

**A MATERIALIZAÇÃO DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO
INTEGRAL NA ADOÇÃO**

Solange Tereza Rubinato Lima*

Resumo: O presente artigo objetiva analisar a materialização da doutrina da proteção integral na defesa do melhor interesse da criança e do adolescente no cenário da adoção, após as alterações trazidas pela Lei n. 12.010/2009 – Lei da Convivência Familiar. Examina-se se essas alterações legislativas atendem de fato às reais expectativas, sem perder de vista o primor do instituto da adoção, qual seja, a concretização de um lar às crianças e aos adolescentes desprovidos dele. Faz-se um lineamento histórico do instituto, abrangendo sua aplicabilidade no cenário nacional, seus dispositivos legais e jurisprudenciais, a efetividade da doutrina da proteção integral, a priorização do melhor interesse da criança e do adolescente, e ainda o direito ao convívio familiar como instrumento de formação pessoal. Ao final, busca-se enfatizar a necessidade de proferir decisões judiciais pautadas na interpretação teleológica do regramento jurídico que embasa a adoção, o qual nunca está dissociado do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Palavras-chave: adoção; proteção integral; flexibilização da lei.

1 Introdução

A adoção é um dos institutos mais remotos da história, no entanto sua prática ainda é pouco utilizada. Durante muito tempo, o instituto serviu como instrumento para “dar” um filho àqueles que não podiam ter. A Constituição Federal de 1988 quebrou esse paradigma ao reverenciar o núcleo familiar e dar proteção a todos os seus membros, principalmente às crianças e aos adolescentes.

* Bacharel em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep) e graduada em Administração de Empresa pela Faculdade de Administração de Capivari (Cnec).

Segundo Bordallo (apud MACIEL, 2013, p. 259), houve significativa mudança no que tange à colocação de filhos no seio familiar, pois, antes da Constituição de 1988, os filhos pertenciam às famílias, ou seja, nenhum direito lhes era assegurado. Entretanto, com a consagração dos princípios basilares da igualdade e da dignidade da pessoa humana, a família tornou-se uma instituição democrática, passando a ser vista sob o aspecto social, e não apenas pela égide patrimonial. Ocorreu a chamada despatrimonialização da família, o que fez com que os filhos se tornassem membros dessa instituição e, assim como os demais membros, titulares de direitos.

É justamente essa nova roupagem que deve ser perseguida por todos os membros afetos à adoção, tanto aqueles ligados aos órgãos públicos quanto os relacionados aos órgãos privados, e principalmente no âmbito do Judiciário, pois o principal objetivo é atender ao melhor interesse do adotando.

O tema foi escolhido primordialmente em razão da importância e necessidade de inserir crianças e adolescentes sem lar em famílias que os acolham e façam valer seus direitos constitucionais como pessoas/seres humanos. A celeuma surge com a disparidade encontrada no meio judiciário, onde parte dos tribunais e magistrados, sob a égide da doutrina da proteção integral, aplica com rigor o ordenamento jurídico relacionado, enquanto outros flexibilizam esse tecnicismo jurídico lançando mão do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, fruto da doutrina protecionista.

Frise-se, por mais importante que seja o tema, que este trabalho não pretende esgotar as discussões sobre a matéria, mas, ao contrário, suscitá-las.

2 Conceito e lineamento histórico

O termo adoção se origina do latim *adoptio*, que significa “tomar alguém como filho” (BORDALLO apud MACIEL, 2013, p. 267).

Hodiernamente, pode a adoção ser definida como o ato jurídico que, obedecendo aos critérios legais e atentando ao seu caráter volitivo e afetivo, permite à criança e ao adolescente sua inserção definitiva em um novo núcleo familiar, assegurando-lhe todos os direitos e garantias como um filho biológico.

Sob a ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o conceito de adoção é bem mais amplo, permitindo interpretá-la como um instituto apto a assegurar os interesses da criança e/ou do adolescente.

Nessa senda, os dizeres de Granato (2010, p. 29, grifo nosso):

A adoção, como hoje é entendida, não consiste em “ter pena” de uma criança, ou resolver situação de casais em conflito, ou remédio para a esterilidade, ou, ainda, conforto para solidão.

[...]

O que se pretende com a adoção é atender às reais necessidades da criança, dando-lhe uma família, onde ela se sinta acolhida, protegida, segura e amada.

No cenário nacional, encontram-se inúmeras modalidades de adoção que podem ser identificadas como unilateral, bilateral, póstuma, homoparental, *intuitu personae* (utilizada com reserva pelo ordenamento jurídico), de nascituro e “à brasileira”, lembrando que essas duas últimas não fazem parte do regramento legal, pois o conceito de criança trazido pelo ECA faz referência ao ser humano que tem de zero a 12 anos incompletos, logo, já nascido, e, quanto a adoção “à brasileira”, registrar filho alheio como próprio é crime previsto no art. 242 do Código Penal.

É válido mencionar que internacionalmente a adoção somente se viabiliza depois de esgotadas todas as possibilidades de sua concessão aos nacionais e estrangeiros residentes no país, salientando ainda que o art. 51, § 2º, do ECA determina que há preferência na adoção por brasileiros residentes no exterior aos estrangeiros (PEREIRA, 2010).

