

Família e adoção no melhor interesse da criança

Haikel Weidner Maluf*

INTRODUÇÃO

Ao se falar em adoção, pensamos logo nos procedimentos que levarão ao envolvimento entre uma criança abandonada ou retirada dos pais e um casal impotente desejoso de ter filhos. Também emerge em nosso imaginário a idéia de solução ao problema da criança em situação de risco, criança na rua, vulnerável, sofredora de maus tratos ou negligenciada pelos pais. Porém, a adoção nem sempre corresponde a esta vaga idéia que se faz, um tanto clássica e romântica, de uma infância idílica, que encontra, de uma forma ou de outra, uma saída ou salvação social, cuja imagem está impressa em nosso inconsciente, e, por tantas vezes, vem retratada em filmes. É uma instituição que perpassa os tempos, desde os mais remotos da história do homem, mas não

se mostra de uma forma estática, pois varia de acordo com as concepções de família e infância e as relações que se tecem com o Estado e a sociedade.

Temos, pois, de nos valer de múltiplos campos de conhecimento que nos permitirão visualizar o instituto da adoção, com o maior número de efeitos subjacentes a fim de abordá-lo de uma forma conveniente, isto é, com o mais amplo leque de significados que o mesmo pode ter.

Considerando-se a variedade de enfoques que o tema suscita (tais como: a questão da perda do poder familiar, ou caracterização da situação de abandono da criança; a criação do vínculo com a família substituta; as formas irregulares de adoção; a adoção internacional; adoção por homossexuais; a (im)possibilidade de o adotado conhecer seus pais biológicos, etc), faz-se

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

necessário delimitar a abordagem pretendida, ou seja, estabelecer por qual viés percorrerá o presente artigo.

Com efeito, a legislação acerca da adoção introduzida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e agora praticamente reiterada no Código Civil de 2002, reflete os princípios que foram consagrados pelo referido estatuto, tratando a criança e o adolescente como sujeitos de *todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa* (art. 3º), a partir da doutrina da proteção integral. O debate em torno dessa legislação vem causando polêmica não só entre os profissionais da área do direito, mas mobilizando intelectuais de diversas áreas de conhecimento, uma vez que sua incidência tem importante conotação social, abrangendo aspectos socioculturais, psicológicos, éticos, religiosos e morais.

Como características importantes desta nova legislação, mais que a finalidade em satisfazer casais ou pessoas sozinhas, dando-lhes o que a natureza não permitiu, tem-se a orientação central em conseguir um lar às crianças em situação de vulnerabilidade social e econômica. Em nome do interesse da criança e do adolescente, com o fim de tratá-los de forma mais digna, modificam-se as concepções em relação à criança, por conseqüência, uma nova terminologia é adotada: abandona-se o termo “menor”, carregado de preconceito e estigma, para se referir ora às

crianças abandonadas, órfãos e pobres, ora a delinqüentes, ligados ao mundo do crime, da contravenção e da infração, passando a se referir a “crianças de rua” e “crianças na rua”, “crianças em situação de risco”, ou “crianças em situação de vulnerabilidade social e econômica”.

Sobre os princípios norteadores da adoção, os autores são uníssomos em identificá-la aos princípios constitucionais da prioridade absoluta da criança e da igualdade entre os filhos. Cláudia Fonseca ainda identifica um terceiro princípio emergente, conforme refere:

Vemos então na evolução da legislação a emergência de três princípios “modernos”: além da centralidade do bem-estar da criança, aparecem claramente os princípios de igualdade (dos filhos da família) e da liberdade individual (os pais adotivos impõem a criança aos membros de sua linhagem consanguínea quer estes queiram ou não).¹

Neste contexto, não se pode deixar de referir que a Lei nº 8.069/90 é norma regulamentadora da Constituição Federal, que em seu art. 227 determina:

Art 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além

1 FONSECA, Cláudia. *Caminhos da adoção*. São Paulo: Cortez, 1995, p.123.

de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

.....

§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.*

Trata-se, dessa forma, de conceber um conjunto de regras que se coadunam com o princípio geral no qual a criança e o adolescente passam a ser vistos como sujeitos de direitos, isto é, detentores de direitos que os colocam na condição de pessoa. Redefine-se o papel do Poder Público, que passa da esfera de órgão responsável pela tutela da criança em estado irregular, conforme a doutrina da situação irregular que embasa o Código de Menores de 1979, para uma função de proteção e garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes, conforme a doutrina da proteção integral.

No que concerne à regularização estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, observa-se ainda uma distinção particularmente importante em relação à legislação anterior: “Art. 43 – A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o ado-

tando e fundar-se em motivos legítimos”, ainda em voga em nosso entender apesar de o Novo Código Civil, em seu art. 1625, ter reduzido para apenas um critério, substituindo a expressão reais vantagens por efetivo benefício.

A existência de *motivos legítimos* como condição para o deferimento da adoção remete fundamentalmente à intenção do adotante e sua correspondência com os princípios gerais do ECA e a garantia do bem-estar do menor. A expressão “motivos legítimos” como condição para a adoção foi desenvolvida por Sandra Maria Lisboa (1996). Segundo ela, ao buscar os motivos do pedido, o juiz tem o papel de encontrar nas intenções do adotante os fins próprios do instituto, prevalecendo o bem-estar da criança e do adolescente.²

Já a expressão *reais vantagens* se refere à necessidade de se resguardar prioritariamente os interesses da criança diante dos demais sujeitos envolvidos. Estas prerrogativas reforçam o já constante no art. 29, segundo o qual: “Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.”

