

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA-FACER**  
**CURSO DE DIREITO**

**CELSO KALEB VIANA**



Associação Educativa Evangélica  
**BIBLIOTECA**

**O INSTITUTO DA ADOÇÃO APÓS O ADVENTO DA LEI 12.010/09**

Associação Educativa Evangélica  
**BIBLIOTECA**

Associação Educativa Evangélica  
**BIBLIOTECA**

**RUBIATABA – GO**

**2012**

**FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA-FACER**  
**CURSO DE DIREITO**

**CELSO KALEB VIANA**



**O INSTITUTO DA ADOÇÃO APÓS O ADVENTO DA LEI 12.010/09**

Monografia apresentada à Facer, – Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito sob a orientação da Professora Monalisa Salgado Bittar.

5-38961

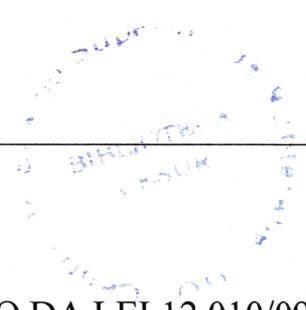
Tombo nº	19196
Classif.:	
Ex.:	1
Origem:	d
Data:	14-02-13

**RUBIATABA – GO**

**2012**

FOLHA DE APROVAÇÃO

CELSO KALEB VIANA



O INSTITUTO DA ADOÇÃO APÓS O ADVENTO DA LEI 12.010/09.

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA  
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: \_\_\_\_\_

Orientador: \_\_\_\_\_

Professora Monalisa Salgado Bittar

Especialista em Direito Civil

1º Examinador: \_\_\_\_\_

Valtecino Eufrásio Leal

Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento e Doutorando em Direito

2º Examinador: \_\_\_\_\_

André Luís De Vasconcelos Teixeira

Especialista em Processo Civil e Direito Civil

Rubiataba, 2012.

## DEDICATÓRIA

*Aos meus pais, Sebastião Divino Viana e  
Maria do Carmo Viana.*

*À Professora Monalisa: obrigado pelos  
desafios lançados.*

## AGRADECIMENTOS

*A Deus: pela vida.*

*À minha família: pelo incentivo e pelo exemplo.*

*À FACER: pelo sonho realizado.*

*À Orientadora: pela orientação.*

*Aos professores: pelos ensinamentos e pelos "puxões" de orelha que sempre fizeram bem.*

*Aos colegas e amigos: pela cumplicidade e partilha de conhecimento;*

*Aos funcionários da FACER: pelo empenho nas atividades e serviços, que nos proporcionaram as condições para que pudéssemos estudar: desde a organização burocrática até a higiene dos banheiros...por tudo... obrigado.*

*Aos motoristas dos ônibus: tantas histórias, tantos atoleiros e tantas poeiras da estrada... tudo fez parte desta trajetória.*

*A todos os meus irmãos, que mesmo sem tempo, ajudaram na construção deste trabalho.*

*“Não há crianças ilegítimas – só pais ilegítimos.”*

*Léon R. Yankwich.*

**RESUMO:** O presente trabalho aborda a questão da obrigatoriedade da inscrição no cadastro de adoção. Pela pesquisa bibliográfica, apresentam-se as principais alterações trazidas pela Lei nº 12.010/09 e as disposições relacionadas à proibição da adoção. Distribuição dos capítulos: no primeiro, o resgate histórico da evolução legislativa dos direitos da criança e do adolescente; o segundo trata dos conceitos doutrinários de adoção; no terceiro, a questão da obrigatoriedade da inscrição dos interessados no cadastro de adoção; o quarto trata do princípio do superior interesse da criança na lei em estudo e, por fim, as considerações finais e referências utilizadas no trabalho.

**Palavras-chaves:** Adoção; Cadastro; Obrigatoriedade; Interesse da Criança.

**ABSTRACT:** This paper addresses the issue of mandatory membership in the registration of adoption. For the literature review, we present the main changes introduced by Law No. 12.010/09 and the provisions relating to the prohibition of adoption. Distribution of chapters: the first, the historical review of legislative developments in the rights of children and adolescents, and the second deals with the doctrinal concepts of adoption, in the third, the issue of mandatory membership records of those interested in adoption, the fourth is the principle of the best interests of the child in the law under review and, finally, the concluding remarks and references used in the workplace.

**Keywords:** Adoption; Register; Obligation; Interest of the Child.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1. DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: HISTÓRICO.....	15
1.1 Dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil.....	15
1.2 Do Tratamento Dado à Criança e ao Adolescente: Doutrina da Proteção Integral .....	18
2 DOS CONCEITOS DOCTRINÁRIOS DA ADOÇÃO.....	24
2.1 O Processo de Adoção ao Longo do Tempo .....	24
2.2 O Processo de Adoção no Brasil .....	26
2.3 O Instituto da Adoção e suas Espécies .....	28
2.3.1 Adoção bilateral.....	31
2.3.2 Adoção unilateral.....	32
2.3.3 Adoção póstuma .....	33
3 DO ADVENTO DA LEI NACIONAL DE ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: LEI 12.010/09 .....	34
3.1 Principais Inovações Trazidas ao ECA com o Advento da Lei nº 12.010/09 .....	36
3.1.1 Alteração da nomenclatura “Pátrio Poder” para “Poder Familiar” .....	36
3.1.2 Classificação trinária dos grupos familiares.....	37
3.1.3 Criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo.....	38
3.1.4 Habilitação prévia dos postulantes à adoção .....	39
3.1.5 Aprimoramento do texto legal pertinente à adoção internacional.....	39
3.1.6 Permanência máxima de dois anos em acolhimento institucional .....	40
3.1.7 Proibição da adoção intuitu personae e suas exceções .....	41
3.1.8 Infração administrativa relacionada com a operacionalização dos cadastros de adoção	43
3.2 O Cadastro Nacional de Adoção .....	44

4. DO PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA NA LEI Nº 12.010/09 À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.....	47
4.1 Alterações nos dispositivos legais da Lei 12.010, de 29 de julho de 2009 .....	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	58

## LISTA DE ABREVIATURAS/SÍMBOLOS

Art. – artigo

nº. – número

p. – página

§ – parágrafo

## **LISTA DE SIGLAS**

A.C – Antes de Cristo

CF – Constituição Federal

CC – Código Civil

CIDC – Convenção Internacional dos Direitos da Criança

CNA – Cadastro Nacional de Adoção

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

FUNABEM – Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor

FEBEM – Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor

SAM – Serviço de Assistência ao Menor

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

ONU – Organização das Nações Unidas

## INTRODUÇÃO

A doutrina da proteção integral, que se encontra inserida no ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição Federal de 1988, estabelece, enquanto diretrizes orientadoras do tratamento dispensado à criança e ao adolescente, os princípios do superior interesse da criança, da prioridade absoluta e da convivência familiar que são norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Apesar de terem sido pautados há mais de vinte anos, os dados atuais identificam um número significativo do público infanto-juvenil em acolhimento institucional. Para contornar essa situação foi promulgada a Lei nº 12.010/09, que além de indicar meios para manter a criança ou o adolescente no seio familiar natural, tentou aprimorar os dispositivos relacionados à colocação em família substituta, em especial, a adoção.

Nesse contexto, estabeleceu-se a obrigatoriedade da inscrição no cadastro de adoção como requisito para tal procedimento. O presente trabalho visa apresentar uma reflexão sobre esta temática, considerando a questão do princípio do superior interesse da criança decorrente das alterações na referida lei, que, de certa forma, acaba por dificultar o exercício da convivência familiar pelo acolhido institucionalmente.

Apesar de tais princípios terem sido pautados há mais de vinte anos, os dados atuais identificam um número significativo do público infanto-juvenil em acolhimento institucional. Para contornar essa situação foi promulgada a Lei nº 12.010/09, que além de indicar meios para manter a criança ou o adolescente no seio familiar natural, tentou aprimorar os dispositivos relacionados à colocação em família substituta, em especial, a adoção. Assim, o presente trabalho pretende discutir a seguinte questão: Como a obrigatoriedade da inscrição no cadastro de adoção auxilia na observação do princípio do superior interesse da criança e contribui no exercício da convivência familiar pelo acolhido institucionalmente?

Como metodologia, priorizou-se o método indutivo, que parte da comparação do material bibliográfico a ser pesquisado e da coleta de dados quantitativos provenientes de fontes oficiais de informação. Inicialmente fez-se uma pesquisa bibliográfica, com material diversificado, incluindo a pesquisa entre doutrinas jurídicas, artigos científicos e jornalísticos, trabalhos de conclusão de curso e a legislação correspondente.

Para tal, buscar-se-á apresentar as principais alterações trazidas pela Lei nº

12.010/09, enfatizando as disposições relacionadas à proibição da adoção *intuitu personae* face aos princípios da doutrina da proteção integral inerente à Constituição Federal de 1988. Para isso, no primeiro capítulo, busca-se apresentar um resgate histórico da evolução legislativa dos direitos da criança e do adolescente. No segundo, apresentam-se os conceitos doutrinários de adoção. Em relação ao terceiro capítulo, busca-se abordar a questão da obrigatoriedade da inscrição dos interessados no cadastro de adoção como requisito para tal procedimento. O quarto capítulo trata do princípio do superior interesse da criança na Lei nº 12.010/09 à luz da Jurisprudência do STJ, chamando a atenção para a Resolução nº 54/2008 do Conselho Nacional de Justiça, na qual se vê regulada a instalação do Cadastro Nacional de Adoção com seus respectivos alimentadores estaduais e, posteriormente, ocorre a promulgação da lei supracitada. Por fim, as considerações finais, que, aqui poderiam ser chamadas de considerações parciais, haja vista não ser possível “fechar” as considerações em se tratando de uma temática que ainda tem muito caminho a ser percorrido.

# 1. DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: HISTÓRICO

## 1.1 Dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil

Como herança da colonização portuguesa, o poder patriarcal regia as relações sociais durante o período de Brasil-Colônia, sendo o pai a autoridade máxima de uma família. Era inerente às Ordenações provenientes de Portugal o reconhecimento desse poder que, na tentativa de defender seu exercício, reconhecia o castigo como forma de educar o filho e admitia a exclusão de ilicitude nos casos de falecimento ou lesão enquanto suas consequências. De tal sorte que a violência era meio comum de educação e a agressão à saúde e à vida de crianças e adolescentes era protegida pelas leis do Império português, pois “os membros de uma mesma família eram tidos como patrimônio do pai, pois era ele quem tinha o poder de gerar” (GARCEZ, 2008, p. 21).

No aspecto penal, a criança, a partir dos sete anos de idade, poderia ser responsabilizada penalmente. Acreditava-se que a pessoa ao atingir essa idade era capaz de discernir todos os seus atos e ser responsável por eles penal e civilmente. Era possível identificar diferença apenas na gravidade da pena. Quando se tratava de indivíduos com idade inferior a dezessete anos, não se poderia aplicar pena de morte e era possível conceder redução da pena e, para os jovens entre dezessete e vinte e um anos de idade, era possível tanto reduzir a pena como aplicar a pena de morte; isso variava de acordo com as circunstâncias agravantes ou atenuantes da condenação (SARAIVA, 2009, p. 34).

Em contrapartida, havia uma preocupação, por parte da Igreja, com crianças rejeitadas ou filhas de índios e negros que sofriam violência devido aos seus costumes. Os jesuítas, contando com a colaboração do Império, fundou casas de recolhimento que acolhia e, de certa forma, defendia esse público infanto-juvenil, também o instruindo e o catequizando conforme os princípios da religião católica (AMIN, 2007, p.4).

No século XVIII, como resultado da estigmatização de filhos ilegítimos bem como da crueldade do regime de escravidão, tornou-se prática comum o abandono de bebês nas ruas, nas portas de igrejas, conventos e residências. Na tentativa de resolver o problema, o Estado trouxe a ideia europeia de acolhimento dessas crianças: as Rodas dos Expostos existentes nas Santas Casas de Misericórdia.

Com a abolição da escravatura em 1888, houve uma intensa migração da zona rural para a área urbana, principalmente nas regiões do Estado do Rio de Janeiro e de São Paulo. Com o aumento da população e a ausência de estrutura nas cidades para comportar os recém-chegados, desequilíbrios ocorreram no campo da saúde, educação e moradia, exigindo medidas urgentes para contornar a situação. Assim, “foram fundadas entidades assistenciais que adotaram ou práticas de caridade ou medidas higienistas” (AMIN, 2007, p. 5), tendo como público-alvo, inclusive, crianças nessas condições.

