

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Viviane Simone Pastore

ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS

Porto Alegre

2011

VIVIANE SIMONE PASTORE

ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado junto ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em Porto Alegre, _____ de _____ de
2011

Prof. Jamil Andraus Hanna Bannura
Orientador
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Prof. Dr. Sérgio Viana Severo
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Prof. Sérgio Augusto Pereira de Borja
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

RESUMO

O presente trabalho apresenta como tema o estudo da adoção de crianças e adolescentes por pares homoafetivos. Tal enfoque é dado em virtude das transformações havidas no instituto da família brasileira, as quais propiciaram o surgimento de novas entidades familiares, estando, entre elas, aquela formada por pessoas do mesmo sexo. Ao longo do trabalho serão estudados o instituto da adoção de crianças e adolescentes no Brasil, os princípios fundamentais da criança e do adolescente e, por fim, os aspectos psicológicos e legais acerca da possibilidade de adoção por pares homoafetivos.

Palavras-chave: Adoção. Pares homoafetivos. Criança. Adolescente. Afeto.

ABSTRACT

This work presents the study theme of the adoption of children by homosexual couples. Such an approach is given because of the transformations occurred in the institute of the Brazilian family, which propitiated the emergence of new kinds of families, like the ones formed by two persons of the same sex. Throughout the work, the adoption of children and adolescents in Brazil will be studied, as well as the fundamental principles of child and adolescent, and finally, the psychological and legal aspects regarding the possibility of adoption by homosexual couples.

Keywords: Adoption. Homosexual pairs. Child. Adolescent. Affectivity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL E PRINCÍPIOS NORTEADORES	16
1.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	16
1.2 A ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE... 18	
A Lei nº 8.069/90, nas palavras de Omar Gama Ben Kauss:	18
1.3 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS	19
1.3.1 Excepcionalidade.....	19
1.3.2 Irrevogabilidade	21
1.3.3 Plenitude.....	22
1.4 REQUISITOS OBJETIVOS PARA ADOÇÃO	23
1.4.1 Idade.....	23
1.4.2 Consentimento.....	24
1.4.3 Estágio de convivência	25
1.5 REQUISITOS SUBJETIVOS PARA ADOÇÃO	27
1.6 IMPEDIMENTOS PARA ADOTAR	28
1.6.1 Impedimento Total	28
1.6.2 Impedimento Parcial	31
1.7 EFEITOS PATRIMONIAIS DA ADOÇÃO	31
1.8 CADASTRO DE ADOÇÃO	32
1.9 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	36
1.9.1 Questão prévia: o superior interesse da criança.....	36
1.9.2 Princípio da proteção integral	39
1.9.3 Princípio da prioridade absoluta	46
2 ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS	52
2.1 A FAMÍLIA EUDEMONISTA.....	52
2.2 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA.....	57
2.3 ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR PARES HOMOAFETIVOS	62
2.3.1 A consideração dos aspectos psicológicos.....	63

2.3.2 Aspectos legais da questão.....	66
CONCLUSÕES	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75

INTRODUÇÃO

Indiscutível é a evolução da família brasileira ao longo dos anos. Na antiga codificação civil, a formação de tal instituto era inerente à celebração do casamento, o qual era indissolúvel, sendo o pai – marido – o chefe da sociedade conjugal, ao que lhe era incumbido o exercício do poder familiar. Além disso, as relações sexuais só eram legítimas dentro de tal arranjo, o que significa dizer que somente os filhos gerados dentro do casamento gozavam dos direitos referentes à filiação.

Felizmente, o constante evoluir da sociedade forçou sucessivas alterações legislativas nos grupos familiares. Assim, em 1.962, com o advento da Lei nº 4.121, promulgou-se o significativo diploma legislativo da mulher casada, cujo maior mérito foi emancipar esta, além de lhe assegurar direitos iguais aos do marido e situação jurídica análoga, ao que se restaurou o pátrio poder da mulher bínuba¹.

Apesar de tais mudanças, a indissolubilidade do casamento ainda restava incólume. Havia a possibilidade do desquite, o qual não rompia com o vínculo jurídico conjugal, ao que impedia os desquitados de convolar novas núpcias. Tal panorama perdurou até 1977, com a instituição da “Lei do Divórcio”, que rompeu com a ideia da família como instituição sacralizada. A partir de tal contexto e tendo em linha de conta fatos como a emancipação da mulher, a descoberta dos métodos contraceptivos e a evolução da engenharia genética, não mais havia como se conceber interligados os conceitos de casamento, reprodução e sexo².

A aludida mudança de valores na sociedade elevou o elemento afeto a um papel de destaque na nova família brasileira, em detrimento do poder marital ou patriarcal. Diante deste cenário, a Constituição de 1988 previu como princípio basilar a dignidade da pessoa humana e dispôs a igualdade em direitos e deveres entre os cônjuges. Mais destaque merece o fato de a Carta Magna ter determinado, em seu artigo 226, que a família terá proteção integral

¹ WALD, Arnold. *O Novo Direito de Família*. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 22.

² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 30.

do Estado – ao que esta restou constitucionalmente regulamentada como um dever do Estado.

Já o atual Código Civil tornou livre a constituição, o desenvolvimento, e a extinção das entidades familiares, não sendo mais as pessoas obrigadas a permanecer convivendo sem o afeto, sem a livre escolha. Ainda, instituiu a isonomia na proteção dos filhos biológicos, adotados e socioafetivos. Tais inovações foram relevantes para a modificação do estatuto jurídico da família brasileira, todavia, não atenderam de forma plena à necessidade da atual diversidade.

Sob esse prisma, muitas são as transformações advindas do dinamismo social, ao que a base familiar sofre alterações significativas. Entre tantas modificações, novas formas familiares passam a coexistir ao lado da família tradicional, constituída através do casamento. Dentre elas, a família formada por pares homossexuais. A esta, em especial, após a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, foi conferido o status jurídico-familiar, porquanto merecedora da proteção da união estável constitucionalmente consagrada com absoluta liberdade de direitos relativamente à união estável formada por heterossexuais, conforme se denota no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132³.

Tal julgamento representou um marco importantíssimo no trato das questões referentes aos homossexuais, haja vista que, por dez votos a zero, os ministros cristalizaram o fato de as relações homoafetivas serem marcadas pelo amor, afeto e solidariedade. Nesse passo, o afeto restou erigido ao seu mais alto conceito, ao que se tornou a principal característica das relações públicas, contínuas e duradouras, com o intuito de constituir família, sendo que, a partir de agora, também entre pessoas do mesmo sexo. Consolidou-se, assim, a importância da busca da felicidade nas relações familiares.

Nesse contexto e tendo em linha de conta que a aludida decisão não entrou no mérito de questões tais como o casamento civil homossexual e a adoção por pares homoafetivos, o presente trabalho se debruça justamente sobre este segundo ponto. O estudo desta modalidade de adoção se mostra

³ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>

imperioso na medida em que o juízo de valor arbitrário, qual seja, o preconceito, ainda permeia nossa sociedade.

Quanto à possibilidade de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, há de se ressaltar - a título de informação - que, em 25 de outubro deste ano, o Superior Tribunal de Justiça, na decisão do Recurso Especial nº 1.183.378-RS⁴, abriu as portas para que esta modalidade de convalidação se sedimente no direito brasileiro⁵. Tal Corte, por maioria de votos, reconheceu a possibilidade de habilitação para o casamento diretamente no Cartório de Registro Civil, sem necessidade de requerimento na esfera judiciária da conversão da união estável homoafetiva em casamento.

Após o adendo de tal notícia, faz-se necessário para o presente trabalho clarificar o significado de homoafetividade, homossexualismo e homossexualidade. Nesse passo, o vocábulo “homossexualidade”, de origem húngara, é formado pela raiz da palavra grega “homo”, semelhante, e pelo vernáculo “sexus”, significando “sexualidade semelhante”⁶. Tal designava uma das espécies de distúrbios mentais e emocionais e era considerado um desvio ou transtorno sexual. Felizmente, em 1974, a Associação Americana de Patologia a destacou da lista de doenças⁷.

Posteriormente, na década de 90, quando da última revisão do Código Internacional de Doenças (CID), houve a substituição do sufixo “ismo”, que significa doença, por “dade”, modo de ser, haja vista que aquele fazia referência a uma interpretação equivocada e sem fundamentos nos estudos médicos. A conclusão dos cientistas foi no sentido de que o homossexualismo não podia ser suscitado enquanto diagnóstico médico, uma vez que os transtornos dos homossexuais provêm muito mais da discriminação de que são alvo do que do seu desvio sexual⁸.

Atualmente, a relação de afeto entre pessoas do mesmo sexo começa a ganhar, doutrinariamente, um novo sinônimo: homoafetividade. Tal expressão

⁴ http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2249

⁵ BOMFIM, Silvano Andrade do. *A vitória do casamento gay no STJ*. Disponível em www.ibdfam.org.br. Acesso em 26/10/2011.

⁶ DIAS, Maria Berenice. *União homossexual, o preconceito e a justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 33

⁷ RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 46

⁸ BRITO, Fernanda de Almeida. *União Afetiva entre Homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000, p. 46

foi introduzida pela primeira vez em 2000, por Maria Berenice Dias, tendo ampla aceitação, ao que já restou inserida no vocabulário jurídico. De acordo com a doutrinadora, o afeto é o valor mais relevante na atração que um indivíduo sente pelo mesmo sexo⁹.

Nesse norte, o título do presente trabalho faz uso do neologismo cunhado por Dias, haja vista considerarmos que a união estável ou mesmo o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo tem por base o vínculo afetivo em que o carinho, a dedicação, o desejo de manter uma convivência harmônica e duradoura e, sobretudo, o amor, são vitais para a sua constituição.

Superada tal preliminar, para adentrarmos na problemática do tema exposto neste trabalho, insta, em um primeiro momento, discernir acerca dos termos *preconceito* e *discriminação*. Tal questão é analisada com propriedade pelo magistrado Roger Raupp Rios:

Preconceito e discriminação são termos correlatos, que, apesar de designarem fenômenos diversos, são por vezes utilizados de modo intercambiado. [...] Por preconceito, designam-se as percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções. Já o termo *discriminação* designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos dos indivíduos e de grupos. O primeiro termo é utilizado largamente nos estudos acadêmicos, principalmente na psicologia e muitas vezes nas ciências sociais; o segundo, mais difundido no vocabulário jurídico.¹⁰ (grifo do autor)

Indo além e sob tal perspectiva, importa referir que a discriminação por orientação sexual, problemática intrínseca ao tema proposto neste trabalho, de acordo com o aludido jurista, constitui um caso de “diferenciação fundada no sexo da pessoa para quem alguém dirige seu envolvimento sexual”¹¹. Nesse passo, segundo Maria Berenice Dias, “de todas as discriminações de que são vítimas os homossexuais, a negativa de reconhecimento ao seu direito de ter filhos – sejam adotivos ou oriundos da utilização de técnicas de reprodução artificial – é a mais cruel. Não só os impede de realizarem o sonho de ser pais

⁹ DIAS, Maria Berenice. *União homossexual, o preconceito e a justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 34

¹⁰ RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação: Discriminação Direta, Indireta e Ações Afirmativas*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2008. p. 15.

¹¹ RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.72.

ou mães, como inviabiliza a realização do seu projeto pessoal como seres humanos, de terem uma família e filhos a quem dar amor e transmitir o que aprenderam ao longo da vida”¹².