A doutrina e jurisprudência vêm, em passos largos, sopesando as dificuldades e contradições do sistema, de modo a torná-lo eficaz, isto é, atingir o fim precípua de colocar a criança em

2 LISBOA, Sandra Maria. *A adoção no estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.63.

família, observados os princípios do maior interesse da criança e seus desdobramentos, conforme já referido. A preocupação em aprofundar o estudo acerca da caracterização do que são *reais vantagens* e *motivos legítimos*, pois, tem sua importância na medida em que são inúmeras as dificuldades que podem emergir quando da caracterização do ambiente sociocultural, econômico, etc, em que será inserido o adotando. Neste sentido, cabe à autoridade judicial o poder/dever de averiguação, já que a adoção de criança ou de adolescente, conforme dispõe o art. 1623 do Código Civil, necessariamente passa por processo judicial.

O problema que se examina é de que maneira vem sendo abordado pelos doutrinadores e pela jurisprudência o princípio do maior interesse da criança e como têm sido asseguradas as *reais vantagens* ou *efeitos benéficos* ao adotando no processo de adoção quando diante de uma situação não prevista, ou seja, quando o procedimento de colocação em família substituta não se deu na via judicial e não observados os passos prescritos na lei.

Sugere-se que, em nome do bem-estar da criança, muitas vezes tem sido desconsiderado pela autoridade judicial o contexto psicológico e social em que

está inserida a criança, circunstância que pode ser decorrência da rigidez da norma, que opta pelo sistema de “adoção fechada” que, de acordo com Maria Antonieta Pisano Motta:

[...] é o modelo de adoção normalmente praticado em nosso país. Refere-se à confidencialidade total. Nele a mãe biológica e os pais adotivos não têm nenhum contato nem trocam qualquer informação. A interação futura entre a mãe biológica e a criança não tem previsão legal. Os pais biológicos deixam de existir ou de ter importância de qualquer ordem, para o desenvolvimento da criança.³

Ao ter como premissa básica a consideração da equiparação da família adotiva com a família “natural”, de maneira única e irrevogável, parecendo, em princípio, representar um avanço por dar fim a qualquer distinção entre filhos naturais e adotivos, o estabelecimento da adoção plena como forma única, conforme refere Cláudia Fonseca⁴ está ligada à noção de família moderna e reflete um determinado contexto histórico, questionando a pesquisadora se ela leva em consideração a importância da rede familiar na realidade brasileira.

Mesmo não desconhecendo a prescrição do art. 167 da Lei nº 8069/90, que possibilita à autoridade judiciária

3 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. “Adoção pronta X adoção pelo cadastro” In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.251.

4 FONSECA, Cláudia. *Op cit*, p.126.

auxiliar-se do trabalho de assistentes sociais e psicólogos envolvidos junto à Vara da Infância e da Juventude, supõe-se que no âmbito processual não há condições de auferir a real situação pessoal, social e econômica que recomenda a lei para fazer frente ao impacto que o processo de adoção implica não só ao adotando como ao adotante, tendo-se claro que nem todas as pessoas têm capacidade para assumir e criar uma criança ou tratar com um adolescente.

1. CONCEPÇÕES DE FAMÍLIA E FILIAÇÃO NA ESFERA JURÍDICA

A colocação da criança em família é o centro das preocupações do legislador quando refere o maior interesse em termos da adoção. Faz-se necessário, pois, situar a família no tempo e espaço, considerando os aspectos históricos, sociais e jurídicos. A família aqui não só vista enquanto núcleo de primeiro convívio social, no seio do qual a criança será formada, fonte de proteção, segurança, acolhimento, carinho, amor, pertencimento, necessários para sua estruturação pessoal, mas também do ponto de vista jurídico formal, que nem sempre traduz aquela primeira acepção, mas com ela interage e se transforma.

Além de ser o lugar onde se desenvolve a pessoa, na sociedade moderna ocidental, conforme enfatizou

o professor civilista Perlingieri,⁵ a família é um valor constitucionalmente garantido, não contrariando os valores que regem a sociedade civil, e tendo a finalidade precípua de prover a educação e promover os sujeitos a ela pertencentes. A noção de família, então, é potencializada enquanto o *locus* privilegiado de manutenção e reprodução de valores sociais, recebendo, em contrapartida, a tutela do Estado.

De acordo com o doutrinador, o perfil consensual e o afeto são os denominadores comuns do núcleo familiar. O merecimento da tutela não se restringe às questões de sangue, mas sobretudo às afetivas. Dentro disto, garante-se através da adoção aos menores desprovidos deste convívio comunal de afeto, por nunca terem tido ou por terem perdido, a possibilidade de uma estável relação de filiação, com a mesma dignidade da família consanguínea, conforme também refere a constituição.

A formação familiar é digna de tutela, contudo, somente se em seu interior forem respeitados os valores de igual dignidade, moral e jurídica entre seus componentes e a democracia, traduzida esta na igualdade entre seus membros, que agregados à solidariedade, compõem o rol dos direitos e deveres inerentes à família.

Não só à família é observada esta condição, mas é uma exigência a qualquer comunidade integrada na

5 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.244.

sociedade civil. Há nexos entre as comunidades que intermediam a relação do indivíduo com o Estado, que se baseia no respeito ao pluralismo. Na família, estes princípios se traduzem na igualdade moral e jurídica dos cônjuges e na igual dignidade dos filhos.

