*, também a Adoção Consentida deve priorizar a concessão da medida a alguém que pertença à *família ampliada ou extensa*, indicada no parágrafo único do art. 25 do ECA, com a nova redação da Lei nº 12.010/09, compreendendo “parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”. Não se trata, portanto, de qualquer parente, mas sim de pessoas do núcleo familiar, entre as quais já existe uma convivência permanente; a *afinidade*, no caso, não se traduz pelo conceito do art. 1.595 do Código Civil como parentesco civil decorrente do casamento e da união estável. Na nova lei traduz identificação e estabilidade afetiva no relacionamento com a criança ou adolescente, bem como compromisso e responsabilidade na convivência familiar ou no acolhimento institucional.

As decisões dos Tribunais acima citadas, no entanto, não estabelecem essa condição e na maioria delas pode-se perceber que o melhor interesse do adotando é o elemento prioritário para a concessão da medida.

Além do liame natural de afeto, fato psicológico e anímico, a nova lei destaca a *afetividade* como um liame de ordem civil que pode ser presumido, mesmo quando este faltar na realidade das relações⁵². Há que se considerar afetividade, não só na relação pai e filho, como também no grupo familiar e social.

A ideia de *acolhimento* envolve, também, a *solidariedade humana*, que traduz o dever de assistência à pessoa em situação de perigo, essência fundante da Declaração dos Direitos do Homem, fixando a responsabilidade de cada um por seu semelhante, princípio da preservação da espécie, objeto primordial de todas as ciências⁵³.

Diante das controvérsias que envolvem a institucionalização, a Adoção consentida pode evitar os efeitos nocivos do abrigo, que deixam na criança ou adolescente inevitáveis sequelas. Tratando-se de adotandos que vivenciaram um período significativo em instituições de acolhimento, eles desafiam os adotantes ao criar novos

51 LOPES, Jaqueline Ferreira. O Melhor Interesse da criança e o cuidado. In: *Cuidado e Responsabilidade* (Coord. Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira). São Paulo: Atlas, 2011. p. 115.

52 PEREIRA, Tânia da Silva. O acolhimento e o melhor interesse da criança como princípios norteadores na proteção da infância e juventude. In: *Aspectos psicológicos na prática jurídica* (org. David Zimerman e Antônio Carlos Mathias Coltro). Campinas: Millennium, 2010. p. 572-573.

53 BARBOSA, Aguida Arruda. Mediação e Princípio da Solidariedade Humana. In: *Família e Solidariedade: Teoria e Prática do Direito de Família* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2008. p. 21.

hábitos, estabelecer limites, verbalizar medos, angústias e dificuldades; são frequentes os confrontos até se consolidarem relações de confiança. Privados do convívio dentro de um grupo familiar ou oriundos de famílias marcadas por violência, privações e negligência, desafiam os adotantes com mecanismos próprios de solução de conflitos.

Na Adoção consentida essas dificuldades podem ser vencidas mais facilmente, nas adoções tardias quando, em algumas hipóteses, permite aos adotantes obter dos genitores ou de seus familiares informações sobre as características próprias dos adotandos. Tratando-se da entrega de crianças muito pequenas, tais dificuldades podem ser evitadas ou amenizadas.

Precisamos vencer o estigma da necessidade de esconder a origem do adotado ou de impor à mulher a obrigação de ficar com o filho, mesmo sem ter condições emocionais, familiares ou socioeconômicas de criá-lo. As mudanças radicais no conceito de família não conseguiram romper com a intolerância em relação às mulheres que manifestam o desejo de entregar o filho à Adoção.

Suely Mitie Kusano destaca a necessidade das avaliações psicológica, social e econômica nas Adoções consentidas; a análise técnica, a intervenção do Ministério Público e a atuação do juiz mais crescente em importância acentuam a perspicácia e experiências profissionais para garantir os prioritários interesses da criança ou do adolescente, sendo mais oportuna e conveniente que as avaliações técnicas sejam feitas, vinculando-se adotante e adotado, analisando-se as compatibilidades necessárias⁵⁴.