Assim, o presente trabalho visa analisar aspecto tormentoso da relação jurídica homoafetiva. A omissão legal sobre o tema da adoção por casais do mesmo sexo é mascarada pela preocupação com o bem-estar da criança ou adolescente que será inserido em família substituta. No entanto, muitas vezes ocorre por pura discriminação quanto à orientação sexual divergente dos padrões considerados “normais” pela sociedade. A possibilidade de que o adotando venha a sofrer má influência de seus pais ou mães adotivos, quanto ao seu desenvolvimento psicossocial é o que normalmente baliza decisões contrárias à perfectibilização de tal situação jurídica.

Nesse diapasão, o trabalho analisará, primeiramente, aspectos que envolvem o instituto da adoção em geral, bem como os princípios norteadores de tal sistema jurídico no Brasil, qual seja, o do superior interesse; o da proteção integral e o da prioridade absoluta, todos expostos no Estatuto da Criança e do Adolescente ECA (Lei nº 8.069/90).

A fim de que se compreenda a importância de tais preceitos para o panorama atual do instituto da adoção, faz-se necessária uma passageira digressão histórico-legislativa. A partir disso, restará demonstrada a evolução e conseqüente mudança de padrões na matéria relacionada à infância e à juventude, premissa para a análise do estudo ora proposto.

Assim, o direito anterior à Consolidação das Leis de Teixeira de Freitas, a qual veio sistematizada no Código Civil de 1916, não trazia a adoção expressamente regulada, apenas a referia pontualmente, o que gerava discussões no tocante à sua sistematização. Em verdade, esta somente se deu com o advento da referida Codificação Civil, elencada nos artigos 368 à 378, a qual tinha por *simples* a adoção tanto de maiores quanto de menores.

Apesar de tal sistematização, conforme a análise do ilustre Pontes de Miranda, as excessivas exigências estabelecidas no antigo Código e a atribuição de rigorosas conseqüências deixou o instituto quase impraticável, na medida em que o restringia aos maiores de cinquenta anos, sem descendentes

¹² DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107.

legítimos ou legitimados e desde que a diferença de idade entre os pólos da relação perfizesse, no mínimo, dezoito anos¹³.

Ainda, Maria Berenice Dias lembra o fato de que podia ser levada a efeito por escritura pública, sem interferência do magistrado, e o vínculo de parentesco se limitava ao adotante e ao adotando¹⁴. Nesse contexto, qual seja, eminentemente patrimonial, o adotando era relegado a segundo plano, uma vez que, nas palavras do jurista Sílvio de Sálvio Venosa, “visava proeminentemente à pessoa dos adotantes”¹⁵.

A Lei nº 4.655/65 trouxe à baila a admissão de mais uma modalidade de adoção – a legitimação adotiva. Esta era irrevogável, dependia de decisão judicial, assim como fazia cessar o vínculo de parentesco com a família natural¹⁶. Além disso, Arnaldo Rizzardo destaca que tal forma de adoção atribuía ao adotado os mesmos direitos e deveres reconhecidos aos filhos legítimos. Em contrapartida, tal legislação pecava pelo excesso de formalismo, o que prejudicou a sua prática¹⁷, sendo substituída pela adoção plena instituída com o advento da importante Lei 6.697/79, denominada Código de Menores.

A partir deste, afora a adoção civil, passou-se a admitir uma forma de adoção simples, autorizada pelo juiz e aplicável aos menores em situação irregular. Nessa medida, tal Código se autolimitou, uma vez que restringiu suas regulamentações aos menores em tal situação. Assim, introduziu a adoção simples e a plena – estas se destinando aos menores de 18 anos, mantendo-se a adoção do Código Civil, que cuidava do instituto voltado para os adultos.

Nesse diapasão, Luciano Alves Rossato e Paulo Eduardo Leporé nos lembram da importância do Código de Menores (sendo este termo hoje considerado pejorativo para designar crianças e adolescentes), haja vista que encampou a doutrina da situação irregular¹⁸, grande marco para a evolução da matéria relacionada à infância e à juventude. Aqui, como sintetizado por

¹³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. 1. ed. São Paulo: Bookseller, 2001, vol. III, p. 220.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 471.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Sálvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 312.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice, op. cit., loc. cit.

¹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 535.

¹⁸ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 42.

Andréa Rodrigues Amin, “havia uma consciência geral de que o Estado teria o dever de proteger os menores, mesmo que suprimindo suas garantias”¹⁹.

Contrapondo essa concepção do *direito do menor*, nasceu historicamente o paradigma da *proteção integral*. Tal compreensão, como refere Martha de Machado Toledo:

norteia-se pela noção [...] de que crianças e adolescentes são pessoas em fase de desenvolvimento físico, psíquico, emocional, em processo de desenvolvimento de sua potencialidade humana adulta; e que essa peculiar condição merece respeito e para tal há de se compreender que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são especiais em relação ao direito dos adultos. [...] Contempla, ainda, a noção de que esses direitos são prioritários, devem receber proteção prioritária e prevalente.²⁰

Foi a partir dessa ótica que a Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história brasileira, abordou a questão da criança como *prioridade absoluta*, bem como considerou como sendo *dever da família*, da sociedade e do Estado a sua proteção, ao que proclamou a doutrina da *proteção integral*²¹.

Nessa linha, restou editado o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – Lei nº 8.069/90, o qual representou a verdadeira modificação do regime anterior, uma vez que, em seu artigo 267, revogou expressamente o Código de Menores, mostrando que seus preceitos não se restringiam ao menor em situação irregular. Objetivou, sim, a proteção integral à criança e ao adolescente. Roberto João Elias demonstra, com propriedade, a importância desta Lei para o direito das pessoas em desenvolvimento:

Agora, além de responsabilizar os pais ou responsáveis pela situação irregular do menor, outorga-se a este uma série infindável de direitos necessários ao seu pleno desenvolvimento. Antes, a intervenção do Estado na esfera familiar ocorria quando esta falhava na assistência que deveria prestar ao menor. Embora isso ainda possa ocorrer, agora também o Estado pode ser demandado se não prestar ao menor aquilo que lhe é devido na área da saúde e da educação,

¹⁹ AMIN, Andréa Rodrigues. “Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente”. In: *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 6.

²⁰ MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. 1. ed. São Paulo: Manole, 2003, p. 50.

²¹ CURY, Munir (Org.); SILVA, Antônio Fernando do Amaral. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 17

principalmente. Enfim, com o Estatuto, o menor torna-se sujeito de muitos direitos que não lhe eram conferidos por nosso ordenamento jurídico²².

Por sua vez, o Código Civil de 2002 regulamentou um único regime jurídico para a adoção: o judicial. Todavia, como o texto que trazia as disposições acerca da adoção repetia, muitas vezes, alguns artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se podia tratar de tal instituto sem que se aplicasse os dois diplomas legais²³.

A fim de resolver tal conflito restou editada a Lei nº 12.010/09, Lei Nacional de Adoção, a qual revogou o capítulo do Código que tratava da adoção, restando apenas os artigos 1.618 e 1619. O primeiro remete que a adoção das pessoas em desenvolvimento dar-se-á por meio das regras constantes no aludido Estatuto. O segundo estabelece que a adoção de pessoas maiores de 18 anos se dará através de processo judicial e que a ele serão aplicadas as normas regulamentadas no ECA, no que couber.

Tal lei teve destacada discussão parlamentar face a sua importância, apresentando peculiaridade de vital relevância para este trabalho. Necessário se faz, neste momento, discorrermos sobre o ponto. Sendo assim, a denominada Lei Nacional de Adoção ou Nova Lei de Adoção é resultado da elaboração do Projeto de Lei nº 6.222/05²⁴ substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto Originário de Lei do Senado Federal sob nº 314/04.

Frisa-se, todavia, que foi o PL nº 1.756/03 - apensado ao texto de 2005 e apresentado pelo Deputado Federal João Matos - que ensejou a discussão parlamentar sobre a necessidade de uma legislação nacional da adoção. Quando do debate legislativo deste, restou proposta, pela Deputada Federal Laura Carneiro, a Emenda Modificativa ao Projeto de Lei nº 1.756/03 – EMC nº 01/2005²⁵ - apensada ao PL nº 6.485/02, que tratava do auxílio-adoção. A aludida emenda previa a possibilidade de adoção por casal homoafetivo, desde que comprovada estabilidade na convivência. A parlamentar, em voto²⁶ separado à Comissão Especial da Câmara dos Deputados destinada a apreciar

²² ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2010, p. 11-12.

²³ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. "Adoção". In: *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 201

²⁴ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=306987>

²⁵ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=306271>

²⁶ <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/398170.pdf>

e proferir parecer ao PL 6.222/05, justificou a sua proposição pela necessidade de se contemplar a realidade desse tipo de união e dos vínculos estabelecidos com a criança ou adolescente adotado.

Muito embora louvável tal iniciativa, a homoparentalidade não consta no atual texto legal. Sobre o ponto, a Relatora da referida Comissão, deputada Teté Bezerra, proferiu parecer²⁷ aduzindo que a regulamentação da união homoafetiva desbordava da matéria referente à adoção, ao que se rejeitou a Emenda da Deputada Laura Carneiro.

Passado pertinente adendo, concluíamos acerca da evolução legislativa do instituto da adoção. Assim, tem-se que, dentro da nova perspectiva ora apresentada e de acordo com a análise de Tânia da Silva Pereira, o instituto em tela “se constitui na busca de uma família para uma criança, abandonando a concepção tradicional, civil, em que prevalecia sua natureza contratual e significava a busca de uma criança para uma família”²⁸. Sob esse prisma, insta referir que a adoção decorre exclusivamente de um ato de vontade, ao que constitui um parentesco eletivo, como sublinhado por Maria Berenice Dias²⁹.

Quanto à sistemática adotada, o trabalho desenvolver-se-á a partir da análise e comparação de textos doutrinários, jurisprudenciais e legais, demonstrando o desenrolar da problemática, os conflitos entre os padrões tradicionais de formação familiar e a conformação atual desta, dividindo-se em dois capítulos.

O primeiro abordará o instituto da adoção de crianças e adolescentes no Brasil, e, em especial, os princípios fundamentais que permeiam essas relações jurídicas. Esses constituem, de acordo com Andréa Rodrigues Amin, uma função de integração sistêmica, haja vista o fato de expressarem valores relevantes e fundamentarem as regras³⁰.

²⁷ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=324718>

²⁸ PEREIRA, Tânia da Silva. “Da Adoção”. In: *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 152.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 472.

³⁰ AMIN, Andréa Rodrigues. *Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente*. In: *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 19.

Tendo em linha de conta que a verdadeira paternidade se funda no mais puro desejo de amar e ser amado³¹ que partimos para o estudo do segundo e último capítulo deste trabalho: adoção por pares homoafetivos. Aqui, analisar-se-ão as críticas apontadas a essa modalidade de adoção; as divergências doutrinárias que gravitam o tema; não se olvidando o trabalho de demonstrar a pesquisa de precedentes jurisprudenciais a cada tópico levantado sobre a questão ora proposta.

³¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 472.

1 ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL E PRINCÍPIOS NORTEADORES

1.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O termo adoção vem do latim *adoptio*, e significa, em nosso vocabulário, “tomar alguém como filho”³². Pontes de Miranda define tal instituto como sendo “o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação de paternidade e filiação”³³. Caio Mário da Silva Pereira assim o alinhava: “o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consangüíneo ou afinidade”³⁴.

No que compete à ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme aduzem Luciano Alves Rossato e Paulo Eduardo Leporé, a adoção constitui uma medida protetiva de colocação em família substituta que estabelece o parentesco civil entre o adotante e o adotado³⁵. No aspecto civilístico, todavia, não houve definição da adoção.