À noção restritiva de família atenta exclusivamente na relação entre os cônjuges, justificada pelo aspecto econômico de maximização da capacidade de renda, passa-se, pois, ao princípio do direito do menor à família estendido ao direito de qualquer pessoa a ter família, isto é, desloca-se a problemática da família do âmbito patrimonial para o âmbito dos direitos fundamentais da pessoa. O reconhecimento da paternidade socioafetiva insere o instituto da adoção neste contexto da família eudemonista.

Conforme enfatiza Fachin,⁶ no século XX, vigorou o critério da consanguinidade na definição de família. Citando Clóvis Beviláqua, arremata a definição de família então vigente como sendo “o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade”.

Porém, nem sempre o fator da consanguinidade legitima uma situação de parentesco e nem todo o parentesco

é definido em razão de relação consanguínea. Ilustra-se a primeira com a inviabilidade do reconhecimento da filiação dos filhos naturais, isto é consanguíneos, tidos de relações extraconjugais na vigência do Código Civil de 1916 até o advento da Lei nº 7.250/84, que alterou a Lei nº 883/49, permitindo o reconhecimento do filho tido fora do casamento pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos.⁷

A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer o *status* de família à união estável, através do parágrafo 3º do art. 226, efetuou louvável avanço à noção até então em voga que reduzia a família àquela situação típica de casamento e da necessária existência de prole. No dizer de Genofre,⁸ entre os juristas conservadores, o reconhecimento da tutela do Estado à família proveniente do concubinato sofreu duas críticas, que reproduzo a seguir:

a) O discriminatório conceito de que, sem prole, sem filhos, não há família, foi defendido por famosos doutrinadores, como Clóvis Beviláqua, que prelecionava: “designam-se por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie”; Sá Pereira: “Só

6 FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.21 e ss.

7 FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p.23, faz referência à decisão do Superior Tribunal de Justiça, mencionando a limiar abertura das portas dos Tribunais à permissão do reconhecimento do filho havido fora do matrimônio, ilustrando com decisão do Recurso Especial nº 1109, baseando-se na lei citada.

8 GENOFRE, Roberto Maurício. Família: uma leitura jurídica. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). *A família contemporânea em debate*. 3. ed. São Paulo: EDUC/Cortez, 2000, p.99.

será possível se falar em família, quer no campo jurídico, quer na ciência, quando se estiver diante de coisas, pessoas ou idéias ligadas por filiação. b) No tocante ao concubinato, as críticas prosseguem: Pontes de Miranda: “o concubinato não constitui, no Direito brasileiro, instituição do Direito de Família”.

Para estes e outros juristas citados por Genofre, a família legítima restou enfraquecida com o advento da Constituição de 1988. Porém, operou-se uma mudança de paradigma em relação ao conceito de família legítima, resultando no reconhecimento da relevância jurídica da família natural, isto é, aquela não-fundada no casamento (gize-se que o problema é de costume e não de lei e não caberia ao legislador manter uma situação já superada de fato).

Ademais, a revogação da vedação da legitimação do filho natural, bem como o princípio da igualdade entre os cônjuges e da igualdade entre os filhos, vão alterar a estrutura da família, dando-lhe novas roupagens, revelado sobretudo no reconhecimento prioritário do vínculo afetivo, conforme vem se orientando a jurisprudência nas questões referentes aos litígios sobre a adoção entre os pretendentes adotantes com os genitores biológicos.

De outra banda, as novas formas da tecnologia genética, propiciando certeza quase que inequívoca da filiação através dos exames de DNA, revitaliza, por isso mesmo, o respeito à filiação biológica, que ganha novo fôlego nas últimas décadas. Neste sentido, com sagaz sutileza que lhe é comum, a antropóloga professora Cláudia Fonseca⁹ bem sintetizou a implicação do avanço das técnicas de DNA nas relações de parentesco, pontuando que:

Enquanto a legitimidade versus ilegitimidade era a dicotomia reinante da era pré-contemporânea (separando esposas de concubinas, filhos legítimos de bastardos), o sistema atual de classificação tem acentuado a divisão entre parentes “eletivos” e os consangüíneos (Ouellette, 1998). Dito de outra forma, a tendência atual é de comparar o “parentesco de escolha” (baseado acima de tudo na afeição mútua), com o parentesco baseado naquilo que é percebido como os fatos imutáveis da biologia. O mais intrigante na atual configuração é que ambos os termos da equação – tanto as afinidades eletivas quanto os dados biológicos – são altamente valorizados.

Segundo a autora supra citada, ao colocar a afeição como centro, a família nuclear está em desmistificação, com a redefinição das rígidas convenções

9 FONSECA, Cláudia. A vingança de Capitu: DNA, escolha e destino na família brasileira contemporânea. In BRUSCHINI, Cristina; UNBEGAUM, Sandra G. (Org.) *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo, Fundação Carlos Chagas, 2002, p.271.

morais por valores centrados na busca pela auto-realização e satisfação emocional, mitigando a concepção de ruptura causada pelo descasamento, tratado como “extensão normal dos valores da família moderna”, desmistificando a máxima freudiana de que produz infelicidade às crianças. Por outro lado há um recrudescimento das concepções biológicas de parentesco, conforme assinala a professora:

*[...] durante as últimas décadas, houve uma recrudescência também das concepções biológicas de parentesco. “O sangue é mais espesso do que a água” é um adágio de extrema importância no modo euro-americano de pensar as relações de parentesco. [...] Enquanto a família de “escolha” descrita acima parece enquadrar o lugar da família no âmbito de uma cultura moldada pelo homem, a noção de sangue, com toda a sua conotação genética, faz com que a família recaia nos imutáveis fatos da natureza”.*¹⁰

Exemplos disto, diz a autora, seriam as freqüentes buscas efetuadas pelas crianças adotadas pelo conhecimento das origens genealógicas ou as tentativas de gerar filhos com vínculos biológicos entre parceiras do mesmo sexo, através de dolorosas técnicas de doação de óvulo ao útero da outra.