Em 1906, diante do agravamento da condição de crianças abandonadas em situação de rua, foram inauguradas casas de recolhimento com as finalidades de prevenir a delinquência, educando crianças e adolescentes em situação de abandono e, também, corrigindo as condutas daqueles de mesma faixa etária que tenham praticado algum ilícito. De acordo com Garcez (2008, p. 32): “É necessária a participação do Estado, com alguma das pessoas jurídicas de direito público interno, responsabilizando o agente político pelo bem-estar desses infortunados da sociedade”.

Após o Primeiro Congresso Internacional de Tribunais de Menores, realizado em Paris, França, no ano de 1911, repercutiu na república brasileira um processo contínuo de alterações no que diz respeito à tutela dos direitos infanto-juvenis, pois trouxe discussões sobre a possibilidade de uma jurisdição para menores, as funções das instituições de caridade e sobre a liberdade vigiada (MENDEZ, COSTA, 1994).

Em 1927, pelo Decreto nº17.943-A, foi instituído o primeiro Código de Menores do Brasil, o chamado Código Mello de Mattos, nome do juiz de menores da cidade do Rio de Janeiro que contribuiu em sua redação. Tal lei dava amplos poderes aos juízes para decidir o destino de crianças e adolescentes em situação de hipossuficiência econômica ou autores de ilícito penal. Construía-se a figura de uma “autoridade centralizadora, controladora e protecionista sobre a infância pobre, potencialmente perigosa” (AMIN, 2007, p.6).

Com a implantação do Estado social brasileiro, muitas reivindicações do setor social defensor dos direitos humanos começaram a ser atendidas. A Constituição Federal de 1937 retrata tal luta ao trazer em seu texto a possibilidade de lei infraconstitucional prescrever proteção à infância e juventude. Com essa abertura, foi criado em 1941, o Serviço de Assistência ao Menor – SAM, que atendia os ‘menores delinquentes e carentes’. Esse sistema de atendimento “baseava-se em internatos (reformatórios e casas de correção) para adolescentes autores de infração penal e de patronatos agrícolas e escolas de aprendizagem de ofícios urbanos para os menores carentes e abandonados” (MENDEZ, COSTA, 1994).

Outras entidades federais de caráter assistencial surgiram após a instituição do SAM, ligadas à figura da primeira-dama do país. Dentre elas estão Fundação Darcy Vargas, hospitais materno-infantil em diversas regiões brasileiras; Casa do Pequeno Jornaleiro, trabalho informal a meninos provenientes de famílias carentes; Casa do Pequeno Lavrador, serviço direcionado a filhos de camponeses; Casas das Meninas, voltado para o público feminino infanto-juvenil.

Instaurado o regime militar em 1964, o SAM é extinto e é criada a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM) e, no âmbito estadual, as Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor, ditas Febems, geridas de forma centralizada e verticalizada. Tais entidades serviram apenas como instrumento de controle político traçado de acordo com o princípio da preservação da 'segurança nacional'.

Após a decadência do regime militar, consolidou-se a doutrina da Situação Irregular, com a publicação do novo Código de Menores, em outubro de 1979. O binômio carência-delinquência atingiu seu auge, permitindo ao juiz de menores arbitrariamente decidir pela segregação de crianças e adolescentes carentes ou em conflito com a lei. Esse público era tratado como objeto de proteção em que a privação da liberdade e da convivência com a família hipossuficiente economicamente era a melhor alternativa. Os vínculos familiares eram substituídos, de forma autoritária, pelos vínculos institucionais.

Acrescenta Machado (apud SOTTO MAIOR, 2003, p. 49):

Apartadas então da realidade social e baseadas unicamente nos ditames do Código de Menores, as medidas judiciais se perfazem mediante meros processos lógico-dedutivos de subsunção do fato à norma, decidindo-se por destituições do pátrio poder ou por internações em unidades de reeducação sem maiores indagações de outra ordem que não técnico-jurídicas, já que se crê (ou finge-se crer) no fato de ter havido uma opção pela vida marginal ou delinquencial, pois o pressuposto é o de que a todos os indivíduos são dadas iguais oportunidades de progresso social.

Tal situação permaneceu até a Constituinte de 1988, quando a mobilização de diferentes atores sociais, paralelamente a avanços internacionais sobre a temática, mudou o curso da história. O Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua procurou, ainda em 1984, discutir e sensibilizar a sociedade sobre o tratamento dado a crianças e adolescentes. Nesse ano, foi realizado o primeiro "Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Rua", que fez vários segmentos da sociedade voltar os olhos para o tema e também agir em defesa dos direitos individuais e sociais do público em questão. De tal forma que a "Comissão Nacional

Criança e Constituinte” conseguiu reunir 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) assinaturas a favor da inclusão dos direitos infanto-juvenis na nova Carta Magna. O resultado foi a aprovação dos textos dos artigos 227 e 228 da Constituição Federal de 1988, colocando “o Brasil no seletorol das nações mais avançadas na defesa dos direitos infanto-juvenis” (AMIN, 2007, p. 8).

Foi adotada, com *status* constitucional, a Doutrina da Proteção Integral. Para regulamentar esse novo sistema, reuniram-se movimentos sociais, agentes do campo político (políticas públicas) e jurídico, resultando em 1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

De acordo com Amin (2007, p. 9):

Coube ao movimento social reivindicar e pressionar. Aos agentes jurídicos (estudiosos e aplicadores) traduzirem tecnicamente os anseios da sociedade civil desejosa de mudança do arcabouço jurídico-institucional das décadas anteriores. Embalados pelo ambiente extremamente propício de retomada democrática pós-ditadura militar e promulgação de uma nova ordem constitucional, coube ao poder público, através das Casas legislativas efetivar os anseios sociais e a determinação constitucional.

Mais que uma lei, o ECA tornou-se um micro sistema que comporta princípios e orientações na esfera administrativa, política e jurídica, abrangendo as garantias dos direitos individuais e sociais de crianças e adolescentes, o regime infracional àqueles em conflito com a lei e a relação de condutas delitivas que tenham por vítima o público infanto-juvenil. Além disso, propõe uma mudança de paradigma, a começar por visualizar a criança e o adolescente como sujeitos de direitos em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que merecem atenção especial por estarem em formação física, psíquica e emocional.

## **1.2 Do Tratamento Dado à Criança e ao Adolescente: Doutrina da Proteção Integral**

O Estatuto da Criança e do Adolescente representou, no Brasil, o marco na mudança do tratamento dado à criança e ao adolescente. Tal mudança é fruto, basicamente, de dois elementos: recepção da doutrina inaugurada pela Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança e o movimento de participação popular que serviu como catalisador conceitual no ordenamento jurídico brasileiro.

A Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e dispõe sobre os direitos humanos de crianças e adolescentes com o escopo de incentivar os países membros da Organização das Nações Unidas (ONU) a implementarem políticas de proteção integral aos direitos infanto-juvenis, promovendo a assistência necessária para o bom desenvolvimento desse público e sensibilizando a sociedade para colaborarem no mesmo sentido.

Tal documento tem sua origem ainda na Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, formulada no ano de 1924, em que se relacionavam ações destinadas à proteção da criança, considerada internacionalmente como as pessoas com idade não superior a dezoito anos.

Em razão desse primeiro acordo internacional e de ações populares, com destaque para a atuação de movimentos sociais e organismos não-governamentais espalhados por diversos países, concebeu-se, após a confecção da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Declaração sobre os Direitos da Criança, em 20 de novembro de 1959, reafirmando os direitos individuais no âmbito da infância e adolescência e frisando a especialidade de determinados direitos considerando o estágio de desenvolvimento dos mesmos. Frisava-se garantir a proteção e os cuidados especiais ao público infanto-juvenil, inclusive proteção jurídica apropriada, antes e depois do nascimento, em virtude de sua condição de hipossuficiência e de sua imaturidade física e mental, considerando que em vários países do globo havia crianças vivendo em condições extremamente adversas e necessitando de atenção especial.

Em ritmo crescente, as ações em prol do público infanto-juvenil foram se ampliando a ponto de, em 20 de novembro de 1989, a ONU ter reformulado e ampliado a Declaração de 1924, inaugurando a doutrina da proteção integral como meio de garantir os direitos humanos de crianças e adolescentes, levando em consideração serem eles sujeitos de direitos em peculiar condição de pessoa em desenvolvimento físico, psíquico, moral, emocional e intelectual.

Doutrina recepcionada pelo Brasil e adotada em sua totalidade pelo Decreto nº 99.710 de 02 de novembro de 1990, depois de ser ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto nº 28 de 14 de setembro de 1990. Mendez (Apud MACHADO, 2003, p. 24) considera que “A Convenção Internacional dos Direitos da Criança (CIDC) provoca um deslocamento substancial desse paradigma de ‘proteção’ das pessoas ao paradigma de proteção dos direitos das pessoas”, transformando as necessidades de crianças e adolescentes

em direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Além desses, outros importantes documentos internacionais, de caráter mais específico, também compõem o acervo jurídico-político de garantia dos direitos da criança e do adolescente. São eles: Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil, também chamada de Regras de Beijing; Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade; Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, denominada de Diretrizes de Riad. Tais regras, voltadas notadamente para a proteção da criança e do adolescente em conflito com a lei, também compuseram as referências para a confecção do Estatuto da Criança e do Adolescente, considerado um avançado sistema de garantias.

### **1.2.1 Doutrina da Proteção Integral e Seus Princípios**

A doutrina da proteção integral, inserida no ordenamento pátrio através dos artigos 227, 228 e 229 da Constituição Federal, diferentemente da doutrina da situação irregular presente no Código de Menores de 1979, percebe a criança e o adolescente como sujeito de direitos e estabelece princípios orientadores de um tratamento especial, levando em conta a sua fragilidade, sem, contudo, deixar de perceber suas potencialidades. Essa parcela da sociedade carece dessa especialidade tendo em vista a sua desigualdade inerente se comparada às demais pessoas com idade superior a dezoito anos e, portanto, já considerados integralmente formados enquanto seres humanos. Daí conceber na própria Carta Magna um tratamento de maior alcance como meio de balancear a desigualdade de fato e atingir a igualdade de direito não meramente formal, mas material.

O tratamento constitucional diferenciado, destacando os direitos individuais desse público, acentua a mudança paradigmática e indica uma nova postura, não só dos organismos competentes pelas políticas públicas como da sociedade, quando se verifica sua corresponsabilidade ao determinar o dever de proteção juntamente com o Estado e a família. Acrescenta Machado (2003, p. 123):

Sob a ótica desta função organizadora e reguladora estática das relações sociais que o ordenamento cumpre, é esta vulnerabilidade peculiar que é a noção distintiva fundamental e fundante para o estabelecimento de um sistema especial de proteção, porque: a) distingue crianças e adolescentes de outros grupos de seres humanos simplesmente diversos da noção do *homo medio*; b) autoriza e opera a aparente

quebra do princípio da igualdade – porque são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal – mediante ‘processo de especificação do genérico’, no qual se realiza o respeito à máxima *suum cuique tribuere*, como referiu Bobbio.

Tal diretriz mantém-se no ECA, delineando seus princípios mais relevantes, quais sejam: o superior interesse da criança, a prioridade absoluta e a convivência familiar.

Para tanto, o *best interest*, princípio do superior (melhor) interesse, foi elevado a nível constitucional. Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos ou mesmo para elaboração de futuras regras (AMIN, 2007, p. 28). Ele é aplicado como norteador de decisões jurídicas, políticas, administrativas e no âmbito particular, favorecendo a situação daquele que ainda não tem totais condições de discernir impasses como os acima citados.

Tal discernimento, que se adquire à medida que se aprimora a construção da personalidade do indivíduo, é reconhecido pelo Direito Civil como bem que materializa sua própria existência, possibilitando-o sobreviver, se adaptar ao ambiente, aferir, adquirir e ordenar outros bens (TELLES JÚNIOR, in MACHADO, 2003, p. 109). É a personalidade que possibilita o desenvolvimento das potencialidades do ser humano e o permite se reconhecer e ser reconhecido como tal. Considerando que esse elemento inerente ao ser humano, aliado aos demais aspectos do crescimento infanto-juvenil, está em fase de construção, os direitos fundamentais da criança e do adolescente precisam ser ressaltados dentre os direitos dos demais (adultos).

O princípio da prioridade absoluta vem garantir preferência a esse grupo da sociedade em todos os âmbitos, seja ele familiar, social, administrativo, judicial ou extrajudicial. Orienta a discricionariedade do poder público em dar primazia à formulação e execução de políticas públicas voltadas para o interesse infanto-juvenil, preferindo por aquelas de caráter preventivo e de longo prazo a fim de evitar medidas emergenciais caracterizadas pela superficialidade. Um exemplo disso é proporcionar qualidade de vida à família com apoio às suas necessidades essenciais, como saúde, alimentação, moradia e educação para que não se torne impossível cuidar de uma criança no seio familiar e esta tenha que ser colocada a disposição do poder público para adoção.