Como se vê, a doutrina jurídica empresta ao termo diversos significados, sendo que todos eles gravitam em torno da criação de vínculo jurídico de filiação. Nesse sentido, a adoção confere a alguém o *status* de filho³⁶.

A concepção atual de tal instituto presume a necessária existência de vínculo afetivo entre as partes, uma vez que ela não se sustenta sobre a pressuposição de uma relação biológica, mas de uma afinidade³⁷. Destarte, assim se manifesta Maria Berenice Dias, valendo-se das palavras de Luiz Edson Fachin:

³² BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. “Adoção”. In: *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 205.

³³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. 1. ed. São Paulo: Bookseller, 2001, vol. III, p. 217

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol. V - Direito de Família*. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 392.

³⁵ ROSSATO, Luciano Alves; LEPORÉ, Paulo Eduardo. *Comentários à lei nacional da adoção - lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010, p. 43

³⁶ BORDALLO, op. cit., loc. cit.

³⁷ VENOSA, Sílvio de Sálvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 535.

“trata-se de modalidade de filiação *construída no amor*, na feliz expressão de Luiz Edson Fachin, que gera vínculo de parentesco por opção. A adoção consagra a paternidade socioafetiva, baseando-se, não em fator biológico, mas em fator sociológico. A verdadeira paternidade funda-se no desejo de amar e ser amado”³⁸. (grifo da autora)

Indo além, insta salientar, para o estudo deste trabalho, que o impulso da adoção, na sua origem ôntica, nasce como uma modalidade de exteriorização do instinto. Desse modo, tem-se que ele reflete uma forma de realização do próprio indivíduo, na medida em que substitui a incapacidade ou impossibilidade de gerar filhos, representado um meio de afastar a ideia da própria finitude do tempo, haja vista a tendência de se perpetuar a pessoa³⁹.

No que compete à natureza jurídica, de acordo com Galdino Augusto Coelho Bordallo, cinco posicionamentos tentam decifrar tal liame⁴⁰. Tendo em vista que a dimensão deste não comporta maiores digressões acerca do tema, insta referir apenas aquela que norteará o presente estudo, qual seja, o posicionamento do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, de acordo com tal regramento, a adoção é ato complexo⁴¹, segundo o qual não há uma simples bilateralidade na manifestação de vontade, haja vista que a necessária prolação da sentença judicial para que se perfectibilize tal ato jurídico pressupõe a participação do Estado, uma vez que assim dispões o artigo 227, § 5º da Constituição Federal⁴², o qual determina que a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei.

Nesse sentido, o ECA se encontra em consonância com tais disposições, haja vista que, de acordo com Sílvio Sálvio Venosa, “para que se consume e se aperfeiçoe a adoção, se fará necessária a manifestação de vontade do adotante, do adotando e do Estado”⁴³.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 472.

³⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 531.

⁴⁰ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. “Adoção”. In: *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 p. 206.

⁴¹ OLIVEIRA, Valdeci Mendes de. *Adoção, guarda e tutela como institutos jurídicos definidores da família substituta*, 1. ed. São Paulo: Edipro, 2001, p. 27.

⁴² CF. Art. 227. § 5º. A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

⁴³ VENOSA, Sílvio de Sálvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 310

1.2 A ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Lei nº 8.069/90, nas palavras de Omar Gama Ben Kauss:

“foi feita para a criança e o adolescente e são eles o alvo quase que exclusivo da atenção do legislador com uma preocupação que jamais teve tamanho avanço, não sendo nenhum exagero denominar-se (...) a adoção moderna como um parto artificial, tal a relação de parentesco que cria, em nada diferente à criada pelo *jus sanguinis*, na mais perfeita imitação da natureza produzida até hoje”⁴⁴.

Como se vê, a aludida norma infraconstitucional trouxe, como objetivo primeiro, a proteção integral da criança e do adolescente preconizada pela Constituição Federal, e fixou o critério absoluto da idade para a definição de quem terá direito a tal cuidado, haja vista o disposto no *caput* do seu artigo 2º⁴⁵. Não há de se levar em conta, dessarte, a situação da criança ou do adolescente, como quando da vigência do Código de Menores e da teoria da situação irregular, ao que todas as pessoas menores de dezoito anos tem seus direitos assegurados pela legislação em apreço. Posiciona-se, assim, o instituto menorista em consonância com a tendência universal de proteção à criança⁴⁶.

A legislação em apreço assegura diversos direitos para os menores de dezoito anos e, dentre eles, encontra-se o direito fundamental de ser criado no seio de uma família, seja ela natural ou substituta, conforme aduz o seu artigo 19⁴⁷. Assim, dar-se-à, sempre, preferência à manutenção da criança na família biológica, todavia, em não sendo possível, é que se deve recorrer às modalidades de colocação em família substituta⁴⁸. E, de todas estas, a adoção é a mais completa, uma vez que, conforme nos lembra Galdino Bordallo, “há a inserção da criança/adolescente no seio de um novo núcleo familiar, enquanto

⁴⁴ KAUSS, Omar Gama Ben. *A adoção no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1991, p. 44.

⁴⁵ ECA. Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

⁴⁶ VENOSA, *Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 317.

⁴⁷ ECA. Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

⁴⁸ ECA. Art. 39, § 1º. A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa [...].

que as demais (guarda e tutela) limitam-se a conceder ao responsável alguns dos atributos do poder familiar”⁴⁹.

O Estatuto, após o advento da importante Lei nº 12.010/2009, que deixou claro a abrangência do Código Civil na matéria, qual seja, a adoção de maiores de dezoito anos, passou a definitivamente regular o instituto para as crianças e os adolescentes, sistematizando-o nos seus artigos 39 a 50. Trouxe à baila, assim, a disciplina da extinção e/ou destituição do poder familiar dos pais biológicos do adotado⁵⁰, na medida em que a adoção de crianças e adolescentes rompe todos os laços familiares anteriores⁵¹, subsistindo apenas os impedimentos matrimoniais, conforme prevê o artigo 41⁵² do estatuto.

Nesse sentido e como já restou sublinhado, a adoção estatutária poderia, em resumo, ser definida como aquela em que o menor nasce de novo e ganha uma nova família⁵³.

1.3 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

1.3.1 Excepcionalidade

Como já destacado, a alteração legislativa em matéria de adoção trazida pela Lei nº 12.010/09 procurou conferir nova lógica ao direito à convivência familiar e comunitária. Nessa linha, os responsáveis pelo Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente restam incumbidos do esforço de preservar ao máximo os vínculos familiares⁵⁴. Foi a partir dessa compreensão

⁴⁹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.197

⁵⁰ OLIVEIRA, Valdeci Mendes de. *Adoção, guarda e tutela como institutos jurídicos definidores da família substituta*, 1. ed. São Paulo: Edipro. 2001, p. 56.

⁵¹ ROSSATO, Luciano Alves; LEPORÉ, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p.193.

⁵² ECA. Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

⁵³ KAUSS, Omar Gama Bem. *A adoção no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1991, p. 46.

⁵⁴ ROSSATO, Luciano Alves; LEPORÉ, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. op. cit., p.189.

que a nova lei trouxe o supracitado artigo 39, § 1º do Estatuto em que se fixou como medida excepcional a colocação da pessoa em desenvolvimento em família substituta, devendo-se recorrer a esta somente quando os recursos de manutenção daquela na família natural ou extensa se esgotam e/ou mostram-se ineficazes para o caso em concreto.

Ainda, a característica da excepcionalidade resta espancada pelo artigo 19 do Estatuto, também acrescido pela legislação de 2009, o qual reforça a ideia de que a adoção é o último estágio na busca pela efetivação do direito à convivência familiar⁵⁵, ao que vale destacar a preocupação da referida lei em criar mecanismos adicionais voltados à orientação, apoio e promoção social das famílias, em cumprimento, inclusive, ao que dispõe o artigo 226, *caput*, da Constituição Federal⁵⁶.

Assim, em havendo a necessidade de retirada da pessoa em desenvolvimento do seio de sua família natural, essa somente poderá ocorrer em situações excepcionais e será tida, preferencialmente, como provisória, haja vista que a possibilidade de retorno é presumida, desde que as deficiências sejam supridas e as questões sociais trabalhadas, como afirmam Rossato e Leporé⁵⁷. Sob esse prisma, são passíveis de adoção, como afirma Galdino Bordallo, “todas as crianças e adolescentes que não tenham possibilidade de reintegração familiar ou que não possuam família natural”⁵⁸.

Por fim, insta ressaltar que embora configure medida excepcional, isso não significa que a adoção seja ruim ou prejudicial à pessoa em desenvolvimento. Dessarte, conforme nos lembram Rossato, Leporé e Sanches Cunha, o que há é somente uma opção do Sistema de Garantia, o qual prima pela manutenção do regular desenvolvimento da criança, uma vez que o processo de adoção pode se tornar, muitas vezes, desgastante para o adotando⁵⁹.

⁵⁵ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.

⁵⁶ CURY, Munir (Org.); DIGIÁCOMO, Murilo. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 193

⁵⁷ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *op. cit.*, loc. cit.

⁵⁸ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Adoção. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 207.

⁵⁹ ROSSATO, Luciano Alves; LEPORÉ, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p.190.

Maria Berenice Dias⁶⁰, contrariamente, alerta que “quando a convivência com a família natural se revela impossível ou é desaconselhável, melhor atende ao interesse de quem a família não deseja, ou não pode ter consigo, ser ela entregue aos cuidados de quem sonha reconhecê-lo como filho”. A doutrinadora, no entanto, criticamente, atenta que a burocratização conferida à nova lei foi demasiada, fato que atrasa o direito à adoção de quem não foi acolhido na sua família biológica.

1.3.2 Irrevogabilidade

O fato de a adoção ter o condão de formar uma nova família, por meio do ato de se conceber um filho e, por este filho ter a prerrogativa de ser idêntico a qualquer outro, haja vista o teor do artigo 227, § 6º⁶¹ da CF, bem como a sua quase total transcrição no comando 41, *caput*⁶², do Estatuto, foi conferido ao instituto o caráter da irrevogabilidade, como se percebe quando da leitura do artigo 39, § 1º, do diploma menorista. Nesse passo, assim como o filho biológico não pode ser devolvido, uma vez que o vínculo de parentesco se perpetua *ad infinitum*, o tratamento dado ao adotando não poderia ser diferente.

Como conseqüência de tal previsão, tem-se que o poder familiar dos pais biológicos não se restabelece com a morte dos adotivos, conforme disciplina o artigo 49, da Lei 8.069/90⁶³. Questiona-se, no entanto, a possibilidade de os genitores biológicos, quando da morte dos pais adotivos, virem a adotar o filho que fora adotado. Maria Berenice Dias aduz a inexistência de vedação legal para o caso e usa como argumento o fato de a

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 478.

⁶¹ Constituição Federal. Art. 227, § 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁶² ECA. Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

⁶³ ECA. Art. 49. A morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais.

adoção romper o vínculo de filiação⁶⁴. Segundo ela, “com a morte do adotante, o filho ficou órfão e nada impede que seja adotado pelos pais biológicos”⁶⁵.