A família evolui e confunde-se com a história. E como tal é dinâmica. Esta

dinamicidade permite que identifiquemos hoje uma multiplicidade de configurações familiares, algumas delas já devidamente reconhecidas legalmente como a união estável e a monoparentalidade. Dentre todas estas formas, contudo, resta um denominador comum, bem traduzido por Hironaka,¹¹ nas linhas que seguem:

Mudam os costumes, mudam os homens, muda a história; só parece não mudar esta verdade, vale dizer, a atávica necessidade que cada um de nós sente de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e o seu refúgio, isto é, o seio de sua família, este locus que se renova sempre como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social.

2. A ADOÇÃO

Levando em consideração o fato de que a adoção é constituída no sistema legal brasileiro necessariamente através de sentença, ainda que abundem os casos em que ocorrem ao arrepio da lei, através de registro direto ou da simples entrega da criança à família substituta, com vista à posterior regulamentação ou não, assume uma singular importância o exame minucioso

10 Id. Ibidem, p.273.

11 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n 1/7, abril e junho de 1999.

da legislação. Retomando a inserção legislativa do instituto, lembramos que, em âmbito constitucional: 1) o direito à convivência familiar é garantido (art. 227, *caput*, da CF); 2) o Estado tem que assegurá-lo, isto é, promovê-lo. Contudo, pouco tem sido feito em relação à sorte das crianças que, por fatores diversos, acabam em internatos e por lá permanecem até atingirem a maioridade. Em razão disto, pode-se dizer que as práticas de entrega ou empréstimo dos filhos são mais eficazes do que o procedimento formal de adoção para satisfazer o ideal de colocação de toda criança em família.

Ao eger a legislação uma forma ideal de convivência que define como familiar, não exclui outras formas não preconcebidas em lei. Vê-se que por muito tempo não era reconhecida a união estável como formadora do vínculo familiar, mas nem por isso deixou de ser expressiva esta manifestação, acabando por ser reconhecida legalmente.

Também a adoção deve ser tomada como uma instituição, que se manifesta às vezes de forma tangencial à lei, como no caso da *adoção à brasileira*,¹² às vezes de forma displicente com a lei, como na *adoção irregular*,¹³ ou até

mesmo como forma contrária à lei, através de seqüestros ou roubos de crianças de enfermaria, submetidas, ou não, à legitimação pelo judiciário. Os julgadores têm sido sensíveis ao reconhecer a adoção informal socioafetiva como forma suficiente para conferir o estado de filho adotivo, como demonstra a ementa a seguir descrita:

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE. REGISTRO. A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o desapareço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades

12 Utilizo-me aqui do esclarecedor artigo de ALMEIDA, Júlio Alfredo de. *Adoção intuitu personae* – uma proposta de agir. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, nº 54 – outubro de 2004 a abril/2005, p.197, em que define: “Como adoção à brasileira, deve ser entendida a situação em que alguém procede ao registro do nascimento e uma criança como se genitor biológico fosse.”

13 “Já adoção irregular, aquela onde o pretendente recolhe a criança ao seu convívio e depois de determinado tempo ingressa com pedido de adoção, valendo-se da alegação de formação de vínculo.” *Id. ibidem*.

familiares. Uma de suas formas é a “posse do estado de filho”, que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o “estado de filho afetivo”, que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70008795775, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 23/06/2004.

E não poderia ser diferente, pois, ao Estado compete, diante dos preceitos constitucionalmente previstos, promover a inclusão da criança no

convívio familiar, bem como regularizar as formas de adoção que escapam ao seu controle, por não observarem os procedimentos legislativos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente consagra direitos à criança e ao adolescente, imbuído que está no reconhecimento em tratá-los enquanto sujeitos de direito em situação especial de desenvolvimento e, como tal, merecedores da tutela do Estado. Dentre tais direitos, como desdobramento de norma constitucional, às crianças e aos adolescentes é garantida a convivência familiar. Assim, prioritariamente, ao Estado cabe promover a manutenção dos vínculos da criança com a família de origem.

Somente excepcionalmente (art. 19¹⁴), poderá ser colocada a criança em família substituta, sendo proibidas discriminações relativas à filiação (art. 20¹⁵), observadas as três formas legais para tanto, estabelecidas pelo art. 28 do ECA, quais sejam: a adoção, a guarda e a tutela. A adoção assume importância como instituição que propicia a transferência do menor à família substituta por seu caráter irrevogável em relação aos demais institutos.

Os motivos para a saída da família natural são amplos, desde a perda do poder familiar, abandono, orfandade ou

14 Art. 19. “Toda a criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.”

15 Art. 20. “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.”

simples entrega. Quanto à perda do poder familiar, observa-se o constante no art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente que afirma que: “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.” Ou seja, estas situações podem ser consideradas de intervenção do Estado com o fim de garantia de proteção à criança vítima de quaisquer situações que possam expô-la a tais riscos, não sendo a pobreza motivo para a destituição do Poder Familiar (art. 23 do ECA). Uma vez configurada uma das situações referidas no art. 5º do ECA, as crianças devem ser colocadas em programas de auxílio, comumente, em abrigos de acolhimento.