Aliado aos princípios já colacionados, a convivência familiar é outro valor

inestimável à vida da criança e do adolescente. Esse princípio deve receber peculiar atenção em face dos problemas que sua inobservância ocasiona. Isso porque a família, enquanto conjunto de pessoas que coabitam e vivenciam relações de interdependência e cuidado mútuo, encerram um vínculo afetivo fundamental na vida emocional de seus membros.

Ao contrário do que ocorria até o século passado, hodiernamente, a família é valorizada pela enorme influência que possui no desenvolvimento humano. Como símbolo inicial de socialização, ela é responsável pela constituição da subjetividade do indivíduo e de suas habilidades. Além do desenvolvimento íntimo, a família contribui na percepção do social, da existência de direitos, deveres, obrigações e limites para o exercício da convivência comunitária e da cidadania.

O ECA distingue três modalidades de família: a natural, a extensa e a família substituta. Conforme o artigo 25, entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Presume-se um vínculo natural em que os filhos são descendentes por consanguinidade. Reconhece-se a família monoparental como instituição da sociedade e concede a ela a mesma legitimidade dada àquela já reconhecida pelo antigo Código Civil de 1916, composta por pai, mãe e filhos.

A família extensa é formada por parentes com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. São os avós, tios, primos que, em níveis diferentes, compõem o meio social próximo daquele sujeito em desenvolvimento. Pela rearticulação das relações sociais, a importância dessa classificação de família irá variar de indivíduo para indivíduo, podendo ocorrer, por exemplo, de a avó ser mais presente que a mãe ou o tio ter mais afinidade com a criança do que o pai.

Se esgotadas todas as possibilidades de se manter a união da família originária ou inexistindo, na convivência, o respeito aos direitos da criança e do adolescente, a terceira alternativa, é a família substituta. São atuações gradativas, em caráter excepcional, que tem por meios a guarda, a tutela e a adoção.

A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente (Artigo 33, ECA). Tem por fim solucionar casos de perda do poder familiar, situação de abandono ou regularizar a convivência de fato. Apesar de não impedir a visita dos pais e sua assistência, confere a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, como meio de defender o bem-estar de quem está sob sua responsabilidade. Isso inclui os próprios genitores, porque o guardião tem a legitimidade para postular a busca e apreensão da pessoa sob os seus

cuidados contra qualquer um que ilegalmente a detenha, visto que a ele foi transferido o encargo de cuidado e proteção.

Como modalidade de colocação em família substituta, a guarda é comumente deferida como precedente da tutela ou da adoção, pois permite um convívio prévio antes de iniciar seus procedimentos. Tal ato garante um estágio de experiência que em momento posterior será avaliado pela equipe multiprofissional do Juizado da Infância e Juventude competente, garantindo o melhor interesse da criança.

A tutela, por sua vez, implica o zelo pela educação e prestação de alimentos, adimplemento dos demais deveres que cabem aos pais, representação do tutelado nos atos da vida civil e administração dos bens do mesmo, no proveito deste, com zelo e boa-fé (Artigo 1.740 e 1.747, Código Civil). O artigo 36 do ECA estabelecia como condições para a concessão da tutela a prévia decretação da suspensão ou da perda do poder familiar e implicava necessariamente o dever de guarda. Contudo, o Código Civil de 2002, nos artigos 1.728 a 1.766, alterou a matéria e excluiu a simples suspensão, limitando aos casos de falecimento ou ausência dos pais e de destituição do poder familiar. A tutela, portanto, perdurará até a criança ou o adolescente completar dezoito anos, ou seja, atingir a maioridade e a capacidade civil, extinguindo o relacionamento formal entre tutor e tutelado após ter completado tal idade. Maciel (2007, p. 154) assinala que:

o menor de 18 anos tutelado, em decorrência de os pais terem sido destituídos do poder familiar, após atingir a maioridade civil ou emancipar-se, manterá os vínculos de parentesco com seus pais destituídos, uma vez que no registro civil de nascimento constará apenas a averbação da perda do poder familiar. Esse fato poderá redundar em um retorno ao seio familiar (se íntegro o liame afetivo) ou um afastamento da parentela (se desaparecido o afeto), tudo dependendo da situação que ocasionou a medida de tutela e o trabalho desenvolvido pela equipe técnica no acompanhamento da mesma.

Diferentemente da tutela, tem-se o instituto que atribui a condição de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais (Artigo 41, ECA). É medida em caráter de último recurso, uma vez esgotadas todas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa. Seu processo é complexo, exigindo o cumprimento de todos os requisitos impostos legalmente.

## 2 DOS CONCEITOS DOUTRINÁRIOS DA ADOÇÃO

### 2.1 O Processo de Adoção ao Longo do Tempo

Entre os documentos registrados, em relação à adoção, têm-se no Código de Hamurabi (1728-1686 a.C.) da antiga Babilônia os primeiros sinais de organização social de tal instituto. Traz o documento uma epígrafe específica intitulada “Adoção. Ofensa aos pais. Substituição de criança” que determina situações como a reclamação dos pais biológicos após a adoção, a devolução do filho adotivo à casa de origem, as obrigações dos pais adotivos incluindo o direito à sucessão, os deveres do filho adotivo para com seus pais e as respectivas punições em caso de desobediência como cortar a língua, arrancar os olhos ou decepar as mãos.

O Código de Manu (1.500 a.C.), a legislação mais antiga da Índia também traz em suas regras a indicação da adoção como forma de perpetuar a tradição das cerimônias fúnebres em famílias que os casais não puderam ter filhos. A religiosidade era o pano de fundo do ato que poderia apenas ser exercido entre pessoas do sexo masculino, de mesma casta.

Em Atenas, na Grécia Antiga, houve a regularização dos primeiros requisitos, formalidades e consequências de tal instituto. “O ato era solene, exigindo a intervenção do magistrado, salvo quando praticado por meio de testamento” (CHAVES, 1995, pag.49). Tinha por objetivo maior preservar o culto doméstico, prática religiosa que, para os atenienses, garantia a perpetuidade da família.

Em Roma, antes de Cristo, o instituto também tinha a mesma finalidade e era dividido em duas espécies, a ad-rogação e a adoção propriamente dita. Esta era relativa à submissão de uma criança ao pátrio poder. Aquela se dava em outros moldes, em que um cidadão romano, com idade superior a sessenta anos, trazia um *pater familias* com todos os seus descendentes e bens para a sua família, possibilitando a transição de classes sob força de lei. Com o advento do Cristianismo, determinados valores se modificaram entre os romanos e duas leis deram nova face à adoção, a *Lex Atilia* e a *Lex Ploetoria* (séc. II d. C.), trazendo os primeiros sinais de proteção à criança referentes à sua tutela e aos seus interesses patrimoniais.

De acordo com Garcez (2008, p. 24), “é justamente nesse período, entre o segundo e o terceiro século da era cristã, que a doutrina de Direito do Menor admite um início de proteção à infância desamparada, por meio de leis específicas, de disposições jurídicas esporádicas”.

Entre os francos, um dos povos bárbaros germânicos, tal instituto se relacionava intimamente com os direitos hereditários. Para formalizá-lo, eles se utilizavam de uma complexa cerimônia com a presença da assembleia do povo. Era ato exclusivo entre homens em que o pai não poderia ter filhos e o adotivo tornava-se seu legítimo herdeiro. Existia também a chamada afiliação que ocorria com o casamento entre viúvos com filhos ou com mais de um casamento entre mesmas famílias.

Durante o período da Idade Média pouco se tem sobre adoção. Esta caiu em desuso, por ser contrária aos direitos eventuais dos senhores sobre os feudos. O modo de produção e a estrutura familiar da época comportavam o instituto apenas entre pessoas que não pudessem ter filhos e tivessem o interesse de desenvolver o sentimento cristão da paternidade/maternidade ou da proteção e da caridade (CHAVES, 1995, p.51).

Na Idade Moderna, com o rigoroso controle da Igreja, que apenas admitia relações sexuais após o casamento e com o objetivo único de procriação, a adoção permanece um instituto esquecido e até mesmo estigmatizado por ser considerado como forma de inserir na família filho bastardo. Assim, multiplicou-se o número de crianças expostas, levando as próprias instituições religiosas a receberem e se responsabilizarem pelos abandonados.

Foi após a Revolução Francesa, com a proclamação dos direitos individuais do homem, que a adoção passou aos poucos a ser vista com bons olhos. E Napoleão Bonaparte tem grande contribuição nesse sentido. Apesar de ter sido impulsionado por motivos de cunho particular e político, o citado imperador inseriu no Código Napoleônico de 1804 o instituto da adoção para que a imperatriz Josefina, sua esposa, estéril, pudesse adotar seu sobrinho Eugène Brauharnais, podendo, assim, ser herdeiro do trono e dos bens patrimoniais da família (SIQUEIRA, 1992, p. 19).

Aos poucos, o instituto foi criando forma entre as legislações dos países do ocidente chegando ao Brasil, inicialmente, por meio das normas da Coroa Portuguesa.

## 2.2 O Processo de Adoção no Brasil

A adoção foi inserida no Brasil por meio do direito português, ainda durante o período de colonização. Assim, ordenações, leis, regimentos, alvarás e quaisquer outros moldes de regras que eram expedidos pelo rei de Portugal também atingiam a população brasileira, se adaptando às necessidades e circunstâncias.

Antes da Proclamação da República de 1889, o Desembargo do Paço concentrava a atribuição de confirmar as adoções, fazendo desse ato uma graça concedida para poucos em condições extraordinárias. Tal concentração de poder foi dissipada com a extinção desse órgão do Império, sendo distribuída entre os juízes de primeira instância que faziam as confirmações após audiência dos interessados e colhida as devidas informações. Por esse meio legitimava-se as filiações provenientes de sacrilégio, incesto e adultério.

Aos poucos, vários textos legais foram promulgados, compondo uma legislação esparsa com algumas tentativas de consolidação. Chaves explica que ainda no século XIX houve as primeiras preocupações com a tutela do bem-estar do público infante-juvenil ao citar projetos de leis da época em que se previa o estímulo do Poder Público através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios ao acolhimento, sob forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado (CHAVES, 1995).

Na discussão antecessora ao Código Civil de 1916, as proposições indicavam dois caminhos opostos: a regulamentação do instituto com seus requisitos e efeitos ou a sua supressão por ser considerado por alguns legisladores instituto obsoleto que jamais deveria ter composto nossos costumes. O que se procedeu foi a permanência da adoção no ordenamento jurídico pelos artigos 183, III e V; 332; 336; 368 a 379; 392, IV; 1.605; 1.609 e 1618 do CC/1916.

Em 1957, a Lei nº 3.133 modificou parcialmente a Carta Civilista nos seguintes aspectos: redução da idade mínima do adotante de 50 para 30 anos; possibilidade de já ter prole legítima ou legitimada; período de 05 anos entre a data do casamento e a adoção; redução da diferença de idade entre adotando e adotante de 18 para 16 anos; exigência do consentimento do responsável legal pela criança; o efeito da sucessão hereditária não se exerce pelo adotando no caso de famílias que tivessem filhos consanguíneos; alteração do nome do adotado. Chaves narra que essas inovações foram objeto de inúmeras críticas, denunciando a falta de compreensão do Congresso Nacional para legislar a respeito

(CHAVES, 1995). Todavia, elas passaram a compor um cenário normativo consideravelmente complexo e também restrito ao adotado na medida em que mantiveram situações potencialmente discriminadoras.

Posteriormente, adveio o Código de Menores (Lei nº 6.697/79) que inovou, trazendo a adoção simples direcionada aos ditos menores em situação irregular. Definida por Chaves como “ato solene pelo qual, obedecidos os requisitos da Lei, alguém estabelecia, com o menor em situação irregular, um vínculo fictício de paternidade e filiação legítimas, de efeitos limitados e sem total desligamento do adotando da sua família de sangue” (CHAVES, 1995, p. 54), objetivava contornar a situação vivida naquele período em que o número de crianças e adolescentes em situação de rua crescia demasiadamente.

Com novas alterações legislativas a partir de 1965, o ordenamento jurídico brasileiro passou a ter três modalidades de adoção: por escritura pública, simples e plena. Regulada pelo Código Civil, a adoção por escritura pública não integrava o adotando na família do adotante por estabelecer determinadas restrições, como a relação de parentesco limitada entre o adotante e o adotado, salvo impedimentos matrimoniais. A adoção simples tinha por público os menores em situação irregular e era regida também pelo Código Civil, com as especificidades de ser necessário o estágio de convivência prévio e a indicação dos apelidos (sobrenome) para ser modificado em seu registro civil. Por último, a espécie plena é aquela que se assemelha ao proposto pelo ECA atualmente, porém com a ressalva, dentre outras, de ser possível adotar apenas crianças com idade não superior a sete anos., como melhor demonstra Chaves ao defini-la:

[...] é a outorga judicial, de efeitos constitutivos, e com as condições de segredo, irrevogabilidade e desligamento da família de sangue, salvo os impedimentos matrimoniais, obedecidos os requisitos e formalidades da lei, a um ou a mais menores, em geral, até sete anos de idade, que se encontrem privados de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de falta, ação ou omissão dos pais ou responsável, ou manifesta impossibilidade dos mesmos para provê-las, do estado de filhos legítimos de um casal, excepcionalmente de pessoa viúva ou cônjuges separados judicialmente (CHAVES, 1995, p. 72).