É a adoção um mecanismo de caráter social e humanitário utilizado pelo legislador para proteger a criança e o adolescente e atender aos interesses deles, porém nem sempre foi assim.

Historicamente, a adoção foi utilizada entre os povos orientais, como dão notícias o Código de Manu e o Código de Hamurabi (2000 a.C.).

No mundo helênico, esclarece Fustel de Coulanges (apud NADER, 2011, p. 324), o instituto garantia a perpetuação de cultos domésticos: “Aquele a quem a natureza não deu filhos pode adotar um, para que não cessem as cerimônias fúnebres”.

A Bíblia, por seu turno, traz seguras indicações da existência da adoção entre os hebreus. Moisés, quando salvo das águas do Nilo, foi adotado por Térmulus, filha do faraó. Ester foi adotada por Mardoqueu (GRANATO, 2010).

No Egito, o instituto também era conhecido, pois os jovens eram escolhidos na “Escola da Vida” para serem adotados pelo faraó, e, posteriormente, um deles poderia sucedê-lo no trono (GRANATO, 2010, p. 37).

Porém, foi em Roma que a adoção se expandiu e tornou-se um instituto notório, erigindo princípios que a nortearam historicamente: “Adotar é pedir à religião e à lei aquilo que da natureza não pôde obter-se” (COULANGES apud NADER, 2011, p. 75).

Valdir Sznick (1999, p. 31) aponta que, no Império Bizantino, surgiu um novo motivo a embasar o instituto da adoção: a adoção baseada no interesse da pessoa adotada. Essa motivação somente iria ressurgir no início do século IV visando a um dos principais motivos que hoje fundamentam o instituto.

Distanciando-se dos motivos que a instituíram anteriormente, a adoção, ainda que de maneira tímida, visava a vantagens para o adotando, sendo indispensável o contrato por escrito, condicionado à apreciação do tribunal. Essa nova roupagem estabelecia que o adotante deveria ter no mínimo 50 anos e instituíam ainda o direito sucessório e o caráter de irrevogabilidade do instituto (GRANATO, 2010).

Os reflexos dessa legislação se estenderam ao Código Civil francês que retirou a adoção do esquecimento, talvez por entusiasmo do próprio Napoleão, que objetivava sua sucessão (MONTEIRO, 2007). A partir do Código Napoleônico, o instituto se propagou para praticamente todas as legislações modernas.

No Brasil, eis que surge a adoção primeiramente nas Ordenações do Reino, seguida pela Consolidação das Leis Teixeira de Freitas e, posteriormente, sistematizada pelo Código Civil de 1916, especificamente nos arts. 368 e 378 (RIZZARDO, 2009).

De acordo com Granato (2010), dada as excessivas exigências que contribuíam para sua inaplicabilidade, 40 anos depois de sua entrada em vigor, a Lei n. 3.133, de 8 de março de 1957, surge como divisor de águas do instituto, pois altera significativamente suas regras, como a redução da idade mínima de 50 para 30 anos, viabilizando, assim, a adoção por casais jovens.

Embora essas alterações tenham incentivado a prática do instituto, outras mudanças foram relevantes, como aquelas advindas da Lei n. 4.655, de 2 de junho de 1965, que tornou o filho adotivo praticamente igual em direitos e garantias ao filho sanguíneo, introduzindo a figura da legitimação adotiva.

O Código de Menores, Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, instituiu a adoção plena. De caráter assistencial, o instituto se aplicava aos menores de 7 anos, por meio de procedimento judicial, e atribuía ao adotando a condição de filho, desligando-o totalmente da família biológica. A adoção plena encontra-se expressa no ECA (BORDALLO apud MACIEL, 2013, p. 262).

Por meio do regramento apresentado pelo ECA, optou o legislador por priorizar os interesses do adotado, de modo a retirá-lo da situação de desamparo e dar-lhe uma nova oportunidade de convívio familiar.

Enfim, unem-se os interesses dos adotados com os dos adotantes: os primeiros deixam a situação de abandono, e os segundos são presenteados com a graça de ter um filho. É a adoção cumprindo o papel de imitar, de fato, a filiação natural, *adoptio natura imitatur*.

3 A nova lei de adoção e as modificações no Estatuto Menorista

A doutrina da proteção integral deu origem à Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990: o ECA. Esse microsistema adotou duas modalidades de adoção: uma relacionada a crianças e adolescentes e promovida judicialmente, e outra, regulada pelo Código Civil de 1916, referente à adoção de maiores de 18 anos que se assentava por meio de escritura pública (BORDALLO apud MACIEL, 2013, p. 262).

Com o advento do Código Civil de 2002, a adoção passou a ser promovida exclusivamente por via judicial, sendo indispensável a observância dos dois regramentos jurídicos: o Código Civil e o ECA.

O ECA, orientado pela Lei Maior, assegurou o direito à convivência familiar para crianças e adolescentes, seja no seio da família natural ou substituta (VENOSA, 2013). Essa valorização familiar deu origem à Lei n. 12.010, de agosto de 2009, a chamada Lei do Convívio Familiar, também conhecida como a Nova Lei de Adoção (GRANATO, 2010).