Porém, as políticas devem-se pautar pela necessidade da reaproximação da criança com a família de origem, geralmente a família de origem. Veja-se a decisão que segue:

EMENTA: ECA. SUSPENSÃO DO PÁTRIO PODER. Em que pese a comprovação do indevido exercício do pátrio poder, impositivo o encaminhamento da família a tratamento e a programas de auxílio com vista à manutenção do vínculo, mormente em face da idade dos infantes, o que praticamente inviabiliza a colocação em família substituta. Apelo desprovido, com a adoção, de ofício, da sugestão ministerial. (Apelação Cível Nº 70005488473, Sétima Câmara Cível,

Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 19/02/2003).

Somente sendo consentida pelos pais biológicos ou atestada sua incapacidade, seja pela falta de interesse, ou por seu comportamento obstrutivo, como uso de drogas, espancamento, ou abuso sexual, é que então se permite falar em extinção do poder familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente tratou de instituir uma única forma de adoção, que não só consagra a “adoção plena” prevista no Código de Menores, quanto rechaça outras formas, revogando por completo a “adoção simples”. Foi esta mesma orientação dada pelo art. 1626 do NCC para os casos de adotandos maiores de idade, não vigorando mais nem na forma dos arts. 368 e 378 do antigo Código Civil (adoção simples, revogável, ...).

A padronização do instituto através de uma única forma deve ser entendida à luz dos valores subjacentes à norma, alicerçados na teoria da proteção integral, tratando o interesse da criança como prioridade absoluta.

Com relação ao procedimento da adoção, o Estatuto da Criança e do Adolescente tem como preocupação a necessidade da colocação da criança em família substituta apta (ficando o questionamento do que pode ser considerado como apta). Prevê, em seu art. 50, a necessidade da manutenção pela autoridade judicial de cadastros de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas e de candidatos a

adotantes,¹⁶ passando estes por avaliação prévia com diferentes profissionais para fins de atestar sua aptidão – compatibilidade e possibilidade de oferecimento de ambiente familiar adequado, nos termos do art. 29. Mediante o sistema de cadastros pode-se garantir o desligamento com a família de origem, evitando que os pais venham a reivindicar a paternidade, indo de encontro às formas de adoção baseadas em convívio prévio, em que prepondera a mera vontade dos pais, em detrimento muitas vezes do interesse dos filhos.

No que se refere aos candidatos adotantes, o procedimento da adoção, conforme estabelece o Estatuto, não se restringe à análise da formalidade do pedido, mas da tomada de medidas para auferir a condição pessoal, social e econômica do adotante, lançando-se mão de estudo psicossocial, se necessário, bem como de visitação *in loco*, conforme recomenda o art. 167, sendo importante os pareceres que constituirão o laudo para a tomada da decisão sobre as condições do adotante, conforme prevê o art. 29, *Não se deferirá a colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.*

Além disto, aconselha-se acompanhamento psicológico para se inteirar

acerca da visão que o adotante faz do processo de ser pai, de como encarar o filho, e se tem condições de suportar toda a nova situação que a este se impõe.

Convém salientar que a efetivação do procedimento da habilitação tem se tornado uma prioridade, tendo em vista as práticas de adoção dirigidas pelos Juízes da infância e da juventude, conforme demonstram as conclusões nos encontros que se efetivam no RS, particularmente a conclusão de número 10, na matéria cível, do 1º Encontro Estadual de Juízes da Infância e da Juventude, realizado em dezembro de 2002, que refere:

10. Em que pese não ser a priori ilegal, a adoção dirigida não é recomendável, devendo-se adotar cautelas quanto à legitimidade do consentimento materno, bem como promover, como regra, a observância do Cadastro de Pretendentes à Adoção, inclusive advertindo e responsabilizando entidades e pessoas que promovam o agenciamento de crianças para adoção. (Aprovado por unanimidade).

O procedimento legal da adoção, uma vez respeitado, deveria garantir o rompimento dos vínculos, o distanciamento e a ausência de contatos entre os pais adotantes e os pais naturais, em resguardo da criança, para que não venha, posteriormente, a sofrer qualquer tipo de constrangimento. Também visa

16 Ficam excluídas da necessidade do cadastro em se tratando os adotantes com grau de parentesco ou relação de afinidade (art. 28, §2º).

permitir o controle do efetivo cumprimento dos preceitos das reais vantagens à criança, uma vez que submete os pais, pretensos adotantes, à habilitação prévia. Contudo, os julgadores têm entendido que esta não é condição para a adoção, conforme segue:

EMENTA: APELAÇÃO. ECA. ADOÇÃO. HABILITAÇÃO DOS ADOTANTES. AUSÊNCIA. INÉPCIA DA INICIAL. INOCORRÊNCIA. A habilitação prévia dos adotantes no registro a que se refere o artigo 50, do ECA, não é condição da ação. Sua inexistência não impõe o indeferimento da inicial. Os candidatos à adotante devem preencher, na ação proposta, os requisitos e pressupostos autorizativos da adoção, respeitando-se eventuais outros interessados, habilitados ou não. Pedido de guarda provisória indeferido, na medida que a análise deve ser feita no primeiro grau. DERAMPARCIAL PROVIMENTO. (SEGredo DE JUSTIÇA). (Apelação Cível Nº 70007563406, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/02/2004).