A aludida situação foi mantida até a promulgação da Constituição Cidadã que não recepcionou determinados dispositivos da legislação infraconstitucional por serem incompatíveis.

### 2.3 O Instituto da Adoção e suas Espécies

Vocábulo proveniente do latim, *ad* = para, *optio* = opção, a adoção é conceituada sob diferentes aspectos por expressivos juristas ao longo do processo histórico jurídico brasileiro. Para Bevilacqua (1976, p. 351), adoção "é o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho".

Segundo Miranda (2001, p. 217), a "adoção é o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação fictícia de paternidade e filiação".

Na concepção de Rodrigues (2002, p. 380), é "o ato do adotante, pelo qual traz ele, para a sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha".

Chaves (1995, p. 33) entende como "ato sinalagmático e solene, pelo qual, obedecidos os requisitos da Lei, alguém estabelece, geralmente um estranho, um vínculo fictício de paternidade e filiação legítimas de efeitos limitados e sem total desligamento do adotando da sua família de sangue".

Conforme Gomes (2001, p. 369), entende-se por adoção o "ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente do fato natural da procriação, o vínculo de filiação".

Trata-se de ficção jurídica, que consagra a relação de paternidade e filiação entre aqueles que não a têm por consanguinidade, oportunizando o exercício do direito à convivência familiar ao adotando. É a busca, ao mesmo tempo, de uma família para uma criança ou para um adolescente e a oportunidade do exercício da paternidade e/ou maternidade. Essa, que não se resume ao sustento e à educação, é construída a cada dia como função social, fundada, sobretudo, no afeto e no cuidado.

Para Pereira (2008, p. 424), a filiação jurídica é de natureza cultural e não, necessariamente, natural, pois a verdadeira paternidade é precedida de uma escolha, de um desejo de ser pai ou mãe. Está, portanto, a adoção presente em qualquer relação de pais e filhos por estar a paternidade/maternidade mais ligada à função do que a fatores biológicos.

Legalmente, a adoção é medida excepcional e irrevogável, que 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. Recorre-se a ela uma vez esgotadas todas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa (Artigos 39 e 41, do ECA).

Seu processo é complexo, exigindo o cumprimento de todos os requisitos impostos legalmente, quais sejam: idade mínima do adotante, estabilidade da família, diferença de 16 anos entre adotante e adotando, consentimento dos pais biológicos, concordância do adotando, estágio mínimo de convivência entre adotante e adotando, reais vantagens e motivos legítimos. Esses últimos visam assegurar o interesse da criança, pois se constatada pela equipe multiprofissional da Vara da Infância e da Juventude que o procedimento trará malefícios para o adotando, independente da opinião dos pretendentes, tal adoção não será deferida. Os motivos se pautam prioritariamente no direito especial à convivência familiar que proporcione um desenvolvimento saudável em todos os aspectos da formação da criança ou do adolescente. Desse modo, os argumentos dos adotantes serão ouvidos em segundo plano uma vez que as disposições do ECA objetivam proteger os interesses do público infanto-juvenil.

A constituição do vínculo de filiação, a relação de parentesco com os familiares do adotante, a irrevogabilidade do ato, a inscrição no registro civil do nome dos adotantes como pais, o exercício do poder familiar, a obrigação alimentar e de amparo intelectual, moral e emocional e os direitos sucessórios são os efeitos provenientes da adoção que é prevista na Carta Magna como equivalente a qualquer outra filiação sem qualquer designação discriminatória.

Devido à complexidade da adoção bem como à amplitude de seus efeitos, a legislação prevê situações de impedimento que Bordallo (2007, p. 180) classifica em parcial e total. Os impedimentos parciais estão relacionados à prestação de contas do tutor e do curador. Estes não poderão pleitear a adoção do pupilo até que apresente a contabilidade da gestão dos bens deste. A impossibilidade de os ascendentes e irmãos do adotando serem seus pais é o que o autor chama de impedimento total, pois não há exceções a esta proibição que se justifica por evitar situações esdrúxulas, como ser irmão de seu pai ou filho de seu irmão, com repercussão negativa, inclusive, no direito sucessório.

Delicada é a concepção da natureza jurídica da adoção. Há divergência entre os doutrinadores que se dividem, basicamente, em cinco correntes: a) ato solene: têm essa opinião Bevilacqua e Miranda; b) ato de natureza híbrida, isto é, contratual e de direito público, em que são filiados Planiol e Ripert; c) contrato, aderem a ela Espínola e Castro; d) ato complexo, no qual haverá um ato negocial com intervenção do Estado, são adeptos Bordallo e Tavares; e) instituição, no qual se filiam Chaves, Saravia e Wald.

No dicionário Michaelis (2012), instituição tem por significado um “complexo

integrado por ideias, padrões de comportamento, relações inter-humanas e, muitas vezes, um equipamento material, organizados em torno de um interesse socialmente reconhecido”. O dicionário Aurélio (2012) conceitua como a “estrutura decorrente de necessidades sociais básicas, com caráter de relativa permanência, e identificável pelo valor de seus códigos de conduta, alguns deles expressos em leis; instituto”. E instituto, por sua vez, tem por significado “entidade jurídica instituída e regulamentada por um conjunto orgânico de normas de direito positivo”. Extrai-se, portanto, ser a instituição um complexo de normas e pensamentos formalizados e legitimados socialmente com a finalidade de satisfazer um interesse coletivo amplamente reconhecido.

A Constituição de 1988 aduz, em seu artigo 227:

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 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.

Tal disposição reconhece a adoção, evidenciando seu acompanhamento pelo poder público e indicando sua regulamentação infraconstitucionalmente.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, para onde todo o normativo correspondente a adoção do público infanto-juvenil deslocou-se após a lei 12.010/09, os artigos 39 a 52-D seguem o comando da Carta Magna e narram as condições, requisitos e efeitos da adoção, reforçando os princípios pertinentes à doutrina da proteção integral.

Assim, as diversificadas medidas legais e extralegis para propiciar o convívio familiar à criança e ao adolescente, a necessidade de um processo judicial com a participação do Ministério Público para se deliberar sobre a concessão da adoção, a alteração do registro civil após sentença judicial favorável, o reconhecimento da relação de paternidade e filiação como irretirável e irreversível, dentre outros aspectos, são exemplos que denotam o caráter público e social da adoção, qualificando-a, portanto, enquanto instituto.

Acrescenta Pereira (2008, p. 425):

Tendo a Constituição Federal determinado expressamente a solenidade pública do ato e tendo a lei nº 8.069/90 estabelecido princípios rígidos para a medida,

vinculando a sua validade à sentença judicial irrevogável [...] a nova relação familiar que nasce da sentença constitutiva estabelece para os pais adotivos os mesmos direitos e obrigações, à semelhança da relação biológica. Nascendo de uma decisão judicial é irrefutável sua identificação como instituto de ordem pública.

Assim, relações que se procedam de forma diversa daquela estabelecida em lei não geram os efeitos jurídicos e sociais esperados e podem trazer a responsabilização de quem se utilizou de outros instrumentos, como a chamada “adoção à brasileira”. Não reconhecida legalmente, trata-se do registro de filho alheio como próprio. É ato nulo, uma vez que possui vício intrínseco, passível de desconstituição a qualquer tempo e de responsabilização penal por infração ao artigo 242 do Código Penal (supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido).

Afora a “adoção à brasileira”, proibida pelo ordenamento, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz, segundo Bordallo (2007, p. 216), a seguinte classificação para a adoção: nacional e internacional. A primeira se subdivide em bilateral, unilateral, póstuma e, até o advento da lei 12.010/09, *intuitu personae*. A adoção internacional é subdividida em bilateral e unilateral.

Por respeito ao princípio do superior interesse da criança, a adoção internacional é a última opção para colocação em família substituta. Isso porque, após cruzar a fronteira, a proteção aos direitos infanto-juvenis fica limitada pela soberania do país de destino que possui cultura e legislação diversa. Assim, os cuidados ao iniciar esse procedimento são redobrados.

Nesse sentido, diversos países se reuniram para estipular regras mínimas sobre a adoção internacional, entendida como aquela na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil, resultando na Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional. Tal documento foi aprovado pelo Decreto Legislativo 1, de 14 de janeiro de 1999, e promulgado pelo Decreto 3.087, de 21 de junho de 1999 (Artigo 51 do ECA).

Devido ao recorte deste trabalho, iremos nos ater apenas à adoção nacional, aquela em que o(s) adotante(s) é (são) residente(s) ou domiciliado(s) no Brasil. Sua classificação atual, como acima exposto, se divide em: bilateral, unilateral, póstuma.

### 2.3.1 Adoção bilateral

Também chamada de adoção conjunta, ela possibilita que a criança ou o adolescente sejam adotados por duas pessoas casadas civilmente ou que mantenham união estável. Esta, reconhecida constitucionalmente, deve ser “caracterizada pela estabilidade, pela notoriedade e pela fidelidade, apresentando-se à comunidade como uma união dentro dos parâmetros normais de uma sociedade familiar” (LIBERATI, 2010, pag. 54) e sem qualquer distinção referente à opção sexual do casal.

O reconhecimento da união de casal homoafetivo se estende à possibilidade de se adotar bilateralmente, sem qualquer impedimento de caráter discriminatório, o que não os isenta de avaliação técnica sobre as condições familiares por eles ofertadas. No entanto, tal temática não será objeto de discussão.

Da mesma forma, podem adotar conjuntamente os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros, mas devem acordar sobre o regime de visitas e a guarda. Outro fator relevante para a relação de paternidade e filiação é o estágio de convivência entre esses ex-casais e a criança ou o adolescente, que deverá ter sido iniciado na constância do período de convivência com expressa existência de vínculo de afetividade e afinidade com aquele não detentor da guarda (art. 42, ECA). Excepcional cuidado tem por escopo a preservação da harmonia na nova família em que o adotado se inserirá, pois a estabilidade familiar é requisito para o deferimento do pedido de adoção.

### **2.3.2 Adoção unilateral**

O artigo 41 do ECA em seu § 1º contempla a adoção unilateral que consiste no ato de um dos cônjuges adotar o filho do outro, ou seja, seu enteado. Porém, isso deve ocorrer apenas nos casos em que prepondere os interesses da criança, pois há relações familiares em que o padrasto ou a madrasta é visto como usurpador pelo filho, não sendo saudável para as relações familiares a escolha pela adoção.

Maria Berenice Dias, citada por Farias e Rosenvald (2010, p. 923), vislumbra três possibilidades para a adoção unilateral: i) quando o filho foi reconhecido apenas por um dos pais, competindo a ele autorizar a adoção unilateral pelo seu parceiro, no futuro; ii) quando reconhecido por ambos os genitores, há concordância integral, decaindo um deles do poder familiar; iii) na hipótese de falecimento do pai biológico, podendo o órfão ser adotado pelo cônjuge ou companheiro do genitor sobrevivente.

Nos casos em que é necessária a destituição do poder familiar, a condição socioeconômica não deve ser fator relevante a ser sopesado. Pelo contrário, fundamentos baseados exclusivamente na hipossuficiência do (a) genitor (a) são repelidos, pois a assistência material não é o único meio de cuidado que pode ser oferecido por quem é instituído do poder familiar e utilizá-la singularmente é ferir os direitos individuais das duas partes envolvidas.

Na hipótese de falecimento de um dos genitores importa averiguar a finalidade da adoção, pois o estado familiar do filho não pode ser utilizado para fins escusos como a obtenção de um futuro direito sucessório.

### 2.3.3 Adoção póstuma

A adoção póstuma, prevista no artigo 42, § 6º do ECA, é o deferimento do pedido de adoção realizado pela pessoa que no curso do processo vem a falecer. A sentença favorável só é concedida quando se tem por inequívoca a manifestação de vontade do adotante. Para tanto, é importante que a ação tenha sido proposta antes da morte do autor, para que tal iniciativa, de *per si*, demonstre o desejo de adotar.