Com efeito, essa lei revogou todo o capítulo do Código Civil que tratava de adoção, mantendo apenas dois artigos: 1.618 e 1.619. O primeiro determina que a adoção de crianças e adolescentes seja regida pelos dispositivos do ECA. Já o segundo institui que a adoção de maiores de 18 nos também seja realizada por via judicial, observando, no que couber, os dispositivos do ECA.

A lei também atualizou o estatuto, especialmente os dispositivos que tratam da adoção. Criou e enfatizou as políticas públicas de proteção e garantia à convivência familiar; alterou procedimentos que dizem respeito ao cadastro de habilitação para adoção, ao sistema recursal e à criação de novas infrações administrativas; e revogou algumas normas do ECA, do Código Civil e também da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (BORDALLO apud MACIEL, 2013, p. 264).

Para Granato (2010, p. 70), a substituição da expressão “pátrio poder” por “poder familiar” foi uma importante modificação, pois notoriamente mais condizente com a realidade.

Quanto à situação de abrigo, medida provisória e excepcional, a cada seis meses, a situação da criança ou do adolescente abrigados será reavaliada, sempre observando o prazo máximo de dois anos para o término da medida, salvo nas hipóteses em que o abrigo seja indispensável para a manutenção do melhor interesse do infante (BORDALLO apud MACIEL, 2013).

Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 401) elenca os principais requisitos exigidos para a adoção, a saber: idade mínima de 18 anos para o adotante (ECA, art. 42, *caput*); diferença de 16 anos entre adotante e adotando (art. 42, § 3º); consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar; concordância deste, se contar com mais de 12 anos (art. 28, § 2º); processo judicial (art. 47, *caput*); efetivo benefício para o adotando (art. 43).

É importante salientar a necessidade de demonstração da estabilidade familiar tratada pelo art. 42, § 2º, do ECA, a qual transcende a possibilidade financeira. Por não ser o direito uma ciência exata, há necessidade de avaliação individualizada para aferir a estabilidade familiar. Além do fator econômico, o amor e o afeto são indissociáveis à formação e ao desenvolvimento do adotando (BORDALLO apud MACIEL, 2013, p. 298).

Por ser a adoção regida única e exclusivamente por processo judicial, o prazo para o estágio de convivência está adstrito aos critérios subjetivos do juiz, que deve levar em conta as peculiaridades de cada caso, podendo até ser dispensado quando se tratar de criança com menos de um 1 de idade ou ainda se ela já está em companhia dos adotantes que detêm a guarda legal do adotando por tempo suficiente para avaliar positivamente a conveniência da adoção (GRANATO, 2010).

Cabe à equipe interprofissional e aos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, sob a responsabilidade do poder público, acompanhar o estágio de convivência, apresentando relatório acerca da conveniência ou não do deferimento da medida (art. 46, § 4º, do ECA).

No que tange à proibição de adoção por parentes próximos, o art. 42, § 1º, do ECA proíbe a adoção do menor por seus ascendentes e irmãos, com o objetivo de evitar uma confusão familiar.

É oportuno destacar que a concessão da adoção surte efeitos de ordem pessoal e patrimonial. Esses efeitos estão dispostos no microsistema, mais especificamente no art. 41, *caput* e § 2º.

Frise-se que a adoção tem caráter irrevogável, tornando-se inconcebível a rescisão de sua sentença.

Foram inúmeras as alterações trazidas pela Lei do Convívio Familiar, entretanto a implementação do Cadastro Nacional de Habilitação dos pretendentes à adoção é a que dissemina maior polêmica:

- A implementação do cadastro atende ao melhor interesse do infante?
- Há a materialização da doutrina da proteção integral quando da sua aplicação, considerando, para tanto, o grande número de regras e procedimentos?
- O rigor no cumprimento da ordem cronológica não seria um instrumento apto a impedir a efetivação dos direitos constitucionais da criança e do adolescente como pessoa?

Enfim, a nova lei imprimiu caráter obrigatório à sua observância (art. 50 do ECA), salvo nos casos de pedido de adoção unilateral por parentes com vínculos de afinidade e afetividade com a criança ou adolescente ou por aqueles que já detêm a tutela ou a guarda legal da criança maior de 3 anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, constatando-se a inoccorrência de má-fé ou das situações previstas no art. 237 ou 238 do ECA (subtração de criança/adolescente de quem o tem sob sua guarda; entrega do filho a terceiro mediante paga ou recompensa).

Nota-se, portanto, que a exceção ao cadastro refere-se apenas àqueles pretendentes que detêm a guarda legal, o que significa que foi banida do Estatuto Menorista a chamada adoção *intuitu personae*, aquela em que há intervenção dos pais biológicos na escolha da família substituta antes da chegada do conhecimento do pedido de adoção por parte do Poder Judiciário (BORDALLO apud MACIEL, 2013, p. 323).

O órgão que administra o Cadastro Nacional de Adoção é o Conselho Nacional de Justiça. Para uma pessoa se cadastrar como pretendente, é necessário reunir diversos documentos, como atestado de saúde física e mental, atestado de idoneidade moral, comprovação da situação financeira, comprovação da residência ou domicílio e documento comprobatório da estabilidade familiar, para os casos de adoção por companheiros que convivam em união estável (GRANATO, 2010).