A persistência de casos de “adoção à brasileira” e de adoção irregular seriam práticas tão contrárias assim ao sistema? Não teria ainda o judiciário formas de apreciar a aptidão dos adotantes, de modo a assegurar as reais vantagens ao infante? E, aprofundando um pouco mais o debate, a antiga “adoção simples” prevista no Código de Menores, que estabelecia espécie de guarda prolongada, seria de todo inadequada, diante das práticas

costumeiras de entrega direta dos filhos para outros cuidarem?

Certo é que, quando posta em juízo, já estabelecidos os vínculos, torna-se difícil a reversão. E é em nome do superior interesse da criança que os julgadores têm legitimado a situação de fato já consolidada, em detrimento dos requisitos formais. A adaptação da criança é condição importante e formal da concessão, assim como a garantia do oferecimento de condições sociais, ambiente familiar adequado, condições morais e econômicas. O interesse preponderante na adoção, enfim, conforme previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a ser do adotado, em nome não de uma prestação de assistência, mas de garantia de direitos fundamentais (ver art. 3º do ECA).

3. PROBLEMATIZANDO AS “REAIS VANTAGENS”, “OS MOTIVOS LEGÍTIMOS” E “OS EFEITOS BENÉFICOS”

Através dos princípios do melhor interesse e doutrina da prioridade absoluta à criança, temos hoje uma legislação preocupada em resgatar a dignidade da criança, em olhá-la como sujeito de direitos, fruto das conquistas dos direitos humanos experimentadas ao longo da idade moderna. Esta legislação trouxe algo de novo na sistemática das leis em nosso direito, em especial no que se refere ao direito de família, substituindo uma tradicional fórmula fechada de descrição de condutas

hipotéticas, com atribuições de conseqüências, legado da época da codificação, em que o Estado de feição liberal colocava o direito de família sob o cânone do direito privado. Seus artigos textualizam princípios, como se pode ver no art. 227 da Constituição Federal e nos arts. 1º, 3º, 4º, 5º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, dando ênfase aos valores que deverão ser considerados quando da aplicação deste ou daquele dispositivo.

Refletindo sobre este conjunto de princípios e valores que dizem respeito à adoção de crianças e adolescentes, principalmente sobre as *reais vantagens, motivos legítimos e efeitos benéficos* conferidos à criança no momento de decidir acerca da adoção, algumas questões merecem ser enunciadas. Primeiro, sobre o destino da criança quando em situação de conflito em que há entrega da criança pela mãe biológica para que outros dela tomem conta, as situações já descritas da *adoção à brasileira* ou da *adoção irregular*, vislumbramos diversas maneiras de conceber as configurações familiares contemporâneas. Em segundo lugar, a entrega dos filhos a familiares ou conhecidos, antes de representar uma exceção, trata-se de prática cristalizada, que por vezes chega aos tribunais. Seja por motivos de falta de condições econômicas, por força de circunstância excepcional (viagem a

trabalho, troca de moradia, etc), por falta de interesse em criar filhos, as crianças acabam formando novos vínculos afetivos, circunstâncias que colocam desafios aos profissionais que lidam com a criança e o adolescente.

Observa-se que há no Brasil expectativas conflitantes entre a mãe natural e os pais adotivos. A primeira, por não ter condições de criar o filho, entrega-o à família onde será o mesmo criado, mas espera que o filho venha a lhe amparar em um momento futuro. Os segundos, que empreenderam todo um esforço na educação, esperam por um retorno. Os conflitos, então, se tornam mais ásperos no momento em que o filho entra na idade adulta tendo condições de auxiliar na “rede de ajuda mútua”.

A genitora que aceita colocar seu filho pode achar que está agindo pelo bem tanto do filho quanto da mãe adotiva. Pode esperar, em troca, uma certa retribuição da mãe adotiva. Não considera necessariamente que tenha aberto mão de seu direito de ser amparada pelo filho, uma vez que este tenha crescido. [...] A mãe adotiva, ..., a acentuar as tribulações provenientes da lida materna cotidiana, apresenta a criança como um ‘peso’, deixando subentendido ser ela a merecedora de eventuais recompensas futuras.¹⁷

Indaga-se se o que ocorre entre uma família e outra é passível de se

17 FONSECA, Cláudia. 1995, *Op. cit.*, p.127-128.

reduzir a uma única forma de resolver o problema da adoção. Sob este aspecto, a plena adoção, tal qual foi legislada, primeiro no Código de Menores e, após, na Constituição, não seria um recurso acionado principalmente por pais adotivos das camadas médias?

Observa-se que em determinados países ocorrem casos distintos de adoção, considerada como adoção aberta, em que os pais contribuem na decisão de qual família é a mais adequada para a criação do filho, ou seja, a mãe biológica não é excluída deste poder decisório. No Brasil, nosso sistema optou pela “adoção fechada”, em que não há ligação entre as famílias, tendo os vínculos rompidos e o registro “apaga” as origens. Através deste procedimento, obedece-se às listas de espera de pretendentes adotantes.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. DOIS CASOS HABILITADOS NO JUIZADO. DISPUTA. Criança recém nascida sem laços afetivos formados. Neste caso, a questão deve ser resolvida pela ordem de preferência da lista de adoção. Critério objetivo que busca colocar em ordem as pessoas interessadas em adotar e evita eventual transação de criança pelos genitores. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DESPROVIDO.¹⁸