Tendo em vista a sucessão bem como a possibilidade do rompimento do vínculo já estabelecido, os efeitos da sentença constitutiva retroagem ao momento do falecimento do adotante. Ratifica Liberati (2010, p. 54):

A hipótese de adoção apresentada no § 6º do art. 42 é aquela deferida a pessoa que tenha falecido no curso do procedimento já instaurado e que tenha manifestado, de forma inequívoca, sua vontade de aceitar a medida. Nesse caso, os efeitos da adoção retroagem à data do óbito (ECA, art. 47, § 7º), ao mesmo tempo em que se determina a abertura da sucessão (CC, arts. 1.784 e 1.788).

Dessa forma não se prejudica a intenção do *de cuius* bem como a oportunidade da criança ou do adolescente em pertencer a uma família, visto que o processo de adoção tem continuidade - não é extinto sem julgamento de mérito após a ocorrência do falecimento, e a sucessão alcança o mais recente membro familiar.

### **3 DO ADVENTO DA LEI NACIONAL DE ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: LEI 12.010/09**

A Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, veio modificar o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente em relação à adoção, bem como do texto dos dispositivos do Código Civil relacionados a este assunto. Denominada também de Lei Nacional de Adoção ou ainda de Lei Nacional de Convivência Familiar, esta legislação tem por finalidade propiciar condições consideradas mais favoráveis ao exercício do direito à convivência familiar, garantido pela Constituição de 1988 e destinado ao público infanto-juvenil.

De acordo com dados apresentados pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), e que se encontram disponíveis no Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC (Sistema De Atendimento ao Cidadão) do Ministério do Desenvolvimento Social e no Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito da Criança e do Adolescente à Convivência Familiar e Comunitária, é possível perceber que há um elevado número de crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional, porém, não necessariamente órfãos do poder familiar, mas, distantes da proteção proveniente deste. Assim, além de traçar planos para desenvolvimento de políticas públicas, estes dados motivaram paralelamente a mudança da legislação, tendo por escopo transformar os resultados das pesquisas realizadas.

Em se tratando da regulamentação da adoção internacional, o Projeto de Lei nº 314/2004, oriundo do Senado, de autoria da Senadora Patrícia Saboya, foi recebido pela Câmara dos Deputados ganhando novas feições com o acréscimo de propostas desta Casa que traziam modificações, tais como:

- supressão da diferença de 16 anos entre adotante e adotado;
- dispensa de advogado no processo de adoção;
- licença maternidade e paternidade para adotantes;
- fiscalização no exterior quando da adoção internacional;
- benefícios tributários para adotantes; auxílio financeiro para as famílias dos adotados;
- programa para incentivo da guarda provisória de crianças e adolescentes órfãos

do poder familiar; e,

- legalização da adoção por casal homoafetivo.

Foi a soma destas ideias que resultou no Projeto de Lei nº 6.222/2005, amplamente discutido por cerca de três anos pela Comissão Especial, criada para tanto, e demais deputados, juntamente com a colaboração da sociedade civil e representantes de diversas entidades, que trabalhavam com as questões relacionadas ao público infanto-juvenil. Vale destacar, ainda, que houve pesquisa pública, via rede virtual, para que os interessados pudessem registrar sua opinião sobre esta temática.

No decorrer do processo legislativo, a Deputada Maria do Rosário, relatora da Comissão, apresentou parecer apontando algumas preocupações que ensejaram o debate. De acordo com a relatora, o estudo publicado pelo IPEA apontava que 86% das crianças abrigadas no Brasil possuíam família, sendo que 58% destas crianças mantinham vínculos familiares, porém, permaneciam em abrigos devido à precariedade da condição socioeconômica da família, atrelada ou não a situações de alcoolismo, drogas ou violência familiar.

No relatório, denunciou-se a demora do Poder Judiciário em resolver a situação da criança ou do adolescente que se encontrava acolhido. A decisão sobre o poder familiar e a possibilidade de colocação em família substituta demorava em torno de dois a cinco anos para ser proferida. Enquanto isso, as chances de serem adotadas diminuía, pois as características exigidas iam se tornando cada vez mais distantes daquelas desejadas pelos pretendentes à adoção, ou seja, crianças com idade não superior a três anos.

Apontou-se, ainda, não só um abandono da família, mas, também, do Estado que resultava na permanência da pessoa em instituição por toda sua juventude. Indivíduos majoritariamente negros ou possuidores de alguma deficiência, por exemplo, acabavam por introjetar o sentimento de rejeição sofrido durante todo seu desenvolvimento.

Revelou também uma atenção às crianças provenientes de comunidades indígenas que, por valores culturais, eram rejeitadas, chegando até a correr risco de morte. Isso se devia ao fato de algumas etnias sacrificarem, por exemplo, crianças que nasciam com alguma deficiência ou que eram gêmeas. Assim, para que não houvesse agressão à cultura indígena e aos direitos humanos consagrados no Brasil, uma alternativa seria a colocação em família substituta, preferencialmente, em outra comunidade indígena.

Tais motivos, somados à preocupação com o tráfico de pessoas decorrente da

adoção internacional, resultaram, depois de diversas modificações presentes na proposta original, na Lei nº 12.010/09.

Apesar de ser mais conhecida por Lei Nacional de Adoção, a Lei nº 12.010/09 tem como foco primordial a preservação dos vínculos da família natural, com assistência do Poder Público. Caso constatada a deficiência incontornável nas relações familiares naturais, busca-se colocar a criança ou o adolescente sob a proteção da família extensa por meio da guarda ou da tutela para que haja a sua manutenção entre pessoas conhecidas com as quais exista uma relação de afinidade e afeto.

Quando tal possibilidade se mostrar inviável, desloca-se a criança ou o adolescente para o atendimento em programas de acolhimento familiar ou institucional, considerando sempre o que for mais apropriado para o seu bem-estar.

Se identificada a impossibilidade de reatar a relação com a família natural, o Estado-juiz, devidamente provocado em procedimento judicial, determinará a destituição definitiva do poder familiar, encaminhando a criança ou o adolescente para a adoção. Durante o tempo que aguarda a colocação em família substituta, o Sistema de Garantia de Direitos deverá zelar para que seja a criança ou o adolescente seja integralmente assistido em todas as suas necessidades, considerando que são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.

Na busca dessa gradação de cuidados (família natural, família extensa e, por último, família substituta) as alterações relacionadas a seguir mostram as modificações substanciais ocorridas no entendimento do texto legal.

### **3.1 Principais Inovações Trazidas ao ECA com o Advento da Lei nº 12.010/09**

#### **3.1.1 Alteração da nomenclatura “Pátrio Poder” para “Poder Familiar”**

Coadunando com o princípio constitucional de igualdade entre homens e mulheres, a lei adotou o termo “poder familiar” em lugar da expressão “pátrio poder”, que trazia consigo a concepção patriarcalista de família para designar os direitos e deveres dos membros de uma família entre si e, principalmente, em relação à criança e ao adolescente que a compõe.

A Carta Magna já reconheceu o declínio do patriarcalismo na sociedade brasileira

ao dispor, em seu artigo 226, §5º, que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, assim como o Código Civil, que dita ser competente aos pais, durante o casamento ou união estável, o poder familiar, e, na falta ou impedimento de um deles o outro exercerá com exclusividade.

Isso não significa que as únicas organizações familiares reconhecidas sejam provenientes do casamento ou da união estável, pois o rol constitucional não é taxativo. Com os diversos arranjos familiares contemporâneos, o rol exemplificativo é o meio que alcança tratamento igualitário a todas as constituições familiares. Nesse sentido argumenta Farias e Rosenthal (2010, p. 4):

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora.

Nesse contexto, determinar preliminarmente quem são e como compõem a entidade familiar é tentar estagnar o desenvolvimento das relações sociais em seu núcleo, o que não propõe a Constituição Federal de 1988.

### **3.1.2 Classificação trinária dos grupos familiares**

A Lei Nacional de Adoção trouxe ao ECA a concepção trinária dos grupos familiares. Para as famílias formadas pelos pais, ou um deles, e seus descendentes, dá-se o nome de família natural. Ela reconhece as diversas composições das relações conjugais (casamento, união estável etc.), ou seu desfazimento (separação, divórcio, etc.), e a monoparentalidade, isto é, a manutenção do lar apenas por um dos genitores. A família natural é o primeiro núcleo social responsável pela garantia dos direitos da criança e do adolescente, pois é nela que se constituem os primeiros traços de formação do ser humano.

A família extensa, também chamada de ampliada, é formada por parentes próximos (avós, primos, tios, etc.) com os quais a pessoa em formação convive e apresenta vínculos afetivos ou de afinidade. Caso haja impossibilidade de manutenção da criança ou do

adolescente em sua família natural, esse é o segundo núcleo em que se recorre para garantir o exercício do direito à convivência familiar.

Em se recorrendo por meio da guarda, tutela ou adoção, tem-se a terceira espécie de grupo familiar, a família substituta. Sua finalidade é suprir a situação de desamparo e abandono sofrida pela criança ou adolescente e provocada pelos pais biológicos. Sua inserção deve ser gradativa, com prévia preparação e acompanhamento psicológico a fim de evitar circunstâncias delicadas, como a de rejeição já vivenciada.

### **3.1.3 Criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo**

O Estatuto da Criança e do Adolescente não abordava questões relacionadas ao público infante-juvenil indígena ou membro de comunidade quilombola. A Lei nº 12.010/09 inovou nesse sentido, trazendo o seguinte dispositivo:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 6º Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório:

I - que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos por esta Lei e pela Constituição Federal;

II - que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia;

III - a intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe Interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso.

O ECA preceitua o respeito aos povos indígenas e sua cultura, já garantido constitucionalmente, e prioriza a colocação da criança ou do adolescente em família substituta condizente com sua origem étnica. Tal comando visa evitar choques culturais, que podem agredir a formação da pessoa na família inserida. Esse respeito é limitado pelos direitos fundamentais instituídos pela Carta Magna: nesses casos prefere-se o contido nesta em detrimento dos comandos provenientes dos costumes das referidas comunidades.

Não muito diferente do que acontece nos processos de adoção comuns, eles serão

acompanhados por equipe Interprofissional também composta por especialistas nas questões indígenas ou quilombolas, exercendo, assim, a proteção devida traçada pelo Estatuto.

### **3.1.4 Habilitação prévia dos postulantes à adoção**

Prevê o ECA que os interessados em adotar deverão se inscrever no cadastro de adoção. Para tanto, um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado por equipe técnica da Justiça da Infância e Juventude, é requisito indispensável.

Tal procedimento visa avaliar as condições oferecidas pelo postulante tanto no que se referem ao ambiente familiar em que será inserida a criança ou o adolescente quanto aos aspectos psicológicos do pretendente a pai/mãe. O lugar de convivência necessita ser adequado ao desenvolvimento físico e mental de uma pessoa, coexistindo salubridade, mínimo conforto e harmonia para que o crescimento infanto-juvenil se dê, em todos os aspectos, de forma saudável.

Outro ponto a se destacar diz respeito às expectativas dos postulantes. Uma vez que a inscrição permite a escolha das características da criança ou do adolescente que se deseja adotar, há potencialmente a geração de (pré) conceitos em relação ao futuro filho. Por isso, a adoção não é recomendada como forma de sanar frustrações, por exemplo, as decorrentes de infertilidade. Também não pode se resumir a um ato de caridade, pois o sentimento ideal não é de compaixão, mas aquele inerente à paternidade/maternidade.

Assim, esse momento precedente à inscrição é uma forma de conscientizar os interessados sobre a responsabilidade pertinente ao exercício do poder familiar, com todos os seus desafios e satisfações, para se tornar possível um estágio de convivência com a criança ou o adolescente escolhido, antes de se efetivar a adoção (artigo 46, ECA).

### **3.1.5 Aprimoramento do texto legal pertinente à adoção internacional**

A adoção internacional, antes do advento da Lei Nacional de Convivência Familiar, era regulada por alguns poucos artigos do ECA, pelo Decreto 3.087/99, que promulgou a Convenção de Haia Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, e pelo Decreto 3.174/99, que dispunha sobre a competência das

autoridades centrais relacionadas na Convenção.

Por ser assunto distribuído esparsamente na legislação, os representantes do Sistema de Garantia de Direitos encontravam dificuldades e despendiam um grande esforço para conciliar os dispositivos. A compilação em um único documento colaborou com o trabalho, especialmente dos juízes das Varas da Infância e Juventude.

Qualifica-se a adoção como internacional utilizando-se o critério da territorialidade, ou seja, o que se leva em consideração é o deslocamento da criança ou do adolescente para outro país, seja com pais brasileiros ou estrangeiros. Seu caráter é subsidiário, pois somente será deferida se forem esgotadas todas as possibilidades de colocação em família substituta residente no Brasil.