Saliente-se que, de acordo com o art. 50, § 3º, do ECA, a inscrição de postulantes está condicionada a um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com apoio de técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. Prevê o art. 197-C, § 1º, do ECA que a orientação dos técnicos

deve ser no sentido de estimular a adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos (VADE MECUM, 2013).

O art. 50, § 4º, do ECA estabelece que, sempre que possível e recomendável, deve-se incentivar o contato entre pretendentes e crianças ou adolescentes que se encontram institucionalizados aguardando a oportunidade de adoção. Seria viável?

Apesar da grande publicidade que se deu ao Cadastro Nacional da Adoção, não se vê, na prática, confirmação para tanto entusiasmo, pois, apesar do grande número de crianças abrigadas, é escasso o número daquelas que já estão disponíveis para a adoção. E como só farão parte do cadastro quando já tiverem sua situação definida por sentença transitada em julgado, como posto no art. 1º da resolução, não se preveem números expressivos para esse cadastro (GRANATO, 2010).

Maria Berenice Dias (2010) aponta que, embora haja determinação no sentido de seguir a ordem cronológica das listas elaboradas, deve-se atentar ao princípio do melhor interesse do infante, pois, com passar do tempo, as crianças tornam-se inadotáveis, seja porque já não são mais bebês, porque não são brancas ou por serem portadoras de algum tipo de deficiência; enfim, as pessoas se esquecem dos reais motivos pelos quais elas estão aptas à adoção: destituição do poder familiar por abandono, maus-tratos, abusos sexuais, entre outros. Ademais, não sendo a pretensão descabida ao interesse da criança, seria injustificável negar a concessão do ato refugiando-se na ausência de prévia habilitação, haja vista que o cadastro deve servir apenas para organizar os pretendentes à adoção, e não para obstaculizá-la.

Ainda, no mesmo sentido, pondera Granato (2010) que o art. 197-E do ECA, ao estabelecer que a convocação para a adoção deve seguir a ordem cronológica da inscrição, contrapõe-se ao direito do adolescente em concordar ou não com a adoção pelo pretendente que ocupa o primeiro lugar no cadastro, pois poderá o adotando desejar ser confiado ao postulante que aparece em último lugar na lista.

Para a autora, o legislador não observou o verdadeiro significado do instituto ao estabelecer a “fila” de pretendentes. A exemplo disso, cite-se a situação de pretendentes sexagenários que aceitam crianças de qualquer idade: não seria correto, pelo fato de estarem em primeiro lugar na lista, entregar a eles um bebê quando há um casal novo que não pode ter filhos e deseja muito o recém-nascido.

A propósito, o que deveria ser um simples mecanismo dotado de agilidade se transformou em um procedimento com fim em si mesmo, pois assumiu um caráter inibitório e limitativo, desconsiderando tudo o que, de maneira positiva, foi construído pela jurisprudência e pela doutrina quando se refere a vínculos familiares e filiação socioafetiva (DIAS, 2010).

4 A materialização da doutrina da proteção integral

As medidas de proteção, ainda que de forma exígua, sempre estiveram presentes nas leis menoristas, porém suas raízes sedimentavam-se no assistencialismo.

Segundo Válder Kenji Ishida (2013), essas medidas, de certa forma, tinham caráter segregatório, pois inexistia a preocupação de manter vínculos familiares, até porque a família ou a falta dela era considerada a causa da situação irregular.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1959, finalmente reconheceu as crianças como sujeitos, detentoras de direitos e merecedoras de proteção e cuidados especiais. Atenta aos avanços sociais, especialmente no campo dos direitos fundamentais, a ONU atualizou e preparou o texto da Convenção dos Direitos das Crianças, o qual foi aprovado em 1989 pela Resolução n. 44 (AMIN apud MACIEL, 2013, p. 53).

O cenário democrático e a busca pela concretização dos direitos humanos acrescida da pressão dos organismos internacionais levaram o legislador a criar a Constituição Federal de 1988, grande divisor de águas na esfera da garantia aos direitos fundamentais, principalmente quanto às crianças e aos adolescentes, pois lhes assegurou, com prioridade absoluta, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (AMIN apud MACIEL, 2013, p. 56).

Em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, a doutrina da proteção integral foi consagrada pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, *caput*:

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

Uma vez subscrita pelo Brasil e com seus preceitos fundamentais arraigados pela Constituição Federal, a Convenção dos Direitos da Criança impulsionou a criação da Lei n. 8.069/90 (ECA), microssistema que sistematizou a doutrina protecionista de maneira pormenorizada, abrangendo integralmente todos os dispositivos do estatuto (AMIN apud MACIEL, 2013, p. 56).

Buscando dar efetividade ao microssistema, o ECA reconheceu a criança e o adolescente como titulares de direitos, e, para ampliar a aplicação das medidas protetivas, criou um ente denominado Conselho Tutelar, com a finalidade de fiscalizar a proteção conferida aos infantes (ISHIDA, 2013).

Nota-se, portanto, que a doutrina da proteção integral encontra-se perfeitamente delineada e inserida no ordenamento jurídico, abarcando, inclusive, o instituto da adoção. Especificamente, dispõe o art. 43 do ECA: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

Com efeito, verifica-se que o legislador condicionou a concessão do ato aos reais benefícios para o adotando, materializando, assim, a proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (BORDALLO, 2013).