Sucintamente, a decisão veio de encontro à chamada “adoção pronta”, também denominada de “*intuito persona*”, que, segundo MOTTA,¹⁹ trata-se da “*escolha dos pretendentes pela mãe biológica*”. As adoções prontas não são comumente aceitas pelos juízes, por ocultarem situações ilegais ou perigosas para a criança, ou por não se saber da intenção da mãe biológica, tampouco das condições dos candidatos adotantes, ou ainda, por prevenção de dificuldades que poderiam advir do contato entre as famílias. Há nestas decisões a crença de se estar garantindo o melhor interesse da criança. Porém, Motta identifica que:

[...] a atualmente tão decantada busca do maior interesse da criança é por vezes tratada como elemento isolado, alienado e que deve ser perseguida sem que nos demos conta que não podemos isolar a criança de seu contexto, das pessoas que a cercam, para perseguir seu interesse. Sem isso, a ‘busca do maior interesse da criança’ será retórica vazia, carente de significação.²⁰

A resistência das mulheres em enfrentar o processo legal de entrega acarreta prejuízos não só à criança, que

18 Apelação Cível nº 70013077656, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alfredo Guilherme Englert, julgado em 15/12/2005. *in*: Revista de Jurisprudência. Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça, nº 254, maio, 2006, p.216-219.

19 MOTTA, Maria Antonietta Pisano. *Op. cit.*, p.248.

20 *Id. Ibidem*, p.259.

é levada e acaba por permanecer em instituições, ou é entregue à “adoção à brasileira”, às avessas do Poder Judiciário, como também à própria mãe, que acaba por não conseguir superar a dor da perda, buscando em nova gravidez substituir o filho perdido, caindo assim em círculo vicioso. Urge, pois, viabilizar o caminho legal da entrega, buscando atrair a mãe biológica; para tanto, porém, faz-se necessário repensar a sistemática procedimental da adoção. Quem sabe a inclusão da mãe biológica na vida da criança adotada não seria uma forma menos traumática e que melhor responde aos interesses dos envolvidos?

Outro aspecto a salientar é que o ato de entrega da criança para adoção nem sempre pode ser entendido como definitivo, pois depende das circunstâncias em que a mãe e/ou pai encontram-se envolvidos, inúmeras vezes em situação econômica e social precária – como desemprego e alcoolismo – levando-os a uma situação limite e até mesmo desesperadora sob o ponto de vista do equilíbrio emocional. Segundo pesquisa da antropóloga Cláudia Fonseca esta é uma situação que envolve muita ambigüidade, pois refere à forma de que cada um vê a posição de filho e de mãe. Veja-se neste sentido a citação abaixo:

Mães que entregam os filhos a outros consideram que sacrificaram suas

prerrogativas maternas em benefício destes; elas regalarão os pais adotivos com a graciosa presença de uma criança, assegurando ao mesmo tempo um contexto familiar decente para seus rebentos. Esta idéia de sacrifício materno é subjacente aos esforços que ocasionalmente se vê uma mãe biológica fazer para extrair ajuda material do tutor de sua criança; a idéia implícita é: ‘Eu te emprestei meu filho, agora o que tu vais me emprestar?’²¹

Neste sentido, seria talvez forçosa a constatação de que o agir da mãe caracterizaria uma situação de negligência e abandono da criança; porém, é um dos fundamentos que se utilizam os julgadores para solucionar a questão do ponto de vista legal, em nome do melhor interesse da criança. Veja-se, nestes termos, a decisão que segue:

Apelação Cível nº 70001790039 – 7ª Câmara Cível – Des. Rel. Luiz Felipe Brasil Santos. Apelação. Adoção. Estando a criança no convívio do casal-adotante há aproximadamente 04 anos, já tendo desenvolvido vínculos afetivos e sociais com os mesmos, é inconcebível retirá-la da guarda daqueles que reconhece como pais, mormente, quando a mãe biológica demonstrou interesse em dá-la em adoção, arrependendo-se posteriormente. É perceptível que o vínculo afetivo da menor, a esta altura da vida, se encontra bem definido na pessoa dos

21 FONSECA, Claudia, 1995. *Op. cit.*, p.36.

*apelados, e que deve-se prestigiar, como reiteradamente temos decidido neste Colegiado, a paternidade sócio-afetiva sobre a paternidade biológica, considerando-se o superior interesse na criança. Negaram provimento.*²²

Conforme se denota, há uma centralização nas informações obtidas pelo laudo da assistente social e pelo laudo psicológico, em que são detectadas situações que caracterizam um bem-estar da criança. Apesar de não haver referências ao Estatuto da Criança e do Adolescente no acórdão em questão, subentende-se que a decisão está imbuída dos princípios norteadores da referida legislação: a família substitui a família natural e o que importa é a “garantia dos interesses do infante”, e estes residem basicamente em ser “bem ajustada” ao núcleo familiar; “bem cuidada” (assistência integral compatível) e tendo o “indispensável afeto”.

Contudo, cabe questionar em quais circunstâncias a mãe “demitiu-se do pátrio-poder”, para utilizar uma linguagem corrente. Parece ter havido um momento difícil. A mãe, ao buscar emprego em Porto Alegre, deixou a filha em Rio Grande com os adotantes, de forma provisória, projetando para um futuro a vida com a filha, momento em que estaria mais segura sob o ponto de vista financeiro e afetivo. Suas ações são no sentido de estruturar uma família, nutrindo a esperança de recompor os

laços de filiação e assumi-los em melhores condições.