Por fim, insta referir que a aplicabilidade do aspecto em tela abrange período anterior à Constituição de 1988, bem como não se aceita nenhum argumento infundado para a revogação da adoção de crianças e adolescentes, haja vista o caráter da definitividade inerente conferido a esta. Assim alude o julgamentos abaixo colacionado, *in verbis*:

EMENTA: PEDIDO DE REVOGAÇÃO DE ADOÇÃO VÍNCULO ESTABELECIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. IRREVOGABILIDADE. 1. **É irrevogável a adoção consoante estabelece o art. 39, § 1º, do ECA, mesmo que tenha sido realizada antes do Estatuto da Criança e do Adolescente.** 2. O art. 227, §6º, da Constituição Federal de 1988 estabelece a igualdade jurídica de todos os filhos, qualquer que seja a natureza da filiação, incluindo também os havidos por adoção. 3. Os princípios postos na Carta Magna atingem todo o ordenamento jurídico e todas as relações nele inseridas, dando nova conformação legal ao próprio instituto da adoção. 4. Assim, não apenas a adoção, como também o próprio ato de reconhecimento de filho, é irrevogável (art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do CCB), sendo que **a própria anulação do registro de nascimento, para ser admitida, deve ser sobejamente demonstrada como decorrente de vício do ato jurídico (coação, erro, dolo, simulação ou fraude).** 5. Inocorrendo qualquer vício na formalização da relação de paternidade e filiação, improcede a pretensão de desconstituir a adoção, pois tal vínculo é irrevogável. 6. Se a pretensão da parte é juridicamente impossível, torna-se imperioso o indeferimento da exordial. Recurso desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70038040051, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 24/08/2011) (grifo nosso)

1.3.3 Plenitude

A terceira e última principal característica da adoção é a plenitude. Essa se dá em virtude da atribuição da condição de filho àquele concebido por adoção, com os mesmos direitos e deveres que qualquer outro, inclusive sucessórios. Tal disposição se encontra no *caput* do supracitado artigo 41 do

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 474.

⁶⁵ Idem. *Ibidem*.

ECA⁶⁶, o qual somente foi ao encontro do disciplinado pelo § 6º do artigo 227 da Constituição Federal, uma vez que esse preceito proibiu “quaisquer designações discriminatórias relativas à adoção”. A norma estatutária, assim, conferiu aplicabilidade concreta ao Princípio Constitucional da Igualdade e da Dignidade Humana, conforme analisa Bordallo⁶⁷.

Não menos importante é o fato de tal característica possuir o condão de romper com quaisquer vínculos havidos entre o adotante, pais e parentes biológicos, persistindo apenas os impedimentos matrimoniais, sendo que estes, de acordo com Rossato e Leporé⁶⁸, visam evitar a formação de entidades familiares que gerem prole com necessidades especiais, bem como impedir a estruturação de famílias esdrúxulas e distantes dos costumes morais, sendo um desses exemplos o casamento do filho com a ex-esposa do pai.

1.4 REQUISITOS OBJETIVOS PARA ADOÇÃO

1.4.1 Idade

O artigo 42 do ECA⁶⁹ traz à baila o requisito da idade para a adoção. De acordo com tal regra, somente os maiores de dezoito anos poderão adotar, devendo ser respeitada a diferença de dezesseis anos entre as partes – adotante e adotando, conforme o § 3º⁷⁰ do referido dispositivo. No caso de adoção conjunta ou bilateral, em somente um dos adotantes preenchendo tal requisito já satisfaz a exigência legal para o casal⁷¹.

⁶⁶ ECA. Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

⁶⁷ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Adoção. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 245.

⁶⁸ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 50.

⁶⁹ ECA. Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

⁷⁰ ECA. Art. 42. § 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

⁷¹ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *op. cit.*, p. 194.

Quanto à diferença de dezesseis anos, insta salientar que essa determinação visa a evitar a realização de adoção com motivo escuso, devendo ser este o norte que o aplicador da lei deve levar em consideração. Indo além, conforme nos lembra Bordallo, o que deve ser buscado no processo de adoção é o sentimento na formação da família socioafetiva, sendo certo que aquele não se encontra vinculado à idade⁷².

Portanto, a exigência de tal diferença não deve ser aplicada de forma tão rígida que possa até mesmo prejudicar a formação de tal entidade familiar. Assim, conforme alerta o autor, possível o deferimento de adoção para pessoas cuja diferença de idade seja inferior ao mínimo exigido, desde que “essa diferença ainda mantenha a aparência de uma filiação biológica e esteja comprovada a existência de vínculo fático de filiação”⁷³.

1.4.2 Consentimento

De acordo com o ECA, para que se perfectibilize a adoção é necessário que haja o consentimento dos pais biológicos ou dos representantes legais, a teor do seu artigo 45, *caput*⁷⁴, salvo se já destituídos do poder familiar, ou os pais forem desconhecidos. Tal requisito se faz necessário em virtude de a adoção romper o vínculo de parentesco com a família biológica, sendo que o consentimento dos pais deve obedecer aos ditames dos parágrafos do artigo 166 do ECA⁷⁵.

⁷² BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Adoção. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 232.

⁷³ Idem, *Ibidem*, p. 233.

⁷⁴ ECA. Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

⁷⁵ ECA. Art. 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado.

§ 1º Na hipótese de concordância dos pais, esses serão ouvidos pela autoridade judiciária e pelo representante do Ministério Público, tomando-se por termo as declarações.

§ 2º O consentimento dos titulares do poder familiar será precedido de orientações e esclarecimentos prestados pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, em especial, no caso de adoção, sobre a irrevogabilidade da medida. § 3º O consentimento dos titulares do poder familiar será colhido pela autoridade judiciária competente em audiência, presente o Ministério Público, garantida a livre manifestação de vontade e

Muito embora haja essa exigência legal, Dias aduz que deve ser ela aplicada com parcimônia, quando existente vínculo de filiação afetiva. De acordo com ela, assim, eventual recusa por parte dos genitores deve vir acompanhada da devida justificativa do impedimento, senão vejamos:

Descabida a indispensabilidade da expressa manifestação dos pais registraes para adoção, quando já existe vínculo de filiação afetiva. Estando o adotando convivendo com os adotantes, nada justifica exigir a concordância dos genitores. De qualquer modo, a eventual recusa de qualquer dos genitores precisa ser justificada. Cabe figurar o exemplo de o genitor não conviver com o filho, que cria forte vínculo com o padrasto. Assim, é desarrazoado impedir a adoção pela falta de concordância do genitor, até porque sua postura enseja, inclusive, a perda do poder familiar (CC 1.638 II).⁷⁶

Quando o adotando for maior de doze anos de idade, exige-se, ainda, o seu consentir, conforme alude o § 2º⁷⁷ do referido dispositivo. Ainda, Rossato e Leporé destacam que a criança, quando possível, também deve ser ouvida, mesmo que sua opinião não seja determinante para a resolução do caso, haja vista a sua titularidade de sujeito de direito, decorrência do princípio da proteção integral que será visto mais adiante⁷⁸.

1.4.3 Estágio de convivência

O último requisito objetivo para adoção é conhecido como estágio de convivência e é o período de avaliação da nova família acompanhado, necessariamente, pela equipe técnica do juízo. É o tempo de convívio

esgotados os esforços para manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa. § 4º O consentimento prestado por escrito não terá validade se não for ratificado na audiência a que se refere o § 3º deste artigo.

§ 5º O consentimento é retratável até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção.

§ 6º O consentimento somente terá valor se for dado após o nascimento da criança.

§ 7º A família substituta receberá a devida orientação por intermédio de equipe técnica interprofissional a serviço do Poder Judiciário, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 476

⁷⁷ ECA. Art. 45. § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

⁷⁸ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 53.

necessário para que se verifique a adaptação recíproca entre adotante e adotando. Propicia, conforme analisa José de Farias Tavares, “condições de conhecimento mútuo entre aqueles que se preparam para a séria e grave vinculação familiar, completa e definitiva”⁷⁹. É por meio dele que adotante(s) e adotando passam a conviver no mesmo lar, o que deverá ocorrer de forma harmônica e com base familiar⁸⁰.

O artigo 46 do ECA⁸¹ traz disciplinada a questão, o qual estabelece que o prazo de convivência deve advir de decisão judicial, devendo ser observadas as peculiaridades de cada caso. Deve, ademais, ser acompanhado de estudo psicossocial que pretende apurar a presença, de acordo com Rossato e Leporé, dos denominados requisitos objetivos: “idoneidade do adotante; reais vantagens para o adotando e; motivos legítimos para adoção”⁸², além de ser acompanhado por equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância, conforme preconiza o § 4º do referido artigo, inserido pela Lei nº 12.010/09.

Indo além, Antonio da Fonseca ressalta que:

esse estágio presta-se mais à proteção da criança ou do adolescente, uma vez que constata, ou não, a convivência harmônica entre adotante e adotando, oportunizando-se, em caso de desarmonia, um período para regularizar-se a situação fática, com melhor ou posterior colocação familiar da criança ou adolescente. É período de aprendizado, no qual devem ser enfrentadas e superadas eventuais mazelas do dia a dia familiar⁸³

⁷⁹ TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 57.

⁸⁰ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da Criança e do Adolescente*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 168.

⁸¹ ECA. Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

§ 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

§ 2º A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência.

§ 3º Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 (trinta) dias.

§ 4º O estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida.

⁸² ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 53.

⁸³ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *op.cit.*, p. 168-169

Por fim, o legislador determinou uma única hipótese para a dispensa de tal período, a qual resta insculpida na nova redação do § 1º do artigo 46, tamanha a sua importância. Assim, só há falar em possibilidade de dispensa quando o adotando já se encontra sob a tutela ou guarda legal durante tempo suficiente para que se possa avaliar a conveniência da constituição do vínculo. Espancando qualquer dúvida sobre a figura do referido “tempo suficiente”, o também novo § 2º do artigo em tela regulamentou que a simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência. Disso podemos concluir que sempre há de se configurar a existência de formação do vínculo familiar para que se defira o pedido de adoção.

1.5 REQUISITOS SUBJETIVOS PARA ADOÇÃO

Rossato e Lépure, como já mencionado, identificam como requisitos subjetivos para a adoção os seguintes: idoneidade do adotando; existência de motivos legítimos para a adoção; existência de reais vantagens para o adotante⁸⁴, estando os dois últimos insculpidos no art. 43 do ECA⁸⁵. Tavares, ao comentar o referido dispositivo, ensina que:

A adoção somente pode ter lugar constatando-se o efetivo proveito para o adotando. Será indeferida se o pretendente não dispõe de meios materiais para a proteção integral da criança e do adolescente. São legítimos os motivos do pedido que levam em consideração primordialmente os interesses do adotando e não o suprimento de carências do adotante, tais como a necessidade de companhia ou de afeto⁸⁶

Ademais, conforme leciona Elias⁸⁷, sempre haverá “reais vantagens ao adotando” quando este restar inserido em uma família (desde que idônea) na qual possa desenvolver a sua personalidade de forma plena. O autor, ainda,

⁸⁴ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPURE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 52

⁸⁵ ECA. Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

⁸⁶ TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 55

⁸⁷ ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2010, p. 54.

ressalta que “motivos legítimos” tem por objetivo o perfeito encaixe afetivo entre adotando e adotante, de forma a imitar uma relação entre pais e filhos biológicos. Concluindo, arremata a questão valendo-se dos ensinamentos de Castro Mendes ao ressaltar que a adoção deve se nortear fundamentalmente, embora não exclusivamente, pelo interesse do adotando.

1.6 IMPEDIMENTOS PARA ADOTAR

1.6.1 Impedimento Total

O parágrafo 1º, art. 42, do ECA⁸⁸ traz a vedação da adoção por ascendentes ou irmãos do adotando, referindo-se, tão somente, a parente próximo⁸⁹. Por outro lado, não há qualquer óbice à adoção entre parentes colaterais de terceiro e quarto graus, ao que a regra em apreço é específica para ascendentes e irmãos. É perfeitamente plausível, assim, a adoção de um sobrinho ou de um primo, quer seja ele consangüíneo ou adotado⁹⁰.