Com relação à convivência familiar, a regra do art. 19 do ECA é clara ao dispor que toda criança ou adolescente tem direito à convivência familiar, quer na

família biológica, quer na família substituta, porém não implica dizer “qualquer família”, mas aquela que os acolha com o máximo de amor, afeto e proteção, estruturando, assim, o desenvolvimento deles (BORDALLO apud MACIEL, 2013, p. 307).

Segundo Bordallo (apud MACIEL, 2013, p. 308), embora tenha o legislador entendido a adoção como última *ratio*, nos expressos termos do art. 43 do ECA, observa-se a necessidade de avaliar a conveniência da manutenção do infante na família biológica ou sua inserção em família substituta, ou seja, priorizar de fato qual a melhor situação para ele.

Nesse viés, proteger o infante da situação de abandono de modo a conceder-lhe um lar para que nele se desenvolva de maneira sadia é, certamente, a melhor forma de efetivar o princípio do melhor interesse. Entretanto, a proteção integral conferida pelo ordenamento deve ser observada priorizando de forma absoluta a criança e o adolescente, de maneira que não ofusque o benéfico e real interesse do infante.

Dessa forma, materializar a doutrina da proteção integral, no que se refere à adoção, significa interpretá-la pelo aplicador do direito, observando, para tanto, a prioridade absoluta das necessidades dos infantes. Essa prioridade também deve acometer o poder legiferante quando da elaboração de futuras regras (AMIN apud MACIEL, 2013, p. 69).

Destarte, aplicar o princípio do melhor interesse não implica dizer que é aquele que o julgador entende como o melhor para a criança, mas, sim, o que, de maneira perspicaz e objetiva, atenda aos seus anseios, protegendo-a em sua dignidade, sem dar espaço à subjetividade do jurisdicionado.

Segundo Bordallo (apud MACIEL, 2013, p. 309), observar as reais vantagens para o infante, especialmente no cenário da adoção, significa impedir que se submeta a novas frustrações e sequelas oriundas de situações de abandono, as quais já suportou.

No que se refere ao direito constitucional à convivência familiar, é importante destacar que a família, antes de mais nada, significa o ambiente de desenvolvimento da identidade e da promoção da dignidade de seus membros, sejam adultos ou crianças, o qual pode apresentar uma variedade de formas oriundas das mais variadas origens que possui como elemento nuclear o afeto (MACIEL, 2013).

De acordo com Maciel (2013), o texto constitucional reconheceu todos os membros da entidade familiar como sujeitos de direito, respeitando, assim, suas individualidades e seus direitos fundamentais. Ampliou-se o conceito de família com o reconhecimento da possibilidade de originar-se da informalidade, da uniparentalidade e, principalmente, do afeto.

Nesse sentido, o ECA, em seu art. 19, reverenciou o direito do infante à convivência familiar e, de maneira ímpar, elencou medidas que erradicam a possibilidade de permanência de crianças ou adolescentes por tempo superior a dois anos em abrigos.

É direito fundamental da criança e do adolescente viver com a família natural ou subsidiariamente com a família extensa.

Com o advento da Lei n. 12.010/2009, foi reconhecida a importância do alargamento da vertente familiar, denominada família extensa ou ampliada, que se estende para além da unidade pai e filhos ou da unidade do casal, formando-se por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente conviva e mantenha vínculos de afinidade e afetividade (MACIEL, 2013).

Sobre a importância do convívio familiar, Costa (apud MACIEL, 2013, p. 128) preleciona que “o direito à convivência familiar, antes de ser um direito, é uma necessidade vital da criança, no mesmo patamar de importância do direito fundamental à vida”.

A família, a sociedade e o Estado, de forma concorrente, têm o dever de zelar pela aplicação do direito constitucional da convivência familiar.

De acordo com Bordallo (apud MACIEL, 2013, p. 308), o regramento jurídico deixa claro que deve-se sempre buscar a situação que melhor atende às necessidades e aos anseios do adotando.

Nesse sentido, apresenta-se, a seguir, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná de relatoria do desembargador Altair Patitucci, em sede de Recurso de Apelação n. 0002827-4, julgado em 8 de maio de 1995:

RECURSO DE APELAÇÃO – ADOÇÃO – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – CONSENTIMENTO – INEXISTENCIA – GUARDA – REVOGAÇÃO – MENOR – INTERESSE – FAMILIA SUBSTITUTA – ADAPTAÇÃO – RECURSOS – IMPROVIMENTO. A adoção exige o consentimento dos pais ou representante legal do adotando, só dispensado se desconhecidos ou destituídos do “pátrio poder”. Expressa discordância do pedido pela mãe biológica. Aplicação do artigo 54 e parágrafo 1º da Lei n. 8069/90. A colocação do menor em família substituta deve primordialmente atender aos interesses do mesmo. Para que seja revogada a guarda é necessária a comprovação de que os interesses da criança serão melhores atendidos com a modificação da situação de fato já consolidada. Não reunindo a mãe biológica condições psicossociais para mantê-la em sua companhia e de se manter incólume a guarda e responsabilidade existente. Recurso. Improvimento.