Os artigos referentes à adoção internacional disciplinam criteriosamente o rito procedimental, pois essa modalidade de adoção importa em inserção em nova cultura, com costumes, hábitos e idioma diferentes. Além disso, uma vez em país estrangeiro, o sistema de proteção brasileiro pouco pode fazer para a criança ou o adolescente, porque tange questões de soberania entre Estados-nação.

Por ser matéria complexa que merece um estudo próprio, o presente trabalho não irá discorrer em detalhes, encerrando aqui sua abordagem sobre o tema.

### **3.1.6 Permanência máxima de dois anos em acolhimento institucional**

Prevê o artigo 19, do ECA, que a permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 02 anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

Essa medida foi inserida no Estatuto como forma de transformar a realidade apontada pelo "Levantamento Nacional de Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC do Ministério do Desenvolvimento Social", promovido em 2005, pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH), que descreve a situação das entidades de acolhimento e o perfil de quem ali vive. Destaca que

Os abrigos pesquisados atendem cerca de 20 mil crianças e adolescentes que são, na maioria, meninos (58,5%), afro-descendentes (63,6%) e têm entre sete e 15 anos

(61,3%). Estão nos abrigos há um período que varia de sete meses a cinco anos (55,2%), sendo que a parcela mais significativa (32,9%) está nos abrigos há um período entre dois e cinco anos, ainda que a medida de abrigo seja estabelecida como excepcional e provisória.

Esses dados, combinados com a demora do Poder Judiciário em resolver a situação da criança e do adolescente, como referido em capítulo anterior, levaram representantes do Poder Legislativo a repensar a situação e redigir norma na tentativa de revertê-la. Ocorre que o dispositivo do texto recém-promulgado é de difícil execução, pois para aqueles que são órfãos ou tiveram os pais destituídos do poder familiar ou têm pais desconhecidos, não havendo interessados em adotá-los, restam duas alternativas, o acolhimento familiar e o institucional. Como o primeiro não é amplamente desenvolvido, poucas são as pessoas beneficiadas por ele, conseqüentemente, recorre-se à instituição.

Para as crianças e os adolescentes que estão em instituição de acolhimento, mas mantêm vínculo familiar, o que, segundo o Levantamento da SDH, somam 58% dos acolhidos, improdutiva será a nova legislação, se não houver um trabalho de reinserção no grupo familiar que colabore com a extinção dos problemas que os levaram a estarem em tais condições.

### 3.1.7 Proibição da adoção *intuitu personae* e suas exceções

A adoção *intuitu personae* ou adoção direta é modalidade de colocação em família substituta na qual os pais biológicos interferem na escolha dos adotantes em momento anterior ao pedido judicial. Isso normalmente ocorre em circunstâncias especiais, quando os interessados conhecem os genitores da criança ou são indicados por uma pessoa próxima de sua confiança.

Tal modalidade foi proibida com o advento da Lei nº 12.010/09, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente acrescentando a seguinte redação:

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.

§ 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

I - se tratar de pedido de adoção unilateral;

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

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

Extrai-se da legislação que a inscrição no cadastro de adoção de todos os envolvidos no processo é condição *sine qua non* para o deferimento do pedido, excetuando os casos em que um dos cônjuges adota o enteado ou o pedido é feito por familiar que comprove vínculo, com observação dos impedimentos, ou, ainda, quando se tem a guarda ou a tutela do adotando maior de 03 anos. Ou seja, em nenhuma hipótese é possível adotar a pessoa em tenra idade, a menos que esteja na vez do postulante inscrito no cadastro de adoção.

Há um tratamento diferenciado para um grupo de crianças em detrimento das demais, pois para adotar pessoa com idade inferior a 03 anos é expressa a necessidade de se respeitar o cadastro e para aquelas que superam essa idade, tal regra admite certa relatividade, em decorrência de os pretendentes à adoção preferirem esse recorte do público infantil. Todavia, o cenário apresentado não deveria justificar tal atitude por parte dos legisladores, pois que dentro de um mesmo grupo de sujeitos, que merecem atenção especial por parte do Estado para que atinjam a igualdade material face aos capazes civilmente, existe uma desigualdade injustificável. Não se observa necessidade em diferenciar o zelo para com uma criança de 03 anos em relação a outra com 04 anos de idade.

Se um adulto não cadastrado, com a guarda legal ou a tutela de uma pessoa com 03 anos e meio de vida, comprovar tempo de convivência e laços de afinidade e afetividade para com ela, ele poderá ter seu processo de adoção deferido. Porém, se esse mesmo adulto comprovar a mesma situação para com uma criança de 02 anos e meio de idade, tal processo não terá o mesmo resultado que, baseado no texto legal acima transcrito, será indeferido.

Argumenta-se que a existência de um contato prévio entre os envolvidos é prejudicial aos interesses infanto-juvenis, uma vez que pode ocorrer a comercialização da criança, tomando-a por objeto, o que viola severamente a dignidade da pessoa humana. E que a natalidade, em casos extremos, serviria como fonte de renda aos genitores sem escrúpulos.

Levanta-se também a incerteza das condições dos adotantes em exercer a paternidade, pois a avaliação da equipe multiprofissional, como requisito para inscrição no cadastro, mostra-se tardia com perda de suas finalidades, que são a de avaliar a

compatibilidade com a natureza da medida e a averiguação de ambiente familiar adequado (art.29, ECA).

Ainda, tem-se por argumento o desrespeito à ordem de inscrição no cadastro e por consequência, uma agressão às expectativas de quem aguarda na “fila”, o que gera uma sensação de tratamento desigual entre os inscritos e os não-inscritos.

O tráfico de pessoas, a avaliação prévia por equipe multiprofissional e o desrespeito à fila do cadastro são argumentos genéricos que tanto podem ser utilizados em circunstâncias que envolvam crianças com idade superior a 03 anos tanto como em situações que envolvam crianças com menos de 03 anos. Desse modo, questiona-se se, de fato, é plausível o exercício de tal desigualdade.

### **3.1.8 Infração administrativa relacionada com a operacionalização dos cadastros de adoção**

Dita o artigo 258-A do ECA que a autoridade competente que deixar de providenciar a instalação e operacionalização dos cadastros previstos no artigo 50 e no § 11 do artigo 101 do Estatuto incorrerá em multa de R\$1.000,00 (mil reais) a R\$3.000,00 (três mil reais). Ainda incorre nas mesmas penas a autoridade que deixar de efetuar o cadastramento de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas, de pessoas ou casais habilitados à adoção e de crianças e adolescentes em regime de acolhimento institucional ou familiar.

A autoridade competente a que o dispositivo se refere consiste no juiz da Vara da Infância e Juventude ou o juiz de direito nas comarcas em que ainda não foi designada vara especializada. Considera-se corresponsável a Autoridade Central Estadual e a Autoridade Central Federal Brasileira por também ser conferido a elas o zelo pela manutenção e correta alimentação dos cadastros no âmbito de sua atuação<sup>1</sup>. Subsidiariamente, é responsável o Ministério Público, pois cabe a ele fiscalizar a utilização dos cadastros conforme previsto no artigo 50, §1º e § 12.

A Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República foi designada pelo Decreto 3.087/99 como a Autoridade Central Federal Brasileira. Compete a ela, dentre outras coisas: representar os interesses do Estado brasileiro na preservação dos direitos e das garantias individuais das crianças e dos adolescentes face aos demais Estados-nação;

---

<sup>1</sup> Artigo 50, § 9º, do ECA.

promover ações de cooperação técnica e colaboração entre as Autoridades Centrais dos Estados federados brasileiros e do Distrito Federal; gerenciar banco de dados, para análise e decisão quanto aos dados das pessoas inscritas no cadastro de adoção, promover o credenciamento dos organismos que atuem em adoção internacional no Estado brasileiro, verificando se também estão credenciadas pela autoridade Central do país contratante de onde são originários e comunicando o credenciamento ao *Bureau* Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

As Autoridades Centrais Estaduais são as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção compostas por um desembargador presidente e um secretário executivo. A SDH mantém lista atualizada de todas essas entidades para consulta pública<sup>2</sup>.

Discriminadas as autoridades e a conduta em que as mesmas incorrem em infração administrativa, o respeito ao Cadastro se dará de forma objetiva, sem a devida ponderação do interesse da criança, haja vista que antes deles está o receio da sanção imposta que atinge moral e patrimonialmente.

### **3.2 O Cadastro Nacional de Adoção**

A Lei nº 12.010/09 trouxe ao Estatuto da Criança e do Adolescente a obrigatoriedade de implementação e manutenção de cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção. Essa medida foi precedida pelo Conselho Nacional de Justiça que, por iniciativa da Conselheira Andrea Pachá, editou a Resolução nº 54, em 29 de abril de 2008, criando o Cadastro Nacional de Adoção (CNA).

Ao unificar os dados, o CNA apresenta os resultados na seguinte ordem: a) pretendentes do foro regional (nos casos de mais de uma vara na mesma comarca), por ordem cronológica de habilitação; b) pretendentes da comarca, por ordem cronológica de habilitação; c) pretendentes da unidade da Federação, por ordem cronológica de habilitação; d) pretendentes da região geográfica, por ordem cronológica de habilitação; e) pretendentes das demais regiões geográficas, por ordem cronológica de habilitação. E para àqueles anteriormente habilitados há um respeito aos seus cadastros, em que irá constar preferência

---

<sup>2</sup> Disponível em [http://www.direitoshumanos.gov.br/aut\\_central/adocao/CEJAIs%20-%20site.pdf](http://www.direitoshumanos.gov.br/aut_central/adocao/CEJAIs%20-%20site.pdf)

diante dos demais cadastrados em data posterior. Dessa forma, as diversas habilitações que os interessados faziam em diferentes comarcas tornam-se desnecessárias, pois ao informar na primeira inscrição que deseja adotar pessoas em outras unidades da Federação, enumerando-as, o pedido automaticamente se estende a elas.

Esse sistema objetiva ampliar as possibilidades de encontrar um lar em que a pessoa em acolhimento possa ser inserida. Além disso, com a relação das características dos inscritos é possível traçar diretrizes na constituição de políticas públicas, dando enfoque nas principais dificuldades encontradas para se manter a criança ou o adolescente na família de origem e também as dificuldades encontradas para se adotar e ser adotado.

Apesar de o CNA oportunizar esses benefícios, os dados que ele apresenta revelam duas realidades divergentes que configuram um entrave à redução de seus números, porque, segundo Neto e Pachá (2008, p. 13):

Dos 11.125 pretendentes a adoção, 90% são casados ou vivem em união estável, 10% vivem sozinhos e, nesta condição, pretendem assumir a paternidade ou a maternidade. A maioria (50%) possui renda média entre 3 e 10 salários mínimos, e não tem filhos (76,5%). Quanto às preferências, 70% só aceitam crianças brancas. A grande maioria dos que querem adotar é também branca (70%). 80,7% exigem crianças com no máximo três anos; o sistema mostra que apenas 7% das disponíveis para adoção possuem esta idade. Além disso, 86% só aceitam adotar crianças ou adolescentes sozinhos, quando é grande o número dos que possuem irmãos, e separá-los constituiria um novo rompimento, o que deve ser evitado a todo custo.

Verifica-se que a liberdade concedida aos pretendentes para definir as características da criança ou do adolescente que se quer adotar, por exemplo, a cor, a idade, ter ou não irmãos, produz um projeto ideal de filho não condizente com a realidade do público que se encontra em abrigos a espera de uma família.

Esse fator constitui grande empecilho para viabilizar a adoção, ao mesmo tempo em que contribui para que pessoas queiram participar desse processo, pois ao fornecer uma espécie de “comanda”<sup>3</sup> para os habilitados escolherem as características que querem que seu filho adotivo tenha, gera uma expectativa de realização do ideal de filho perfeito o que é frustrado quando os candidatos a pais se cansam de aguardar ou quando visitam uma

---

<sup>3</sup> No lançamento da Campanha “Adoção: família para todos” lançada pela Secretaria Especial de Direitos Humanos (SDH) em parceria com o Projeto Aconchego, no dia 24.05.2011, no Palácio do Planalto, houve a exibição de um vídeo em que um pai adotivo narra sobre seu constrangimento ao receber do Juiz da Vara da Infância e Juventude uma “comanda” com características que deveriam ser assinaladas por ele na escolha do perfil do filho (a) que desejava adotar. Informações disponíveis em <http://www.direitoshumanos.gov.br/2011/05/25-mai-2011-ministra-chama-a-atencao-da-sociedade-para-o-direito-de-toda-crianca-ter-uma-familia>. Acesso em 9 ago. 2012.

instituição de acolhimento e conhecem as pessoas que ali esperam por uma família. O resultado, conforme apresentado, é o registro de duas extensas listas que não se comunicam: a lista de crianças e adolescentes aptos a adoção e a lista de pretendentes a adoção.