Bordallo especifica com clareza a importância do impedimento legal, nas seguintes linhas:

Caso fosse permitida a adoção por estes parentes, haveria um verdadeiro tumulto nas relações familiares, em decorrência da alteração dos graus de parentesco. Em sendo a adoção realizada por avós, a criança passaria a ser filho destes, irmão de um de seus pais e de seus tios e tio de seus irmãos e primos. Sendo a adoção realizada por irmão, passaria a ser filho deste, neto de seus pais, bisneto de seus avós, sobrinho de seus irmãos, irmão de seus sobrinhos. Como se vê, haveria a alteração de todos os graus de parentesco, o que tumultuaria demasiadamente as relações familiares. Foi, certamente, pensando neste tumulto, entre outras coisas, que o legislador criou o impedimento.⁹¹

⁸⁸ ECA. Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

⁸⁹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 209.

⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 474.

⁹¹ BORDALLO. op. cit, loc. cit.

Além da “confusão” decorrente da transformação de avós e irmãos em “pais”, necessário salientar o prejuízo da pessoa em desenvolvimento pela perda dos direitos sucessórios em relação aos seus pais biológicos. Sobre o ponto, Murilo Digiácomo⁹² atenta para o fato que os institutos da guarda e da tutela, por não importarem o rompimento do vínculo de parentesco com os genitores, restam suficientes e adequados para o amparo das crianças e adolescentes no caso de estarem junto a avós e irmãos e afastados do convívio dos pais.

Omar Gama Ben Kauss não deixa dúvidas sobre a correção do legislador no ponto:

O instituto volta as costas para pequenos caprichos familiares que seriam resolvidos pela adoção e que diante do fim maior da legislação são problemas de pequena repercussão social. Não parece relevante o menor ser adotado pelo avô. Afinal, no caso, já existe uma família constituída e dela não há de cuidar a lei nova. A proibição deixa transparecer que o intuito maior da regra é dar uma família ao menor que não a tem ou se tem foi por ela desconsiderado no drama social dos tempos hodiernos. De sorte que, com esse fim, não tem mesmo cabimento a lei cogitar de parentesco entre os que já são parentes pelos laços sanguíneos⁹³

Outro não é o posicionamento explanado pela nossa jurisprudência, como se vê no seguinte julgado, em que restou evidenciada a vedação da lei até mesmo quando o pedido de adoção feito por avós envolver netos capazes:

Ementa: AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE MATERNIDADE/PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. AVÓS. PATERNOS. EFEITOS DE ADOÇÃO. REGISTRO DE NASCIMENTO SEM VÍCIO DE CONSENTIMENTO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. Estando o registro de nascimento correto e sem qualquer tipo de vício de consentimento, espelhando a verdade registral quanto à maternidade/paternidade biológica, não há como proceder a retificação do registro. **O reconhecimento do vínculo de filiação entre avós e netos configura uma verdadeira adoção, o que é vedada pelo art. 42, § 1º, da Lei n. 8.069/90 (ECA), mesmo que envolva maior de idade.** RECURSO IMPROVIDO (TJRS, Apelação Cível Nº 70028858959, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 23/04/2009) (grifo nosso)

⁹² CURY, Munir (Org.); DIGIÁCOMO, Murilo. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 205

⁹³ KAUSS, Omar Gama Ben. *A adoção no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1991, p. 49-50

O Superior Tribunal de Justiça demonstra a importância da questão como norma impositiva no seguinte proferimento, *in verbis*:

ADOÇÃO. ASCENDENTE. PROIBIÇÃO.
INARREDAVEL A NORMA COGENTE DO ART. 42, PAR. 1, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, QUE PROIBE A ADOÇÃO POR ASCENDENTE.
RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
(STJ, REsp 76.712/GO, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO COSTA LEITE, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/1996, DJ 17/03/1997, p. 7498) (grifo nosso)

Insta ressaltar, por fim, no que se refere aos parentes por afinidade. Sobre isso, Bordallo entende a aplicação do impedimento constante no supracitado § 1º, art. 42, do ECA, haja vista que os avós afins se encontram na mesma situação que os biológicos e, sendo assim, caso seja a eles deferido o pedido de adoção, teremos o mesmo tumulto nas relações familiares. Indo além e de acordo com o autor,

Quando falamos em avós por afinidade estamos nos referindo aos cônjuges ou companheiros dos avós biológicos. Sendo permitida a adoção àqueles, teremos a retirada do nome dos pais biológicos do registro de nascimento do adotado, constando apenas o adotante como pai/mãe. Com isto haverá a possibilidade de que o cônjuge ou companheiro do pai socioafetivo possa postular a adoção unilateral, fazendo com que acabássemos por ter uma burla à proibição legal da adoção dos avós.⁹⁴

Como se não bastasse, a existência de vínculos de afinidade e afetividade entre o pretense adotando e seus irmãos ou avós não justifica o pedido feito por estes. A uma, a adoção é medida excepcional e irrevogável, só devendo ser suscitada quando já esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, a teor do § 1º do art. 39 do ECA⁹⁵. A duas, irmãos e avós integram a família extensa ou ampliada das pessoas em desenvolvimento, conforme preconiza o parágrafo único do art. 25

⁹⁴ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Adoção. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 212.

⁹⁵ ECA. Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

do ECA⁹⁶. Assim e tendo em linha de conta que a adoção rompe com todos os vínculos de parentesco com a família biológica, merecem espaço institutos da guarda e da tutela – menos radicais que aquela - para proteger essas relações.

1.6.2 Impedimento Parcial

O artigo 44 do ECA⁹⁷ dá conta de impedimento que visa evitar uma adoção fundada em maus propósitos⁹⁸. Nesse passo, não seria plausível o administrador dos bens da criança ou adolescente passar à condição de pai antes de prestar contas do seu *munus*.

Nesse sentido, para que possam interpor a ação de adoção, necessário se faz que o tutor e o curador preencham o requisito da referida prestação perante o juízo competente, aguardem a sua homologação e, assim, superem a causa impeditiva⁹⁹.

Omar Ben Kauss arremata a questão, portanto,

Adquirir o pátrio poder sem antes demonstrar essa lisura seria admitir que jamais poder-se-ia apurar a boa ou ruim administração para anteceder o pátrio poder que conferirá a adoção. Poder-se-ia pôr em dúvida a sinceridade do pedido de adoção, se não estaria ele a ocultar o inconfessável alcance nos bens do menor, afinal tudo sepultado pela filiação advinda.¹⁰⁰

1.7 EFEITOS PATRIMONIAIS DA ADOÇÃO

⁹⁶ ECA. Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

⁹⁷ ECA. Art. 44. Enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance, não pode o tutor ou o curador adotar o pupilo ou o curatelado.

⁹⁸ KAUSS, Omar Gama Ben. *A adoção no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1991, p. 52

⁹⁹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Adoção. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 208.

¹⁰⁰ KAUSS, op. cit. p. 53

No que se refere à modificação da seara patrimonial do adotando quando perfectibilizado o vínculo da adoção, há de se observar o que se refere ao direito à alimentos e à sucessão.

Quanto aos alimentos, temos que, em sendo um dos atributos do poder familiar o dever de sustento, conforme preconiza o inciso I do artigo 1.634 do Código Civil¹⁰¹, o adotando fará jus à percepção daqueles caso o adotante se mostre relapso no cumprimento de suas obrigações, com supedâneo no artigo 1.694 do CC/02¹⁰².

Indo além, no caso de falecimento do adotante, o adotando assume automaticamente o status jurídico de descendente, ao que receberá o quinhão que lhe couber quando da divisão dos bens do *de cuius* (CC, arts. 1784, 1.829, I, 1.845, 1.846). Outrossim, sucederá o adotando aos parentes do adotante obedecidas as regras sucessórias do artigo 1.829 do diploma civil. Por fim, Bordallo¹⁰³ aduz que o respeito a tal regra é absoluto e dá como exemplo a adoção póstuma. Assim, conforme o autor, a sentença de adoção, na hipótese de falecimento do adotante no curso do processo retroage à data do óbito deste.

1.8 CADASTRO DE ADOÇÃO

O artigo 50 do ECA¹⁰⁴, com nova redação a partir do advento da Lei 12.010/09, estabelece que a autoridade judiciária deverá manter, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças ou adolescentes passíveis de serem adotados e outro de pessoas que desejam adotar. Esta lista de interessadas é denominada de “cadastro de adotantes”, e a inscrição nele somente será deferida se os adotantes (individual ou de forma conjunta)

¹⁰¹ CC/02. Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação.

¹⁰² CC/02. Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

¹⁰³ BORDALLO, Adoção. In: *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 247.

¹⁰⁴ ECA. Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

satisfizerem os requisitos legais, ou restarem verificadas quaisquer hipóteses previstas no artigo 29¹⁰⁵ da Lei em apreço, a teor do § 2º do aludido dispositivo¹⁰⁶.

O § 5º¹⁰⁷ do artigo em debate estabelece, como medida de dinamização do sistema, três níveis de cadastro (em nível de comarca, estadual e nacional), os quais devem ser analisados de forma sucessiva e, somente não havendo interessados à adoção após a consulta nacional é que se partirá para nível internacional. Essa preocupação tem em linha de conta a necessária manutenção dos laços familiares e afetivos do adotando com os seus parentes, o seu povo e sua cultura¹⁰⁸.

Tal mecanismo, conforme analisa Bordallo, se mostra de bastante utilidade, uma vez que possibilita o cruzamento de dados e a rápida identificação de crianças e adolescentes institucionalizadas, conferindo celeridade aos processos de adoção¹⁰⁹, haja vista a necessária observância de atendimento ao melhor interesse da criança¹¹⁰, que logo será detidamente analisado no presente trabalho.

Preconizando o atingimento de tais objetivos, o § 8º¹¹¹ determina que a inscrição nos cadastros deve ocorrer, obrigatoriamente, em 48 horas, sob pena de responsabilidade. Quanto ao tipo de responsabilização, a legislação silencia, todavia, Rossato e Leporé lembram que ela pode se dar tanto no âmbito administrativo, civil quanto criminal¹¹². Outrossim, restou estabelecido,

¹⁰⁵ ECA. Art. 29. 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.

¹⁰⁶ ECA. Art. 50. § 2º Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfizer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 29

¹⁰⁷ ECA. Art. 50. § 5º Serão criados e implementados cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção.

¹⁰⁸ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 55

¹⁰⁹ BORDALLO, Adoção. In: *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 224.

¹¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 496

¹¹¹ ECA, Art, 50. § 8º. A autoridade judiciária providenciará, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a inscrição das crianças e adolescentes em condições de serem adotados que não tiveram colocação familiar na comarca de origem, e das pessoas ou casais que tiveram deferida sua habilitação à adoção nos cadastros estadual e nacional referidos no § 5º deste artigo, sob pena de responsabilidade.

¹¹² ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. op. cit., p. 56

no § 12¹¹³, que a alimentação dos cadastros, bem como a convocação criteriosa dos candidatos serão fiscalizadas pelo Ministério Público.

Além disso, previu o legislador que o preenchimento do requisito de prévio cadastramento, pode se mostrar inócuo em determinados casos. Assim, o § 13 do art. 50¹¹⁴ estabeleceu as hipóteses em que tal procedimento pode ser descartado: I - pedido de adoção unilateral; II – pedido de adoção formulado por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade – proveniente, desse modo, de membro de família extensa ou ampliada; III – oriundo de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de três anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou crimes de subtração de criança ou adolescente para colocação em lar substituto ou, promessa ou efetivação de entrega de filho ou pupilo a terceiro mediante paga ou recompensa.