Para Maciel (2013), estar inserido no seio familiar significa estar protegido afetiva e constitucionalmente. O ECA, em qualquer situação, prevê como inadmissível a manutenção de uma criança em formação em local onde adultos, inclusive os pais biológicos, utilizem drogas ilícitas ou pratiquem atos que contrariem a moral, os bons costumes e a lei. Nesse sentido, a família adequada é aquela que permite à criança ou ao adolescente estar protegido integralmente num ambiente saudável, onde possa crescer e se desenvolver distante de atitudes ilícitas que corroem a formação do caráter do ser humano.

Segundo Dias (2014a), as sucessivas alterações no ECA atreladas à falta de sensibilidade de alguns juízes e promotores acabam praticamente por inviabilizar a adoção. Com o objetivo de proteger, acabam burocratizando excessivamente os procedimentos, tornando a adoção um verdadeiro calvário não apenas para os

pretendentes, mas principalmente para o adotando que aguarda ansioso por uma família. Dispensa-se alto prestígio à família natural quando se busca a qualquer preço manter os filhos sob a guarda dos pais ou dos parentes que constituem a chamada família estendida. Tantas são as tentativas frustradas que fazem com que as crianças passem por várias experiências de rejeição, acumulando sucessivas perdas e sentimento de abandono, carregando cada vez mais sequelas psicológicas.

Acrescenta ainda Dias (2014a) que a demora para a finalização do processo de inscrição retarda a permanência da criança institucionalizada e a impede de desenvolver de forma saudável sua própria identidade. Por isso, é necessário atender ao interesse de quem possui o direito constitucional de ser protegido e amado, e não ao direito dos adotantes e familiares que fragilizaram a criança ou o adolescente, deixando de assumir os deveres parentais. O que se deve preservar não são os vínculos biológicos, mas os socioafetivos.

Nesse sentido, Amin (apud MACIEL, 2013, p. 70) pondera que, não raro, profissionais, principalmente da área da infância e juventude, esquecem-se de que o destinatário final da doutrina protetiva é a criança e o adolescente, e não o “pai, a mãe, os avós, tios etc. Apesar de remotíssima chance de reintegração familiar, as equipes técnicas insistem em buscar vínculo jurídico despido de afeto. Procura-se uma avó que já declarou não reunir condições de ficar com o neto, ou uma tia materna, que também não procura a criança ou se limita a visitá-la de três em três meses, mendigando-se caridade, amor, afeto. Enquanto perdura a via-crúcis, a criança vai se tornando “filha do abrigo”, privada do direito fundamental à convivência familiar, ainda que não seja sua família consanguínea. A essa situação procurou responder o legislador fixando prazos para a reavaliação e solução do caso de cada criança e adolescente acolhidos.

Por incrível que pareça, ainda existe uma dicotomia instalada no Judiciário e nos tribunais, onde grande parte dos intérpretes da lei adota uma postura tecnicista e acaba por engessar a concessão da adoção sob a justificativa de atender aos procedimentos legais impostos, quando o que se deve priorizar não é a formalidade procedimental, mas o bem jurídico tutelado pelos procedimentos, nesse caso, a vida, o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente.

Não se pode permitir que o formalismo legal sobreponha-se aos reais interesses da criança ou do adolescente, impedindo-os de exercer o direito constitucional de ter um lar que supra todas as necessidades deles, sejam elas de ordem material ou afetivas, e ainda no menor tempo possível.

Também não se pode deixar de destacar que o reconhecimento do vínculo afetivo está adstrito exclusivamente à família estendida do infante ou àqueles que detêm a guarda legal do adotando, ou seja, não se verifica no ordenamento a possibilidade de conceder a adoção às famílias que já estão com a guarda de fato da criança ou do adolescente.

De acordo com Bordallo (apud MACIEL, 2013, p. 327), o legislador, com base no art. 50, § 13º, do ECA, impediu a previsão legal da adoção *intuitu personae*,

dispondo que o instituto somente será deferido às pessoas não habilitadas na hipótese de adoção unilateral; se postulada por parente com o qual o adotante tenha afinidade e afeto; quando for o pedido formulado por aquele que detenha a guarda ou tutela jurídica de criança maior de 3 anos de idade, comprovado o vínculo de afinidade e afeto, constatando-se a inocorrência de má-fé ou das situações previstas no art. 237 ou 238 do ECA.

Para Dias (2014a), quando uma criança estiver sob a guarda de fato de alguém que não está inscrito no cadastro de adoção, em vez de retirá-la de onde se encontra, deve o magistrado determinar o seu acompanhamento por equipe interdisciplinar. Apenas excepcionalmente deve-se submetê-la ao abrigo e à entrega ao primeiro pretendente à adoção habilitado.

Destarte, valendo-se do poder de discricionariedade e com o devido suporte da equipe técnica, cabe ao magistrado decidir sobre a situação que melhor assegure os interesses do adotando, observando cautelosamente cada caso de *per si*. Somente dessa forma a proteção integral ao adotando, tal qual a vontade do poder legiferante, se consumaria.

A obrigatoriedade na observância ao cadastro para habilitação dos pretendentes à adoção (art. 50 do ECA), que excetua apenas os casos ora mencionados, de certa forma retroage na esfera das conquistas dos institutos pautados na socioafetividade, pois se verifica nitidamente uma incongruência jurídica no regramento.