O mito do amor materno, muitas vezes, impede de examinar com objetividade e clareza esta grave questão para que se possa encontrar as soluções necessárias e adequadas. “Poucos querem penetrar no mundo sombrio dessas almas para desvendar seus segredos, apurar suas dores e compreender seu desespero, sua loucura e até mesmo sua maldade”. Completa Maria Antonieta Pisano Motta, “julga-se, critica-se a mulher que pare mas que não pode ou talvez não deva mesmo permanecer com o filho que deu à luz”⁵⁵.

A mudança do paradigma do *abandono* para a *entrega* representa a efetiva noção do cuidado como “valor implícito nas normas de proteção de pessoas em estado de vulnerabilidade, apresentando duas faces: o direito de ser cuidado, e o dever de cuidar, ambos fundados na dignidade da pessoa humana”⁵⁶.

54 KUSANO, Suely Mitie, ob. cit., p. 212.

55 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Mães que abandonam e mães abandonadas. In: *Além da Adoção*. Encarte publicado no Jornal *Le Monde Diplomatique – Brasil* – out. 2011, p. 4.

56 DECCHACHE, Lúcia Cristina Guimarães. A vulnerabilidade da criança como pressuposto para o reconhecimento do parentesco socioafetivo. In: *Cuidado e Vulnerabilidade* (Coord. Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira). São Paulo: Atlas, 2009. p. 146.

Nessa redefinição de prioridades o Magistrado, em todas as instâncias jurisdicionais, é o personagem central no contexto de decisões controversas que envolvem a Adoção consentida. Controversas situações humanas exigem *coragem* antes de tudo, mesmo diante de inúmeras formalidades legais. Valendo-se de princípios constitucionais, ele deve gerenciar vaidades e disputas humanas próprias do mundo dos adultos para priorizar, acima de tudo, o melhor interesse da criança.

Apesar dos esforços desenvolvidos nos últimos dois anos ainda é flagrante o número incontável crianças abandonadas e institucionalizadas; cabe aos operadores do direito assumir essa realidade e rever as ideias rígidas e fechadas que têm dominado a compreensão e regulamentação da Adoção. Com Flávio Rodrigo Freire Ferreira, sugiro que se preste mais atenção nas práticas e nos valores que movem os atores sociais envolvidos⁵⁷.

Repita-se à exaustão: deve-se priorizar na Adoção Consentida a efetiva avaliação psicossocial dos genitores e dos pretendentes à Adoção proporcionando-lhes a oportunidade de uma decisão madura e definitiva.

Também devem ser atendidas as exigências do art. 166 do ECA relativas a oitiva judicial dos genitores que pretendem entregar o filho em Adoção, lembrando que na forma do parágrafo único do art. 13 do ECA devem as mães e gestantes que assim desejam “ser obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e Juventude”, incorrendo aqueles que se omitem nesta providência (o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante) nas penalidade do art. 258-B do ECA.

Conclui-se, portanto, que a obediência da ordem cronológica das pessoas cadastradas deve ser a regra básica a ser atendida pelo Sistema de Justiça no que concerne à Adoção, admitindo-se, também, a opção lúcida e definitiva dos genitores de entregar o filho à pessoa que para eles representa a oportunidade de uma vida melhor.

Finalmente, entregar um filho em Adoção também é um ato de amor.

Como preconizou o Magistrado Cassiano Marcondes Rangel (TJSP) em decisão precursora datada de 15.06.1948,

“A lei deve ser, nas mãos do seu aplicador, um instrumento de realização do bem social. O rigorismo da interpretação literal dos textos legais pode, muitas vezes, levar-nos ao divórcio da realidade, que significa o primeiro passo para uma injustiça.”⁵⁸

57 FERREIRA, Flávio Rodrigo Freire. A circulação de crianças e a adoção à brasileira. In: *Além da Adoção*. Encarte publicado no Jornal *Le Monde Diplomatique – Brasil* – out. 2011, p. 9.

58 A sentença do Exmo. Sr. Dr. Juiz da Comarca de São Paulo, Dr. Cassiano Marcondes Rangel, datada de 15.06.48, foi confirmada pelo TJSP na Ap. Cível nº 37.992, do mesmo ano.

Agradecimentos especiais às estagiárias Lívia Teixeira Leal e Aline Esteves pelo apoio nas pesquisas.