Sobre o ponto, ainda, definiu o legislador mais um cuidado, qual seja, a necessidade de comprovação, pelo candidato enquadrado nas hipóteses acima elencadas, de que preenche todos os requisitos necessários à adoção também no curso do procedimento, segundo o § 14 do artigo em tela¹¹⁵.

Maria Berenice Dias defende a flexibilização na necessidade de prévio cadastramento de modo a satisfazer o melhor interesse da criança, qual seja, de ser inserida numa família que a acolha com o mais puro amor e afeto. Ressalva a doutrinadora, assim:

Ainda que haja a determinação de que sejam elaboradas as listas, deve-se atentar ao direito da criança de ser adotada por quem já lhe dedica carinho diferenciado, em vez de priorizar os adultos pelo só fato de estarem incluídos no registro de adoção. **Não sendo a**

¹¹³ ECA. Art. 50. § 12. A alimentação do cadastro e a convocação criteriosa dos postulantes à adoção serão fiscalizadas pelo Ministério Público.

¹¹⁴ ECA. Art. 50. § 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

I - se tratar de pedido de adoção unilateral;

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

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

¹¹⁵ ECA. Art. 50. § 14. Nas hipóteses previstas no § 13 deste artigo, o candidato deverá comprovar, no curso do procedimento, que preenche os requisitos necessários à adoção, conforme previsto nesta Lei.

pretensão contrária ao interesse da criança, injustificável negar a adoção por ausência de prévia inscrição dos interessados. Os cadastros servem, tão só, para organizar os pretendentes à adoção, isto é, para agilizar e facilitar a concessão da medida, e não para obstaculizá-la. **Estabelecido vínculo afetivo com a criança, é perverso negar o pedido e entregá-lo ao primeiro inscrito.** Tal postura desatende aos interesses prioritários de quem goza da especial proteção constitucional.¹¹⁶ (grifo nosso)

Não é diversa a postura dos tribunais quanto ao ponto. O julgado a seguir trata com maestria da possibilidade de burla ao cadastro de adoção, desde que consolidado o vínculo afetivo entre adotantes e adotando, caracterizando, assim, a doutrinariamente chamada adoção *intuitu personae*. Dessarte:

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

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

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 conseqüente 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**

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 496.

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.

(STJ - REsp 1172067/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 14/04/2010) (grifo nosso)

Notória é a importância do cadastro de adoção para o controle e efetivação da necessária abrangência de aplicabilidade deste instituto. Todavia, não há de se olvidar o julgador que o melhor interesse do menor é o fim a ser alcançado em qualquer processo que o envolve. Assim, embora a lei discipline sobre a necessidade de observância de cruzamento de dados das listas de interessados e de pessoas em desenvolvimento, há de se atentar para o fato de eventual consolidação de vínculo afetivo entre adotante não cadastrado e adotando, de forma a garantir não só a proteção integral da criança e do adolescente, como também o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, qual seja, o respeito à dignidade dessas pessoas¹¹⁷.

1.9 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

1.9.1 Questão prévia: o superior interesse da criança

Antes de discorrermos acerca dos princípios fundamentais que norteiam

¹¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 497.

os direitos da criança e do adolescente, insta referir aquele que é norteador do tema, tanto para o legislador quanto para o aplicador¹¹⁸, ou, de acordo com o posicionamento de Rossato, Leporé e Cunha, categoriza-se como postulado normativo de interpretação dos direitos em apreço, o denominado “melhor interesse da criança”¹¹⁹.

A classificação do superior interesse em postulado normativo se explica pela adesão dos autores à classificação principiológica proposta pelo jurista Humberto Ávila. O referido doutrinador idealiza que aqueles:

“são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. (...) Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas.”¹²⁰

Concluem os autores que o dito postulado normativo se apresenta, assim, como um exame de razoabilidade no que concerne à aplicação de uma ou outra norma jurídica que se refira ao direito da criança ou adolescente, ou quanto à negativa de aplicação de normas positivas, sempre com o precípua fim de garantir o melhor interesse de tais sujeitos peculiares de direito¹²¹.

E é justamente esta condição peculiar – a condição de seres humanos em fase de desenvolvimento de suas potencialidades e, por isso, de vulnerabilidade em relação aos adultos -, que confere a criança e ao adolescente a prerrogativa de que seus direitos fundamentais sejam conformados de maneira diversa daquela pela qual se estruturam a das pessoas que não se encontram em tal faixa etária¹²².

¹¹⁸ AMIN, Andréa Rodrigues. “Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente”. In: *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010, p. 28.

¹¹⁹ ROSSATO, Luciano Alves; LEPORÉ, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 83.

¹²⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 124.

¹²¹ ROSSATO; LEPORÉ; CUNHA, op. cit., loc. cit.

¹²² MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. 1. ed. São Paulo: Manole, 2003, p. 121-123.

Indo além, conforme aduz Márcio Thadeu Silva Marques¹²³, no que concerne à interpretação do postulado normativo em tela, insta salientar a aplicação dos parâmetros previstos pelo artigo 6º do ECA¹²⁴, afim de que se garantam os direitos consolidados constitucionalmente e se defina como diretrizes a proteção integral e a prioridade absoluta definidas nas normativas nacionais e internacionais.

Nesse passo, quando o caso concreto envolver a análise de direitos das pessoas em condição de peculiar desenvolvimento, resta imperiosa a presença da premissa do superior interesse acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, a fim de que os direitos fundamentais titularizados por elas restem devidamente assegurados¹²⁵. Assim, o superior interesse é o norte que orienta todos aqueles que se defrontam com as exigências naturais da infância e juventude e, sendo materializar, é dever de todos, conforme salienta Andréa Amin¹²⁶.

Por fim, e a título de elucidação, colaciona-se julgado em que a invocação do mencionado melhor interesse preponderou sobre formalidades no processo de adoção, tais como o alistamento em cadastro e a regulamentação de visitas ao abrigo pelos pretendentes à adoção, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. PEDIDO DE GUARDA E ADOÇÃO. REQUERENTES FORA DO CADASTRO DE ADOTANTES. QUESTÃO AVALIADA A PARTIR DAS PECUALIARIDADES DO CASO CONCRETO. Em tese, não há incompatibilidade entre as relações provenientes da informalidade das visitas aos abrigos, com a Lei que prevê o alistamento dos pretendentes à adoção. Isto porque, **o ECA preconiza que na interpretação de qualquer regra contida nesta legislação sejam sopesadas a legalidade e a formalidade, com a percepção geral e com o conteúdo propriamente do conflito, concluindo-se pelo real melhor interesse da criança ou adolescente tutelado.** Assim, configurada a solidez da relação entre apelantes e a menina abrigada, cumpre o deferimento do pedido de guarda para que, após cumpridos os requisitos de avaliação e convivência, seja devidamente instruído o pleito relativo à adoção. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO

¹²³ MARQUES, Márcio Thadeu Silva. “Melhor Interesse da Criança: do Subjetivismo ao Garantismo”. In: *Melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar*. Cood: Tânia da Silva Pereira. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 492.

¹²⁴ ECA. Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

¹²⁵ AMIN, Andréa Rodrigues. “Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente”. In: *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010, p. 28.

¹²⁶ Idem, Ibidem.

APELO. (Apelação Cível Nº 70033773318, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS) (grifo nosso)

1.9.2 Princípio da proteção integral

O advento do ECA conferiu nova roupagem ao direito da criança e do adolescente, na medida em que rompeu com a doutrina da situação irregular, a qual tinha por fonte material o Código de Menores de 1979, e trouxe à baila o paradigma da proteção integral. Analisando tal corrente, Rossato e Leporé revestiram a proteção integral do caráter de metaprincípio, juntamente com o princípio da prioridade absoluta, e assim justificam tal denominação:

São considerados metaprincípios os *princípios da proteção integral* e o da *prioridade absoluta*, e assim são denominados porque, extraídos da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, representam postulados de interpretação para a extração de significado dos demais princípios e regras que compõem o sistema protetivo dos direitos da criança e do adolescente¹²⁷. (grifos dos autores)

O legislador agiu coerentemente com o texto constitucional de 1988, o qual consagrou os direitos das crianças e adolescentes como fundamentais, em perfeita consonância com o princípio fundamental da dignidade humana, determinando à família, à sociedade e ao Estado o dever legal e concorrente de assegurá-los¹²⁸. A Carta Magna, inspirada nas normas internacionais de direitos humanos, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Declaração Universal dos Direitos das Crianças¹²⁹, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a doutrina da proteção integral e rompeu, assim, com o modelo da situação irregular do menor, em vigor quando do Código de Menores de 1979.

¹²⁷ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 19

¹²⁸ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. *In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010, p. 11.

¹²⁹ ROSSATO, Luciano Alves; LEPORÉ, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 75.

Dessa maneira, o ECA regulamentou, a forma de implementação de todo esse leque de direitos e garantias¹³⁰, sendo o seu artigo 1º¹³¹ a síntese do pensamento do legislador constituinte e, por via oblíqua, a encampação da doutrina em tela. Tal paradigma, conforme pontua Antonio Cezar Lima da Fonseca, valendo-se das palavras de Antônio Chaves, constitui “expressão designativa de um sistema onde crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado”¹³². Espancando qualquer dúvida acerca do assunto, a Lei nº 12.010/09 inseriu o inciso II do novo parágrafo único do artigo 100¹³³ no estatuto, disciplinou de forma expressa tal princípio e, assim, reafirmou-o como Princípio-Base.

Indo além, ao conferir parâmetros de tratamento dos temas relacionados à criança e ao adolescente, a doutrina da proteção integral não se resume a uma simples mudança terminológica ou de princípios, mas sim a uma completa substituição de paradigma, conforme refere Andréa Rodrigues Amin¹³⁴. A mais, Rossato e Leporé, analisando a questão, afirmam que o princípio da proteção integral deve nortear as políticas públicas, a fim de proporcionar o reequilíbrio existente pela condição de tutelarem pessoas em peculiar desenvolvimento¹³⁵. Não podia ser diferente. Conforme aduz Martha de Toledo Machado,

a personalidade de tais indivíduos ainda está incompleta, bem como as potencialidades do ser humano ainda não amadureceram até seu patamar mínimo de desenvolvimento, e, como se não bastasse, não podem exercer completamente suas potencialidades e direitos, haja vista estarem em condição menos favorável para defender tais direitos¹³⁶.

¹³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 68

¹³¹ ECA. Art. 1. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

¹³² FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da Criança e do Adolescente*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 14.

¹³³ ECA. Art. 100. § único. Inciso II. São também princípios que regem a aplicação das medidas: proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares.

¹³⁴ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010, p. 13.

¹³⁵ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 20

¹³⁶ MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. 1. ed. São Paulo: Manole, 2003, p. 119.

O posicionamento adotado pelo mencionado Código de Menores considerava crianças e adolescentes como meros objetos de medidas judiciais, quando restava caracterizada a situação irregular delimitada no artigo 2º da antiga lei. Nessa linha, o revogado Código, de acordo com Wilson Liberati,

não passava de um Código Penal do “Menor”, disfarçado em sistema tutelar; suas medidas não passavam de verdadeiras sanções, ou seja, penas, disfarçadas em medidas de proteção. Não relacionava nenhum direito, a não ser aquele sobre a assistência religiosa; não trazia nenhuma medida de apoio à família; tratava da situação irregular da criança e do jovem, que, na realidade, eram seres privados de seus direitos.¹³⁷

Restringia-se, assim, a doutrina da situação irregular a um limitado público juvenil, sendo estes tratados como objetos de intervenção do mundo adulto e vistos essencialmente como mini-adultos, conforme enfatiza Martha de Toledo¹³⁸. Felizmente, a proteção integral veio a titularizar crianças e adolescentes de direitos fundamentais, ao que nasce, assim, o Direito da Criança e do Adolescente. João Batista Costa Saraiva sintetiza com propriedade essa transição:

A superação do paradigma da incapacidade, pela adoção do paradigma da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, próprio da condição de sujeito de Direito (...) permite resumir, em poucas palavras, o que implica a adoção da Doutrina da Proteção Integral de Direitos da Criança, norteadora do Estatuto da Criança e do Adolescente, em superação dos primados da Doutrina da Situação Irregular, que inspirava o revogado Código de Menores¹³⁹.