Diante desse impasse, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária propõe a conscientização, sensibilização e desmistificação da adoção para que aquelas crianças e adolescentes que, por motivos diversos têm sido preteridos pelos adotantes, possam ser oportunizada a colocação em família substituta. Todavia, apenas o planejamento não é suficiente. O princípio constitucional da prioridade absoluta deve atravessar todos os níveis de atuação do poder público para atender essas pessoas em condição especial de desenvolvimento.

#### 4. DO PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA NA LEI Nº 12.010/09 À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

É com a Resolução nº 54/2008 do Conselho Nacional de Justiça, que se vê regulada a instalação do Cadastro Nacional de Adoção com seus respectivos alimentadores estaduais e, posteriormente, ocorre a promulgação da Lei nº 12.010/09. Ou seja, tem-se, assim, consolidada a impossibilidade de se optar pela modalidade adoção *intuitu personae* como forma de colocação em família substituta. Porém, há casos em que se necessita desse instrumento jurídico para legitimar uma situação de fato.

Para ilustrar esta situação, pode ser citado, como exemplo, um caso ocorrido no município de Sete Lagoas, no Estado de Minas Gerais, que levou os pretendentes à adoção recorrer ao Superior Tribunal de Justiça para exercer o direito de postular o pedido de adoção sem estarem limitados pela inscrição no cadastro. A decisão foi a seguinte:

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 II - É incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo; III - Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o consequente vínculo de afetividade; IV - Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser

afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente; V - O argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, 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; anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda. Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança; VI - Recurso Especial provido.<sup>4</sup>

Pelo relato, observa-se que o casal envolvido, na convivência diária, conheceu a grávida que resolveu entregar a filha ao casal que esperava uma criança para a adoção. Após o nascimento da criança, a mãe e o casal pretendente compareceram em juízo e assinaram um Termo de Declaração, no qual havia expressado manifestação daquela em consentir a adoção de sua filha para estes, sem coação ou benefício pessoal. Assim, o casal também ajuizou ação de adoção com pedido liminar de guarda provisória. Isso levou o juiz plantonista a autorizar a permanência do bebê sob a guarda do casal pelo prazo de trinta dias. No entanto, ao estarem os autos conclusos para o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal e de Menores da Comarca da referida cidade, ele determinou a imediata expedição de busca e apreensão da criança pelo fato de o casal não se encontrar inscrito no cadastro de adoção e haver indícios de tráfico de influência.

Porém, a decisão agravada não chegou a produzir efeitos, pois o Desembargador-relator deferiu ao recurso efeito suspensivo, alegando que o processo não podia se sobrepor ao princípio do superior interesse da criança, e determinou a realização de estudo psicossocial e a oitiva do representante do Ministério Público. Isso não bastou, pois, o Tribunal de Justiça, contrariando o relator, negou o provimento do recurso por considerar a guarda de fato irregular ou criminosa, o que fez restabelecer o mandado de busca e apreensão expedido pelo Juiz *a quo*. Apesar dos embargos de declaração, a decisão se manteve inerte. Assim, o mandado foi cumprido e a criança foi encaminhada para uma entidade de acolhimento, na

---

<sup>4</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito de Família. Relações de Parentesco. Aferição da prevalência entre o cadastro de adotantes e a adoção *intuitu personae*. Recurso Especial nº 1.172.067 - MG. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, 14 de abril de 2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200900529624&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em 23 set. 2012.

qual permaneceu por seis dias, visto que o magistrado de primeira instância determinou seu desligamento com a sua entrega a um casal inscrito no cadastro, contrariando a manifestação do Ministério Público. O Tribunal de origem não admitiu o recurso especial interposto, ensejando o agravo de instrumento que, por decisão do STJ, foi convertido no recurso especial nº 1.172.067/MG, sendo-lhe atribuído efeito suspensivo até seu julgamento. Dessa forma, a criança retornou para a guarda do casal primeiro.

Apontando as vantagens ao procedimento de colocação em família substituta, o voto invoca a determinação da normativa editada pelo CNJ. Considera que a avaliação prévia por equipe técnica multidisciplinar reduz a possibilidade de ocorrer tráfico de pessoas e a prática da adoção por intermédio de influências escusas, ao mesmo tempo em que propicia uma situação de igualdade de condições entre os pretendentes.

O que se observa é que há todo um preparo com a comissão multidisciplinar para quem visa habilitar-se como pretendente à adoção, pois esta comissão busca esclarecer sobre o exercício da maternidade/paternidade em seus diferentes aspectos. Isso porque é necessário considerar as peculiaridades das crianças e dos adolescentes que se encontram aptos a serem adotados. É necessário ainda trabalhar ideias sobre educação, preconceitos e expectativas, tudo para que se obtenha sucesso nos diversos tipos de adoção. Ou seja, é um trabalho importante que não exclui aqueles não cadastrados que estejam com a guarda de fato postulando a adoção.

Nesse sentido também esteve o STJ, que continuou sua argumentação negando o caráter absoluto do cadastro em favor do superior interesse da criança, na hipótese de haver vínculo afetivo. Discutiu a legitimidade da adoção direta no caso em que além de a mãe biológica ter interferido na escolha da família substituta, esta permaneceu com o bebê em seus primeiros oito meses de vida, criando uma relação afetiva que foi confirmada pelo Serviço Social e Psicologia do Tribunal de Justiça. Apesar da pouca idade, a menina já identificava A.C.G.S.B. que a amamentava após ter sido medicada para tanto.

Após a citação de doutrina e jurisprudência, o Desembargador-relator concluiu pela permanência da infante junto aos pais adotivos até findar o processo de adoção, observando que a vida pregressa da mãe adotiva (dependente química e com vida desregrada) não é fundamento suficiente para suspeitar de qualquer relação escusa, como o tráfico de pessoas. Posição acertada, pois para constituir o delito de tráfico, previsto no artigo 238 do ECA, é necessário ter por elemento a paga ou promessa de recompensa em troca do filho, o que não

ficou esclarecido sequer enquanto indício.

Outro impasse que o caso ensejou foi a litispendência ocasionada pelo segundo processo de adoção postulado pelo casal inscrito que permaneceu com a criança por alguns dias devido decisão do juiz *a quo*. Apesar de ter sido gerada expectativa, o STJ, aplicando o princípio constitucional do superior interesse da criança, considerou o fato de ter a menina permanecido mais tempo com os recorrentes criando vínculo de afetividade, o que ficou comprovado, inclusive, por avaliação da equipe multiprofissional. Acrescentou ainda que o discutido não era o direito de um casal em detrimento do outro, mas o direito da criança à convivência familiar com aqueles que representavam relação de afeto constituído.

Infere-se de toda esta situação que a divergência entre as diferentes instâncias do Poder Judiciário, provocada pelas várias formas de interpretar o texto da lei, resultou em prejuízo grave para a pessoa sobre a qual se discutiam o futuro. A menina, em seu primeiro ano de vida, foi rejeitada pela mãe biológica; foi entregue a um casal conhecido por esta; em seguida, encaminhada para uma instituição de acolhimento; posteriormente, entregue a um segundo casal inscrito no cadastro; e, por fim, entregue novamente ao primeiro casal. Essa inconstância de local e de cuidadores são fatores de risco ao desenvolvimento humano, inclusive, podendo comprometer o desenvolvimento psicológico da criança.

De acordo com a teoria psicossocial de Erick Erikson, o bebê aprende a confiar na “mãe”<sup>5</sup>, em si mesmo e no ambiente através da percepção materna de suas necessidades e exigências. Estabelecem-se entre mãe e criança a confiança mútua e um desejo de enfrentar junto às situações. Para o neonato, a confiança requer um sentimento de conforto físico e o mínimo possível de medo e incerteza. Um sentido de confiança básica ajuda o indivíduo a ser receptivo a novas experiências (GALLAHUE e OZMUN, 2005, p. 40).

Nos casos em que se trata da vida de pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, o tempo importa muito. Em se tratando de uma criança, por exemplo, de um ano para outro, nota-se não só diferença no tamanho, mas também nas aptidões como a fala, o caminhar, a coordenação motora, enfim, nas etapas de crescimento. Com o adolescente, da mesma forma, contudo voltado para a formação da personalidade face ao meio social, no ato de se afirmar enquanto indivíduo, se reconhecer e ser reconhecido.

---

<sup>5</sup>O termo mãe pode ser entendido como aquela pessoa responsável direta pelos cuidados da criança que se envolve afetiva e emocionalmente (GALLAHUE e OZMUN, 2005, p. 40).

A demora do Poder Judiciário nos processos de adoção e as discordâncias de posicionamentos fazem a criança e o adolescente perderem a oportunidade de passar por essas fases do desenvolvimento humano auxiliados pela família, pois a alternância de locais em que eles passam impede criar vínculo seguro com quem se responsabiliza em cuidar. Além disso, a longa espera é fator negativo que contribui para o desinteresse na adoção, pois gera no adotante ansiedade e também insegurança sobre a decisão a ser futuramente prolatada.

E um dos motivos que enseja a demora é a polêmica adoção *intuitu personae* face o princípio do superior interesse da criança, como ocorreu no julgado supracitado. Com o advento da Lei Nacional de Adoção, a discussão tomou proporções de difícil contorno, pois pune a autoridade competente caso não utilize devidamente os cadastros de adoção. Em meio a isso estão diversas vidas que aguardam por decisões que não se constituem enquanto consenso, mas que são produzidas de forma a se chocarem e a retardarem ainda mais o processo.

Apesar da imposição legal, muitos juristas permanecem com o mesmo posicionamento no sentido de permitir a adoção direta enquanto uma das modalidades de colocação em família substituta:

A adoção é o grande exemplo da filiação socioafetiva, seu único elo é o afeto, que deve prevalecer sobre tudo. Toda criança e adolescente que tem a possibilidade de ser adotada já passou por um momento de rejeição em sua vida, tendo conseguido obter e dar amor a um estranho que vê, agora, como um pai, superando o sentimento da perda. Não se justifica que, em nome ao respeito a uma regra que tem a finalidade única de dar publicidade e legalidade às adoções, o sentimento, o sustentáculo da adoção seja colocado em segundo plano e a criança seja obrigada a passar por outro drama em sua vida, sair da companhia de quem aprendeu a amar (BORDALLO, 2007, p.198).

Assim também é a opinião de Maria Berenice Dias que, inclusive, suscita a inconstitucionalidade da obrigação de observância ao cadastro e propõe uma alternativa procedimental nos casos de guarda de fato:

Deste modo, quando uma criança se encontrar sob a guarda de fato de alguém que não esteja habilitado, ou sem que tenha sido respeitada a ordem de inscrição, ao invés de retirá-la de onde se encontra, deve o juiz determinar o seu acompanhamento por equipe interdisciplinar. Entre o medo e o dever, todos devem preservar o direito de crianças permanecerem no seu lar. Tornar obrigatória a observância do cadastro é de uma inconstitucionalidade

flagrante por desrespeitar o princípio do melhor interesse e o sagrado direito à convivência familiar. Assim, desobedecer a norma constitucional e desrespeitar as regras postas na lei é que pode gerar a responsabilização que juízes e promotores tanto temem, por cometerem verdadeiros crimes contra quem merece proteção integral com absoluta prioridade (DIAS, 2010, p. 20).

Por um lado, em se tratando de adoção *intuitu personae*, os interesses dos envolvidos – a família adotiva, os genitores e o próprio juiz – são secundários diante da proteção constitucional dedicada ao público infante-juvenil, em especial, para o exercício do direito à convivência familiar. Assim, é preferível que se acompanhe o estágio de convivência originado de uma guarda de fato por profissionais capazes de avaliar as condições nas quais a criança ou o adolescente foi inserido na família do que fazê-lo mudar inúmeras vezes de casa e de cuidadores, devido à obrigação de se respeitar regras de uma lei infraconstitucional.

De outra parte, o cuidado preventivo no sentido de barrar o tráfico de crianças e outras condutas que afrontam a dignidade humana dessas pessoas, enquanto motivação para se criar o dispositivo de lei, são fatores relevantes ao se considerar a proteção ao público infante-juvenil. Contudo, direcioná-lo apenas a crianças com idade não superior a três anos esvazia o sentido da norma, pois o critério de idade atende apenas uma situação atual em que a maioria dos pretendentes à adoção prefere crianças nessa faixa etária, fazendo com que esse público seja mais vulnerável a condutas ilícitas.

Porém nada impede que esse perfil venha a se deslocar como forma de alcançar pessoas que não estejam nesse recorte etário, o que levará o Sistema de Garantia de Direitos a ter que utilizar outros meios de prevenção, como a avaliação multiprofissional, para contornar a situação. Portanto, instrumentos mais amplos de proteção, em que abarcam todas as crianças e adolescentes sem critério de idade, são mais eficazes na garantia de seus direitos do que aqueles elaborados para atingir situações específicas potencialmente mutáveis, o que leva a concluir que o artigo 50, §13 do ECA não atinge o objetivo proposto.