Entendeu o legislador que se devem respeitar e preservar os vínculos de afeto e afinidade que cercam a relação do adotando com parentes próximos e com aqueles que já detêm a guarda legal do infante, porém não observou o legislador que o vínculo afetivo não nasce com a consanguinidade, tampouco de um documento de guarda legal, mas da convivência do dia a dia, da dedicação, dos cuidados e, principalmente, do afeto.

Sobre o assunto, é importante mencionar que já foram propostos projetos de lei com pretensão de viabilizar outras possibilidades de adoção, além daquelas previstas no ordenamento. Entretanto, tais projetos foram rejeitados pela relatora, deputada Carmen Zanotto, que fundamentou sua decisão reconhecendo que o Cadastro Nacional de Habilitação aos pretendentes à adoção, bem como a observância de sua ordem cronológica, é um instrumento indispensável, pois conduz com maior responsabilidade e segurança a convalidação da adoção. A seguir, apresenta-se a síntese dos projetos de lei propostos:

- Projeto de Lei n. 1.212/2011, de autoria do deputado Carlos Bezerra: pretende permitir a adoção de crianças e de adolescentes que tenham sido expressamente “doados” pelo genitor ou por genitores conhecidos ou que “tenham sido acolhidos, em situação de perigo devido a abandono por pessoas que venham a se interessar pela adoção”, *independentemente* da ordem no registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados ou no registro de pessoas interessadas na adoção.

- Projeto de Lei n. 1.917/2011, de autoria do deputado Sabino Castelo Branco: inclui parágrafos no art. 13 do ECA: 1. possibilitando que as gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção possam indicar pessoa que poderá adotar o menor e 2. pretende dar prioridade na adoção a quem tenha encontrado ou auxiliado criança ou adolescente vítima de maus-tratos ou abandono.
- Projeto de Lei n. 6.736/2013, de autoria do deputado Lourival Mendes: acrescenta o art. 28-A ao ECA: 1. assegurando o direito de guarda e adoção a quem recolher criança abandonada com até três meses de vida, independentemente de prévia inscrição em cadastro previsto no *caput* do art. 50 do ECA; e 2. estabelece o prazo de 30 a 120 dias para os procedimentos referentes à concessão da guarda ou adoção.

Enfim, embora haja certa resistência em normatizar, com reservas, a adoção *intuitu personae* no ordenamento, os tribunais vêm admitindo tal possibilidade quando de fato se verificar que a sua convalidação implica atender ao melhor interesse da criança ou do adolescente, trazendo-lhes reais benefícios.

Nesse sentido, apresentam-se, a seguir, algumas decisões proferidas pelos tribunais, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL – AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO NACIONAL 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 por oito meses de vida – Tráfico de criança – Não verificação – *Fatos que, por si, não denotam a prática de ilícito* – Recurso Especial provido.

I – A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao *princípio do melhor interesse do menor*, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro;

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, 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.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.172.067 – MG (2009/0052962-4) RELATOR MINISTRO MASSAMI UYEDA. Brasília, 18 de março de 2010 (data do julgamento) (grifos nossos).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO DE ADOÇÃO. GUARDA PROVISÓRIA. MENOR DE UM ANO EM CONVÍVIO COM OS ADOTANTES DESDE O NASCIMENTO, JÁ COMPLETOS 12 MESES. DECISÃO QUE COLOCOU A CRIANÇA EM INSTITUIÇÃO E LISTA DE ADOÇÃO PREVISTA NO ECA. R E F O R M A. *A lista do ECA não tem caráter absoluto. In casu*, visando o interesse da menor que já possui laços de afetividade com os agravantes, a permanência com os mesmos se impõe, pois esse o fim maior do Estatuto e da Constituição Federal visando preservar seu interesse superior. Parecer do MP nesse sentido. Provimento do Recurso. Precedente Citado: TJRJ 0026448-59.2010.8.19.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO CAPITAL – DÉCIMA PRIMEIRA CAMARA CÍVEL – Umanime DES. OTAVIO RODRIGUES – Julg: 06/10/2010 (grifo nosso).

ADOÇÃO DIRIGIDA OU *INTUITU PERSONAE*. GUARDA PROVISÓRIA DE MENOR. INDEFERIMENTO DO PEDIDO. EXIGÊNCIA DE PROCESSO DE HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO. TECNICISMO DA LEI. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. Agravo de instrumento. Adoção. Menor que, com dois dias de vida, foi entregue pela mãe biológica aos agravantes. Adoção dirigida ou *intuitu personae* que permite à mãe biológica entregar a criança a terceiros, que passam a exercer a guarda de fato. Juízo *a quo* que indefere pedido de guarda provisória determinando a busca e apreensão da criança e a colocação em abrigo ao argumento de que o art. 50 do ECA privilegia o processo de habilitação para adoção. *Tecnicismo da lei que não deve ser empilhado para manter-se a criança com o guardião provisório em lugar de manter a mesma em abrigos públicos estes que despersonalizam as relações humanas e institucionalizam o emocional*. Teoria do apego que oriunda da psicologia não pode ser

ignorada pelo Judiciário. Comprovação nos autos de que os agravantes vêm cuidando da criança com afeto, respeito e extremada atenção material e moral durante meses. Dever da sociedade e do poder público de proteger e amparar o menor, assegurando-lhe o direito à convivência familiar e à dignidade. Inteligência dos arts. 1º, III, e 227 da CF/88. Recurso a que se dá provimento para conceder a guarda provisória do menor aos agravantes, até a prolação da sentença (TJRJ, 2ª Câmara Cível, AI. 2007.002.26351, Rel. Des. Cristina Teresa Gaulia, j. 21-11-2007) (grifo nosso).