Ademais, a alteração do termo “menor” para “criança e adolescente” é outro aspecto a ser ressaltado. Liberati assim analisa a questão:

Na concepção técnico-jurídica, “menor” designa aquela pessoa que não atingiu ainda a maioridade, ou seja, 18 anos. A ele não se atribui a imputabilidade penal, nos termos do artigo 104 do ECA c/c art. 27 do CP. Se isso não bastasse, a palavra “menor”, com o sentido dado pelo antigo Código de Menores, era sinônimo de carente, abandonado, delinqüente, infrator, egresso da FEBEM, trombadinha, pivete. A expressão “menor” reunia todos esses rótulos e os colocava

¹³⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 15

¹³⁸ MACHADO, Martha de Toledo. A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos. 1. ed. São Paulo: Manole, p. 116.

¹³⁹ SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente e ato infracional. *Compêndio de direito penal juvenil*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 24

sob o estigma da “situação irregular”. Essa terminologia provocava traumas e marginalização naqueles pequenos seres. Com as expressões genéricas “criança” e “adolescente”, pretendeu o legislador não particularizar, não permitir a marginalização, a marca, o estigma, a cicatriz, o trauma.

Nessa linha de compreensão, a doutrina encampada pelo ECA trouxe à baila um Direito amplo, abrangente, universal e exigível, igualando crianças, adolescentes e adultos em direitos e ainda conferindo aos dois primeiros mais alguns, em face da sua condição peculiar de desenvolvimento. Crianças e jovens, nesta perspectiva, passam a ser sujeitos de direito, abandonando a ideia de objetos de medidas judiciais e procedimentos policiais¹⁴⁰. No que concerne ao ato de conferir titularidade a crianças e adolescentes de todos os direitos individuais e sociais reconhecidos aos adultos, Martha Toledo Machado nos lembra que está este em consonância ao princípio da igualdade inserido no caput do artigo 5º da CF¹⁴¹, haja vista o disposto no inciso XXX do artigo 7º¹⁴². Ademais, quanto aos direitos a mais, Rossato e Leporé os denominam de *plus* e remetem que a garantia destes se encontra prescrita no texto do ECA, art. 3º¹⁴³.

Insta ressaltar, neste ponto, que o legislador, ao superar a ideia de incapacidade do “menor” atribuída pela doutrina da situação irregular, trata crianças e adolescentes como pessoas completas, as quais apresentam a particularidade de se encontrarem em desenvolvimento. Por isso, Costa Saraiva, valendo-se dos ensinamentos de Mary Beloff, registra que são reconhecidos todos os direitos que todas as pessoas possuem, além de um

¹⁴⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 20.

¹⁴¹ CF. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

¹⁴² CF. Art. 7. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

Inciso XXX. Proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

¹⁴³ ECA. Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

plus que abrange direitos específicos justamente por se reconhecer que são pessoas em peculiar condição de desenvolvimento¹⁴⁴.

Foi justamente este tratamento consignado às crianças e aos adolescentes, que conferiu a elas a prerrogativa de se manifestar e exercer seus direitos em face de qualquer pessoa, haja vista o disposto no parágrafo 1º do artigo 28 do ECA¹⁴⁵, o qual dispõe que o consentimento da pessoa em desenvolvimento é necessário e faz parte da audiência em que se decidirá sobre a colocação em família substituta¹⁴⁶. Há o direito, assim, de a criança ser ouvida e sua palavra e opiniões, devidamente consideradas¹⁴⁷.

Além disso, o artigo 5º do Estatuto¹⁴⁸ traz à baila a garantia de que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Tal texto evidencia o princípio da proteção integral e demonstra que a amplitude e abrangência da Lei alcança todas as crianças e adolescentes, não se restringindo ao menor em situação irregular, como se dava na revogada diretriz menorista. Liberati, ao comentar esse dispositivo, ressalta que:

Com essa lei civilizatória, as crianças e jovens passam a ser *sujeitos* de direitos e deixam de ser *objetos* de medidas judiciais e procedimentos policiais, quando expostos aos efeitos da marginalização social decorrente da omissão da sociedade e do Poder Público, pela inexistência ou insuficiência das políticas sociais básicas.¹⁴⁹

Outrossim, o artigo 98 do ECA¹⁵⁰ também demonstra a aplicabilidade do princípio da proteção integral, uma vez que determina a tutela de crianças e

¹⁴⁴ SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente e ato infracional. *Compêndio de direito penal juvenil*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 27.

¹⁴⁵ ECA. Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º. Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

¹⁴⁶ ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2010, p. 41.

¹⁴⁷ SARAIVA. op. cit., loc. cit.

¹⁴⁸ ECA. Art. 5º. . 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.

¹⁴⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 17

¹⁵⁰ ECA. Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

adolescentes em situação de risco ou de violação de seus direitos: por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; em virtude da conduta da criança ou do adolescente. Sobre o ponto, Liberati vê na manipulação dos abrangentes termos “ameaçados” e “violados”, uma fórmula legislativa que vai de encontro à teoria da situação irregular, que se valia de “figuras casuísticas, tais como ‘menor abandonado’, ‘carente’, ‘delinqüente’ etc., para identificar a situação de risco pessoal e social da criança e do adolescente”¹⁵¹.

No que compete à disciplina do adolescente em conflito com a lei, enquanto autor de uma conduta tipificada como crime ou contravenção, ressalta-se a necessária observância de todas as garantias previstas aos adultos, além de outras específicas. A principal delas é, de acordo com Saraiva, de que os adolescentes devem ser julgados por tribunais específicos, com sanções distintas das dos adultos, sendo a privação de liberdade o último recurso a ser buscado para o estabelecimento de penas a tais sujeitos de direito¹⁵². Nessa linha, inexistente pretensão punitiva do estado, mas sim educativa, como demonstra o julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

EMENTA: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA. HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO FUNDAMENTADA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REITERAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA EXCEPCIONALIDADE. ARTS. 227, § 3º, V, DA CF E 122, § 2º, DO ECA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.
1. Tratando-se de menor inimputável, não existe pretensão punitiva estatal propriamente, mas apenas pretensão educativa, que, na verdade, é dever não só do Estado, mas da família, da comunidade e da sociedade em geral, conforme disposto expressamente na legislação de regência (Lei 8.069/90, art. 4º) e na Constituição Federal (art. 227).
 2. De fato, é nesse contexto que se deve enxergar o efeito primordial das medidas socioeducativas, mesmo que apresentem,

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
 II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
 III - em razão de sua conduta.

¹⁵¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 99

¹⁵² SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente e ato infracional. Compêndio de direito penal juvenil*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 27-28

eventualmente, características expiatórias (efeito secundário), pois o indiscutível e indispensável caráter pedagógico é que justifica a aplicação das aludidas medidas, da forma como previstas na legislação especial (Lei 8.069/90, arts. 112 a 125), que se destinam essencialmente à formação e reeducação do adolescente infrator, também considerado como pessoa em desenvolvimento (Lei 8.069/90, art. 6º), sujeito à proteção integral (Lei 8.069/90, art. 1º), por critério simplesmente etário (Lei 8.069/90, art. 2º, caput).

3. Nos termos da legislação de regência, a medida de internação só poderá ser aplicada quando se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves ou por descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta.

4. Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, "somente ocorre reiteração de conduta infracional pelo menor, quando, no mínimo, são praticadas três ou mais condutas infracionais" (HC 39.458/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ de 9/5/05).

5. Ordem concedida para que outra medida menos gravosa seja aplicada.

(STJ, HC 155.514/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 02/08/2010) (grifo nosso)

Indo além, e como não poderia deixar de ser, a análise da jurisprudência clarifica a aplicação plena do princípio da proteção integral. Assim, colaciona-se precedente em que evidenciada a aplicabilidade do princípio a fim de proibir a expulsão de estrangeiro do país, haja vista a necessidade de preservação dos interesses de sua filha, dependente economicamente:

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO. EXISTÊNCIA DE FILHA BRASILEIRA QUE DEPENDE ECONOMICAMENTE DO PACIENTE. ART. 75, II, B, DA LEI 6.815/80. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Esta Superior Corte de Justiça, interpretando sistematicamente a norma contida no art. 75, II, b, § 1º, da Lei 6.815/80, à luz de disposições supervenientes contidas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, passou a exigir apenas a comprovação da dependência econômica do filho brasileiro, na medida em que **"a proibição de expulsão de estrangeiro que tenha filho brasileiro objetiva resguardar os interesses da criança, não apenas no que se refere à assistência material, mas à sua proteção em sentido integral, inclusive com a garantia dos direitos à identidade, à convivência familiar, à assistência pelos pais"** (HC 31.449/DF, 1ª Seção, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 31.5.2004).

2. Hipótese em que está suficientemente comprovado que o paciente, condenado pela prática dos crimes previstos nos arts. 12 e 14, c/c o 18, I, da Lei 6.368/76, possui uma filha brasileira, atualmente com quinze anos de idade, que dele depende economicamente para sobreviver.

3. Comprovou-se, ainda, que o Juízo da Comarca de Ponta Porã/MS, onde o paciente foi processado e condenado pela prática dos crimes referidos, declarou extinta a punibilidade, pela ocorrência de prescrição, por sentença transitada em julgado.

4. Ordem concedida, para determinar a extinção do processo de expulsão, bem como para excluir o nome do paciente do Sistema Nacional de Procurados e Impedidos - SINPI. (HC 106.632/MS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/09/2008, DJe 13/10/2008) (grifo nosso)

Portanto, a adoção de um sistema de garantias que privilegia a proteção integral da criança e do adolescente se consubstancia no atendimento de todas as necessidades do ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade, conforme nos ensina Roberto João Elias¹⁵³. Assim, tem-se a possibilidade de configuração do principal princípio norteador dos direitos das pessoas em peculiar desenvolvimento, o qual eleva a categorização destas de meros objetos de medidas judiciais a sujeitos de direito e constitui instrumento inovador de proteção conferido a todas as crianças e adolescentes sem quaisquer distinções, como era assente na doutrina da situação irregular.

1.9.3 Princípio da prioridade absoluta

A Constituição Federal, no artigo 227, *caput*, parágrafos e incisos, assegura um rol de direitos a crianças e adolescentes com “absoluta prioridade”, senão vejamos:

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

Tal dispositivo, conforme nos lembra Antonio Cezar Lima da Fonseca, consagra a aludida regra de forma absoluta como nenhum outro o faz, ao que impõe deveres de asseguramento àqueles direitos, todos fundamentais; deveres, como já aludido neste trabalho, destinados à família, à sociedade e ao

¹⁵³ ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2010, p. 12.