As condições econômicas, embora explicitamente dito no acórdão que não são fundamentais para a destituição do *Poder Familiar*, também não são irrelevantes no momento de conflito e decisão entre a filiação biológica e a filiação afetiva. Apesar de não se considerar como fundamento para a destituição do *Poder Familiar* a situação econômica, há uma recorrência em tantas decisões de casos similares em caracterizar a fragilidade infantil do ponto de vista material antes de fatores psicológicos, no que se refere às atribuições e compromissos das mães biológicas para com seus filhos.

CONCLUSÃO

Preocupado em entender a atual sistemática legislativa da adoção, considerando seu necessário envolvimento com a vida das crianças e adolescentes, bem como a preocupação em mantê-los no convívio familiar, e a responsabilidade do Estado em promover este bem estar, analisando a transformação da legislação e observando sua aplicação das decisões judiciais, busquei visualizar a adoção enquanto um instituto que abriga toda uma complexidade que a transferência da criança da família biológica à família substituta acarreta.

Fez-se necessário, para tanto, observar as alterações do olhar dos

²² *Revista de Jurisprudência*. Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça, nº 207, agosto, 2001, p. 347-350.

entes públicos sobre a criança, que recaia, em princípio, na criança pobre e desassistida, já que a ela residiam as atenções e preocupações dos representantes do poder público, quando ainda não se falava em promoção da inclusão social ou manutenção da família, mas no potencial risco que representavam os menores nas ruas.

Fruto da doutrina da proteção integral à criança, disposta tanto na Constituição Federal de 1988, como advindas das discussões entre a ONU e UNICEF que desembocaram na Convenção dos Direitos da Criança de 1989, em 13 de julho de 1990 foi promulgada a Lei nº 8.069 que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Inserido nos mesmos princípios norteadores que viam assegurar às crianças e aos adolescentes a proteção integral, ou seja, o tratamento com dignidade, como sujeito de direitos, o procedimento da adoção sofrerá transformações. Além da garantia da igualdade do filho adotivo com o filho natural, novos critérios mais específicos deslocam o olhar dos julgadores dos aspectos formais do processo para os aspectos mais ligados à realidade das famílias envolvidas, a fim de que sejam respeitados os melhores interesses da criança.

A existência de formas institucionalizadas socialmente mencionadas, chamadas de “adoção à brasileira” e “adoção irregular” apesar de revelarem ambigüidades de intenções das pessoas envolvidas, acabam por cumprir o objetivo de assegurar os interesses da

criança, como prioridade. Há uma forte predisposição dos magistrados em equiparar a filiação biológica à filiação afetiva e, assim, albergar tais situações de fato constituídas, conferindo-lhes legitimidade.

Contudo, há um apego em uma visão ideal de família, com uma idéia preconcebida de paternidade, maternidade e filiação. Nestes casos de entrega direta do filho aos pais pretensamente adotivos, há uma dificuldade em aceitar a vontade dos pais biológicos, identificando uma situação de negligência e renúncia do *Poder Familiar*, dando pouca importância às justificativas destes pais, em nome do interesse da criança. Há uma dificuldade em aceitar a idéia de que tenha-se dado um “empréstimo” do filho, isto é, uma entrega de forma temporária (provisória) e, ainda que a situação acabe por perdurar, há uma credibilidade que não pode ser desconsiderada de que a mãe biológica agiu em favor do bem-estar da criança ao escolher uma família que possa vir a deixar marcas na criança que considera importante.

Se a entrega do filho a outros pais dá-se em razão de desespero por dificuldades pessoais, estreitamente vinculadas à carência financeira, com a pretensão da mãe a vir a melhorar de vida e então reconstituir o lar, a decisão que caracteriza a renúncia ou negligência representa uma violência contra estas expectativas, que não podem ser, de maneira alguma, opostas aos interesses da criança.

Por estas razões, a adoção se coloca enquanto um desafio para os profissionais do direito, que são levados a conhecer a fundo a realidade das partes envolvidas, tendo que se familiarizar com os conhecimentos de outras disciplinas que se pautam nos estudos da família. Fundamentalmente, observa-se que a interpretação das razões que levaram aos

pais agirem deste ou daquele modo acaba por ser central na decisão. Neste sentido, noções emprestadas da sociologia, da antropologia e da psicologia são de muita valia, já que há a demanda por um esforço em desapegar-se dos valores e preconceitos e ouvir a voz do outro para que sejam garantidas as reais vantagens à criança.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Júlio Alfredo de. Adoção *intuitu personae* – uma proposta de agir. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 54 – outubro de 2004 a abril/2005.
- FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FONSECA, Cláudia. A vingança de Capitu: DNA, escolha e destino na família brasileira contemporânea. In BRUSCHINI, Cristina; UNBEGAUM, Sandra G. (Org.) *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo, Fundação Carlos Chagas, 2002.
- FONSECA, Cláudia. *Caminhos da adoção*. São Paulo: Cortez, 1995.
- GENOFRE, Roberto Maurício. Família: uma leitura jurídica. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). *A família contemporânea em debate*. 3. ed. São Paulo: EDUC/Cortez, 2000.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 1/7– Abril, Maio e Junho de 1999.
- LISBOA, Sandra Maria. *A adoção no estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MOTTA, Maria Antonieta Pisano. “Adoção pronta X adoção pelo cadastro” In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- Revista de Jurisprudência*. Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça, nº 207, agosto, 2001.
- Revista de Jurisprudência*. Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça, nº 254, maio, 2006.