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PEDIDO DE ADOÇÃO CUMULADO COM DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR.

1. *A convalidação da adoção intuitu personae é exceção admitida em situação de vínculo afetivo pré-existente entre as partes, onde a aplicação da regra estabelecida pelo artigo 50 do ECA implicaria prejuízo ao melhor desenvolvimento da criança, situação que ofenderia o artigo 43 do ECA e com a qual não se pode aceder.*

2. Verificando-se que o pai não ostenta condições de proteger seu filho, exercendo a paternidade de forma responsável, de modo a garantir à criança um desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência, a destituição do poder familiar é medida que se impõe.

Recurso desprovido. (Apelação Cível nº 70033056383, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 02/12/2009) (grifo nosso).

5 Considerações finais

O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeito de direito e a importância da convivência familiar na formação e no desenvolvimento saudável dos infantes tendem a viabilizar a adoção e atender às necessidades daqueles que efetivamente a veem como a única e última alternativa para uma vida melhor.

As novas alterações trazidas pela Lei n. 12.010/2009, especialmente no que se refere ao Cadastro Nacional da Adoção, não fosse o seu rigor excessivo, certamente teria cumprido sua função precípua, qual seja, proteger o melhor interesse da criança e do adolescente.

À luz da doutrina da proteção integral e do princípio do melhor interesse, o rigor excessivo da nova lei aliado à ausência de flexibilização desse formalismo engessa o jurisdicionado e a equipe técnica, dificultando, assim, a observância das reais vantagens do adotando.

No que se refere à adoção *intuitu personae*, inviabilizá-la apenas contribui para que aqueles que se encontram nessa situação deixem de buscar o Judiciário e permaneçam na informalidade, pois temem que seu filho seja retirado do seio familiar e encaminhado a uma instituição. Por isso, é oportuno salientar que tais situações existem e são concretas, não se trata de permiti-las ou não, mas tão somente de regularizá-las.

Destarte, é imprescindível que as equipes interdisciplinares e os jurisdicionados analisem os casos de *per se*, sobrepondo os interesses do infante a qualquer formalidade processual, pois somente dessa maneira pode-se materializar a proteção integral conferida constitucionalmente às crianças e aos adolescentes.

Enormes foram as dificuldades para a consolidação dos laços socioafetivos e ignorá-las significa retroceder na esfera das conquistas sociais.

Enfim, a adoção não é um simples contrato entre partes, mas um ato voluntário de amor que se aperfeiçoa com a formação dos laços de afinidade e afetividade, baseados no respeito mútuo entre as pessoas nele envolvidas.

THE MATERIALIZATION OF THE INTEGRAL PROTECTION DOCTRINE IN ADOPTION

Abstract: This article aims to analyze the materialization of the integral protection doctrine in defending the best interests of the child and adolescent in the adoption of scenario, after the changes introduced by Law n. 12,010/2009 – Law of Family Living. We examine whether these legislative changes actually meet the real expectations, without losing sight of the perfection of the adoption of the institute, which is to implement a home to children and adolescents devoid of it. It will be a historical guideline of the institute, including its applicability on the national scene, their legal and jurisprudential devices, the effectiveness of the doctrine of integral protection, prioritizing the best interests of children and adolescents, and also the right to family life as personal training tool. At the end, we seek to emphasize the need to deliver judicial decisions guided by the teleological interpretation of the legal establishment of rules that supports the adoption, that never dissociated from the principle of the best interests of the child and adolescent.

Keywords: adoption; integral protection; flexibility of the law.

Referências

- DIAS, M. B. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DIAS, M. B. *Adoção e o direito a um lar*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ado%E7%E3o_e_o_direito_a_um_lar.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014a.
- DIAS, M. B. *Adoção: entre o medo e o dever*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ado%E7%E3o_-_entre_o_medo_e_o_dever_-_si.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014b.
- DIAS, M. B. *Adoção e o direito constitucional à convivência familiar*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ado%E7%E3o_e_o_direito_constitucional_%E0_conviv%EAncia_familiar.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2014c.
- GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6.
- GRANATO, E. F. R. *Adoção: doutrina e prática* – com comentários à nova Lei da Adoção Lei 12.010/09. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

- ISHIDA, V. K. *Estatuto da Criança e do Adolescente*: doutrina e jurisprudência. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MACIEL, K. R. F. L. A. (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente*: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MONTEIRO, W. de B. *Curso de direito civil*: direito de família. 38. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2007.
- NADER, P. *Curso de direito civil*: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 5.
- PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 5.
- RIZZARDO, A. *Direito de família*: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SZNICK, V. *Adoção*: direito de família, guarda de menores, tutela, pátrio poder, adoção internacional. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999.
- VADE MECUM. Com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- VENOSA, S. de S. *Direito civil*: direito de família. v. 6, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.