#### **4.1 Alterações nos dispositivos legais da Lei 12.010, de 29 de julho de 2009**

Em artigo publicado na internet pela JurisWay, é possível destacar as principais alterações trazidas nos dispositivos legais, objetivos e aplicação prática da Lei 12.010, de 29 de julho de 2009 (DANTAS, 2012).

Como já mencionado nos capítulos anteriores, esta lei ampliou o conceito de família e deu preferência para a adoção da criança na família de origem e com parentes mais próximos, tendo presente que a adoção pressupõe uma relação afetiva.

É preciso considerar que a família exerce um papel primordial na vida e no desenvolvimento global de uma criança. É justamente isso que justifica a inclusão da família nos direitos fundamentais, justamente por ela ser um instrumento fundamental na formação da personalidade de um ser maduro e responsável.

Como visto no histórico de leis anteriores, a adoção só era permitida para famílias que não tivessem filhos (Código Civil de 1916) e estava vinculada somente ao adotante e ao adotado. Ou seja, os demais entes da família não eram considerados. Em 1965, com a Lei 4655, instituiu-se a legitimação adotiva, que encerrava o vínculo de parentesco com a família natural do adotado. No entanto, isto foi modificado pelo Código de Menores em 1970, com a Lei 6697, que substituiu a legitimação adotiva pela adoção plena. Aí, estendeu-se o vínculo de parentesco à família dos adotantes.

Na Carta Magna de 1988, ficou definido no artigo 227, § 6º, que os direitos dos filhos adotados eram iguais aos dos filhos naturais, sendo proibida a discriminação relativa à filiação. E foi com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990, que se deu a regulamentação que visa proteger os interesses de crianças e adolescentes, principalmente no que se refere à adoção de menores de 18 anos. No entanto, em relação à adoção dos maiores de 18 anos, valia ainda o prescrito no Código Civil de 1916. E, o Código Civil de 2002 trouxe novas previsões a respeito da adoção, sendo que aí ficou instituído o sistema da adoção plena, sem, no entanto, desconsiderar o previsto no ECA, que não faz distinção entre os direitos adquiridos na adoção de crianças, adolescentes e adultos. Ou seja, a adoção possui as mesmas características, que são obtidas exclusivamente por meio de processo judicial.

Em relação às alterações legais, a Lei 12.010, de 29 de julho de 2009, trouxe alterações diversas ao ordenamento jurídico brasileiro. Estas alterações podem ser assim resumidas:

- 1) Redução do tempo de permanência da criança em abrigos: não poderá exceder 2 (dois anos);
- 2) Substituição da expressão “pátrio poder” pela expressão “Poder familiar”;
- 3) Deveres da autoridade parental: núcleo de responsabilidade com liberdade e não um núcleo de subordinação ou domínio e posse; pais e filhos deve ser um núcleo

de amor, respeito, afeto e solidariedade;

- 4) Inserção de princípios que devem orientar a intervenção estatal no que se refere à aplicação de medidas de proteção de crianças, adolescentes e suas famílias: colocação em família substituta; acolhimento familiar e institucional, etc.;
- 5) Previsão de cautelas adicionais em relação à colocação em lares e famílias substitutas de crianças indígenas e quilombolas;
- 6) Em relação aos que podem adotar, assim está previsto:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

(...) § 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

Ressalta-se, por exemplo, que um jovem de 18 anos pode adotar uma criança de até 2 (dois) anos, observadas as demais previsões legais.

Para Dias (2007), há barreiras nesta nova lei de adoção que dificultam o processo. Como exemplo, ela cita as regras para a mãe que deseja entregar seus filhos à adoção, já que o consentimento precisa ser colhido em audiência pelo juiz e tendo a presença do Ministério Público.

Vale destacar que esta nova lei de adoção prevê a assistência psicológica às gestantes que pode ser estendida às mães e gestantes que demonstrarem interesse na entrega de seus filhos para a adoção.

Todos os processos relativos à adoção deverão ser mantidos em arquivo, inclusive, podendo ser armazenados em microfilme ou outros meios que possam garantir a sua conservação para consulta em qualquer tempo.

Em relação ao cadastro, fica claro que deve ser obedecida a ordem da fila de casais habilitados para a adoção. Porém, como o exemplo citado no início deste capítulo, isso também dependerá das circunstâncias do caso.

O cadastro de pretendentes não veda a possibilidade de adoção por pessoas homossexuais. Os requisitos de ordem social e psicológicas dos pretendentes são os mesmos: oferecer um ambiente familiar adequado para o desenvolvimento do adotado.

Em relação à adoção internacional, ela somente será deferida após consulta ao cadastro de pessoas ou casais habilitados à adoção, mantido pela Justiça da Infância e da

Juventude na comarca, bem como aos cadastros estadual e nacional referidos no § 5º do art. 50 do ECA, e se não for encontrado interessado com residência permanente no Brasil. Destaca-se que a adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil somente terá lugar quando estiver devidamente comprovado que a colocação em família substituta é a solução adequada ao caso concreto. E isso, depois que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família substituta brasileira, após consulta aos cadastros mencionados no art. 50 desta Lei. Por fim, os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros quando se trata de adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ECA estabelece o espaço da criança e o adolescente na sociedade e reafirma os direitos fundamentais a eles enquanto sujeitos de direitos em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, somando os direitos especiais relacionados ao estágio de desenvolvimento físico, psíquico, intelectual, moral e emocional a tal público.

Dentre os direitos especiais, encontra-se o direito à convivência familiar. Por ser o primeiro núcleo social ao a pessoa pertence, a família é presença indispensável na formação de um indivíduo. No entanto, tal direito não é exercido por todos, pois é considerável o número de crianças e adolescentes desprovidas de tal direito e que acabam em acolhimento institucional.

Faz-se necessário, pelo fato de que a matriz da nova lei de adoção se inspirou, sem dúvida, no Plano Nacional de Proteção à convivência familiar e comunitária, que tem como pilares a afetividade e a afinidade, que se considere no âmbito do melhor interesse da criança ou adolescente. Com efeito, em cada caso concreto, o juiz buscará a decisão que atenda o melhor interesse do adotando, aferindo, sobretudo, a constituição de vínculos de afetividade ou afinidade entre adotantes e adotando. Esta deverá ser a linha interpretativa a ser dada nos casos de adoção à luz da nova Lei de adoção.

É preciso considerar os princípios norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescente que são, antes de tudo, constitucionais e têm por escopo proteger os direitos fundamentais do público infante-juvenil. Nesse contexto, o superior interesse da criança e a prioridade absoluta garantirão o atendimento das necessidades do público infante-juvenil e norteará as ações do poder público, bem como da sociedade civil. Além disso, há também o princípio da convivência familiar, reconhecido como direito fundamental especial da criança e do adolescente e que, devido à sua importância, também deverá ser considerado tanto em relação à Lei nº 12.010/09, quanto ao ECA.

Ressalta-se que as principais alterações na lei supracitada dizem respeito à obediência ao cadastro de adoção e a proibição da adoção *intuitu personae* em casos que envolvem crianças de até três (3) anos de idade. No entanto, determinar o vínculo desse instituto ao cadastro de adoção sem averiguar previamente, nos casos concretos, a afinidade e a afetividade por ventura existentes entre uma criança e os interessados em ser seus pais, é negar o princípio constitucional do superior interesse da criança.

Evidencia-se que o cadastro de adoção é importante para coibir ações ilícitas, quantificar e qualificar o público relacionado para direcionar políticas públicas, além de facilitar o encontro de pais para a criança ou o adolescente acolhido. No entanto, ele não deverá ser utilizado para romper vínculos afetivos, por não serem considerados legalmente aceitáveis. A Lei estabelece o acompanhamento multiprofissional; assim, deverá também avaliar exceções em benefício do princípio do superior interesse da criança.

Verifica-se, nesse sentido, que as alterações estabelecidas pela Lei nº 12.010/09 deverão ser interpretadas pelos princípios que regem o texto, porém, tendo-se presente também o Estatuto da Criança e do Adolescente quando se trata do que rege a garantia dos direitos de pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AREND, Hannah. **A condição humana**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BARBOSA, Águida Arruda. Adoção. In: HIRONAKA, Giselda M. F. N. (orientação) et al. **Direito Civil**, vol. 7: Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 206-215.

BEVILAQUA, Clóvis. Clássicos da Literatura Jurídica. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BITAR, Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em 4 de fev. 2012. Às 9h28.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei e outras proposições**. Disponível em [http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=306987](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=306987). Acesso em 15 de fev. 2012. Às 10h40.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em 13 de fev. 2012. Às 19h.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm). Acesso em 14 de fev. 2012. Às 15h.

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

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cadastro Nacional de Adoção**. Disponível em [http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=7497&Itemid=896](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7497&Itemid=896). Acesso em 12 de fev. 2012. Às 22h30.

DANTAS, Danilo Sérgio Moreira. **A Nova Lei da Adoção**. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=3282](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3282). Acesso em 19 set. 2012. Às 9h.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista

dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. O lar que não chegou. **Revista IOB de Direito de Família**. São Paulo, v. 57, p. 12-15, dez-jan. de 2010.

DUARTE, Marcos. **Nova lei nacional de adoção: a perda de uma chance de fazer justiça**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=526>. Acesso em 17 set. 2012. Às 14h.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Ruy Barbosa Marinho. **Adoção: comentários à nova lei nº12.010 de 03 de agosto de 2009**. Leme/SP: EDIJUR, 2009.

FONSECA, Gilson. **Adoção civil e adoção estatutária**, Minas Gerais, nov. 2004. Disponível em:

<[http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal\\_impressao.asp?campo=2493&conteudo=fixo\\_detalhe](http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_impressao.asp?campo=2493&conteudo=fixo_detalhe)>. Acesso em 16 mar. 2012. Às 15h.

GARCEZ, Sérgio Matheus. **O novo direito da criança e do adolescente**. Campinas, SP: Alínea, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**, v2. 13. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito civil brasileiro**. Volume VI: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005.

KUSANO, Suely Mitie. **Adoção intuitu personae**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. f. 62. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp009295.pdf>. Acesso em 11 out. 2012. Às 17h.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri, SP: Manole, 2003.

MARMITT, Arnaldo. **Adoção**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

MEDEIROS, Aloizio Sinuê da Cunha. **Breves considerações sobre a Nova Lei de Adoção**. **Revista IOB de Direito de Família**. São Paulo, v. 57, p. 7-11, dez-jan. de 2010.

MESQUITA, Renata Paccola. **A possibilidade de o adotado conhecer sua origem biológica**. Inovação trazida pela Lei nº12.010/2009. **Revista IOB de Direito de Família**. São Paulo, v. 57, p. 49-57, dez-jan.

MORAES, Edson Sêda. **O Estatuto da Criança e do Adolescente e a participação da sociedade**. São. Paulo: Cadernos populares, n. 2. SITRAENFA/CBIA, 1991.

MORAES, Walter. **Adoção e Verdade**. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974.

MOREIRA, Silvana do Monte. **A adoção intuitu personae e a necessária habilitação prévia**. Disponível em: <<http://www.psml.com.br/novidades.asp>>. Acesso em 11 set. 2012. Às 17h.

NETO, Francisco de Oliveira. PACHÁ, Andréa. **O Cadastro Nacional de Adoção: primeiros resultados**. Disponível em [http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5807:o-cadastro-nacional-de-adocao-primeiros-resultados&catid=74:artigos&Itemid=129](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5807:o-cadastro-nacional-de-adocao-primeiros-resultados&catid=74:artigos&Itemid=129). Acesso em 16 mar. 2012. Às 13h.

PENA JR., Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SIQUEIRA, Liborni. **Adoção no tempo e no espaço**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

UNICEF. **Declaração de Genebra sobre os direitos da criança**. Disponível em [http://www.unicef.org/vietnam/01\\_-\\_Declaration\\_of\\_Geneva\\_1924.PDF](http://www.unicef.org/vietnam/01_-_Declaration_of_Geneva_1924.PDF)). Acesso em 11 fev. 2012. Às 17h.

ZAMBRANO, Elizabeth. **Adoção por homossexuais**. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (Org.). **Direito de Família, diversidade e multidisciplinaridade**. Porto Alegre: IBDFAM, 2007.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **Aspectos Psicológicos da Adoção**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

\_\_\_\_\_. **Famílias adotivas e mitos sobre laço de sangue**. Disponível em <<http://lidiaw.sites.uol.com.br/mitossangue.htm>>. Acesso em 11 nov. 2012. Às 11h33.

\_\_\_\_\_. **Laços de Ternura: pesquisas e histórias de adoção**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.