Estado de forma prioritária¹⁵⁴. Indo além, Rossato e Leporé enfatizam a função materializadora do dispositivo constitucional, e nos remetem à pretensão do legislador de forma esmiuçada, assim:

[o art, 227] pretende, pois, que a família responsabilize-se pela manutenção da integridade física e psíquica, a sociedade pela convivência coletiva harmônica, e o estado pelo constante incentivo à criação de políticas públicas. Trata-se de uma responsabilidade que, para ser realizada, necessita de uma integração, de um conjunto devidamente articulado de políticas públicas, que formam o denominado Sistema de Garantia dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes, [...]. Em nenhum outro dispositivo constitucional há previsão desta prioridade¹⁵⁵

Sob essa perspectiva, Rossato e Leporé classificam tal regra como um dos metaprincípios dos direitos da criança e adolescente, uma vez que ele determina, segundo os autores, “a prevalência incontestável de atendimento aos interesses das pessoas em desenvolvimento”¹⁵⁶. Indo além, Liberati, valendo-se dos ensinamentos de Gomes da Costa, lembra que devemos entender, por absoluta prioridade:

(...) que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes, pois “o maior patrimônio de um povo são suas crianças e jovens”¹⁵⁷

Portanto, a existência de tal princípio se deve, s.m.j, à consideração de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e pessoas em fase peculiar de desenvolvimento, abordagem inculpada na Carta Magna. Assim, as pessoas em desenvolvimento devem receber prioridade no atendimento dos serviços públicos e na formulação das políticas sociais¹⁵⁸, ao que se faz necessário, nas palavras de Fonseca:

¹⁵⁴ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da Criança e do Adolescente*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 16

¹⁵⁵ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 22

¹⁵⁶ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo.

¹⁵⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 99

¹⁵⁸ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Op. Cit. Apud. CABRERA, Carlos Cabral; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. FREITAS JR, Roberto Mendes de. *Direitos da Criança, do Adolescente e do Idoso. Doutrina e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 9.

(...) que os legisladores e publicistas em geral reconheçam que os únicos direitos constitucionais determinados como de prioridade absoluta são os outorgados a crianças e adolescentes, como a indicar que os demais princípios devem ser interpretados com uma coloração menos forte diante daquele. **Num eventual conflito de normas legais, o princípio da prioridade absoluta sobrepõe o interesse de crianças e adolescentes em face de sua própria natureza.**¹⁵⁹ (grifo nosso)

Essa é a ideia da redação do artigo 4º do ECA¹⁶⁰, o qual repete o enunciado no dispositivo 227 da Constituição e apresenta um rol exemplificativo de obrigações, haja vista a possibilidade de se existir outra hipótese não arrolada a exigir manifestação em absoluta prioridade. Em sendo esta absoluta, não se pode deixar de acioná-la, sob o simples fundamento de não estar expressamente prevista no enumerado pelo art. 4 do ECA.

Uma das garantias insculpidas no referido dispositivo é a primazia de crianças e adolescentes receberem proteção e socorro em qualquer circunstância, haja vista o delineado na alínea “a” do parágrafo único do artigo. Havendo uma situação em que o atendimento a um adulto ou a uma criança seja objeto de escolha, a opção deverá recair sobre essa última. Ainda, de acordo com a alínea “b” do referido, na prestação de serviços públicos e de relevância pública, também assiste preferência a crianças e jovens.

Assim, em uma fila de transplante de órgão, conforme exemplifica Amin¹⁶¹, havendo uma criança e um adulto nas mesmas condições, sem que se possa precisar aquele que corre maior risco de vida, os médicos deverão atender aquela em primeiro lugar. Igualmente, quando o Poder Público tiver de decidir entre ofertar vagas em projeto de alfabetização tardia para adultos e

¹⁵⁹ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da Criança e do Adolescente*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 18.

¹⁶⁰ ECA. Art. 4. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

¹⁶¹ AMIN, Andréa Rodrigues. *Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010, p. 25.

aceleração escolar para adolescentes, deve optar por esta última, de acordo com a autora.

Insta ressaltar que, como toda norma, esta deverá ser aplicada respeitando os limites da razoabilidade. Nessa linha se insere a análise de José de Farias Tavares, quando do seu comentário ao artigo 4º do ECA. Nessa medida, ele ressalta que:

Deve-se levar em conta a relatividade do dever aqui imposto. A hierarquia dos valores sociais que a ordem jurídica tutela, em geral, não pode ser atropelada pela primazia absoluta. Tanto que, por exemplo, o ato de salvar uma vida em perigo iminente, seja de quem for, deve preferir à obrigação de atender a uma criança ou adolescente em situação de fato que não tenha essa gravidade. Como seria absurdo deixar de prestar socorro a um acidentado exangue ou a um velho acometido de mal súbito, para ocupar-se, nesse exato momento, de entreter uma criança ou mesmo levá-la a uma aula que se inicia na escola. Casos em que o desvio de conduta configuraria o crime de omissão previsto no Código Penal, art. 135, cuja responsabilidade não poderia ser por isso elidida¹⁶².

Analisando os exemplos trazidos à baila, verificamos que a aplicação do princípio da prioridade absoluta não implica o completo abandono de outras situações dignas de atenção pelo Estado e pela sociedade, principalmente quando estas forem claramente mais graves do que as enfrentadas pelas pessoas em desenvolvimento.

Desse modo, insta salientar a imperiosa observância do disposto no inciso IV, do artigo 100 do ECA¹⁶³ para a efetiva aplicação de tal princípio – no qual este também aparece expressamente, ao que não há de se olvidar o legislador, quando da colisão de direitos, da necessária ponderação destes, haja vista a inexistência de hierarquia entre princípios ou direitos fundamentais, conforme nos lembram Rossato, Leporé e Cunha, valendo-se dos ensinamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy¹⁶⁴.

¹⁶² TAVARES, José de Farias. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 16.

¹⁶³ Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

¹⁶⁴ ROSSATO, Luciano Alves; LEPORÉ, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 98.

Portanto, a intervenção estatal deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, não esquecendo o aplicador de considerar os outros interesses legítimos que envolvem o caso em apreço, a fim de conferir a devida efetividade à norma.

A jurisprudência é rica enquanto fonte elucidativa de aplicação do princípio da prioridade absoluta. A seguir, precedente do Superior Tribunal de Justiça em que o princípio em apreço é utilizado como instrumento para resolução de conflito de competência em ação de destituição do poder familiar:

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CUMULADA COM PEDIDO DE ADOÇÃO. GUARDA PROVISÓRIA DEFERIDA. DOMICÍLIO DOS ADOTANTES. ALTERAÇÃO DO DOMICÍLIO DOS GUARDIÃES. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRIORIDADE ABSOLUTA. INTERESSE DO MENOR. CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

1. Segundo a jurisprudência do STJ, a competência para dirimir as questões referentes ao menor é a do foro do domicílio de quem já exerce a guarda, na linha do que dispõe o art. 147, I, do ECA.

2. Considerada a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, sob os aspectos dados pelo art. 6º do ECA, os direitos dos menores devem sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, não havendo que se falar em prevenção.

3. Destarte, em face do princípio constitucional da prioridade absoluta dos interesses do menor, orientador dos critérios do art. 147 do ECA, necessária a declaração de competência do Juízo Pernambucano a atrair a demanda proposta perante o Juízo Paulista.

4. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara da Infância e da Juventude de Recife - PE, o suscitante.

(STJ, CC 92.473/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 27/10/2009)

Outro precedente, também do STJ, demonstra que a abrangência de aplicabilidade do princípio em tela não se restringe ao rol legislado no artigo 4º do ECA, norteador também a regulamentação de veiculação de programa audiovisual, uma vez que aquele está presente em todos os assuntos que envolvem direitos de pessoas em desenvolvimento, *in verbis*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. VEICULAÇÃO DE PROGRAMAÇÃO AUDIOVISUAL. CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA. PORTARIA-MJ 1.220/07. APLICAÇÃO INTEGRAL DURANTE O HORÁRIO DE VERÃO, MORMENTE EM ESTADOS ONDE NÃO VIGORA O REFERIDO HORÁRIO. QUESTÃO DE ORDEM: REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA SESSÃO DE JULGAMENTO.

1. Ainda que possa haver opiniões diferentes entre os seus diferentes órgãos, o Ministério Público é uma instituição única e do princípio da unidade resulta a vinculação da própria instituição pela palavra de qualquer dos seus integrantes. Mesmo nos casos em que atua como parte, o Ministério Público não se despe da sua função institucional de defensor da ordem jurídica que lhe atribui a Constituição (art. 127). O sentido do princípio da unidade institucional tem também essa dimensão: na condição de parte, o Ministério Público é mais do que custos legis, mas é também custos legis. Assim, em sessão de julgamento de ação proposta ou de recurso interposto pelo Ministério Público, a instituição se faz presente por um dos seus representantes, cuja palavra será, nesse julgamento, a palavra que vinculará a instituição como um todo.

2. A proteção das crianças e dos adolescentes foi erigida pela Constituição como valor de "absoluta prioridade" (art. 227), autorizando, inclusive, restrições quando à veiculação de programas audiovisuais por emissoras de rádio e televisão, que fica subordinada a classificação por horários e faixas etárias (artigos 21, XVI, 220 e 221).

3. Conforme estabelece o art. 76 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), cuja constitucionalidade não está em causa, "As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infante juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas". O cumprimento de tal norma, bem como da norma secundária que lhe dá concreitude (art. 19 da Portaria 1.220/07 do Ministério da Justiça), não pode deixar de ser exigido durante o período de vigência do horário de verão, especialmente nos Estados onde sequer vigora o referido horário.

4. Mandado de segurança concedido.

(STJ, MS 14.041/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/09/2009, DJe 27/10/2009) (grifo nosso)

A prioridade absoluta constitui, juntamente com a proteção integral, princípio norteador de todo o ordenamento jurídico no que compete aos direitos e interesses da criança e do adolescente. O fato de o dispositivo materializador da norma em questão somente se encontrar no art. 227 evidencia ainda mais a imprescindibilidade da sua necessária observância¹⁶⁵. Há de se ressaltar, assim, a imperiosa conjugação de esforços advindos da família, da sociedade e do Estado para a resolução dos problemas concernentes às crianças e adolescentes, haja vista serem pessoas em condição de peculiar desenvolvimento.

¹⁶⁵ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 22

2 ADOÇÃO POR PARES HOMOAFETIVOS

2.1 A FAMÍLIA EUDEMONISTA

O ser humano é, por si só, um ser sociável, sendo a família o seu primeiro agente socializador¹⁶⁶. Esta era, até meados do século XX, uma unidade de produção que tinha por objetivo a amálgama de patrimônio para ser transmitida à prole advinda daquela união, sendo incentivada a procriação para o seu crescimento, identificando-se seus membros como força de trabalho¹⁶⁷. Constituía, dessarte, uma instituição estruturada de forma hierarquizada, notadamente chefiada pelo pai e marido e que somente se perfectibilizava por meio da celebração do casamento heterossexual¹⁶⁸.

Inovações na sociedade tais como o movimento feminista e a conseqüente inserção da mulher no mercado de trabalho ocasionaram uma reavaliação do exercício da paternidade¹⁶⁹. A mulher passa a assumir o exercício de uma carreira profissional e a família, antes numerosa, agora é nuclear, ao que as motivações econômicas que sustentavam este instituto restam relegadas a segundo plano¹⁷⁰.

Assim, a família baseada essencialmente no matrimônio dá lugar a uma sociedade pluralizada, aberta e multifacetária. Na mesma medida, o caráter eminentemente patriarcal cede lugar a um novo espaço, agora democrático.

Nesse passo, a Constituição Federal de 1988, trazendo à baila o elemento fundante do Estado Democrático de Direito, qual seja, o princípio maior da dignidade da pessoa humana, optou expressamente pela pessoa, concatenando todos os institutos à realização de sua personalidade¹⁷¹. Ocorreu, assim, a despatrimonialização e a conseqüente personalização dos

¹⁶⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. "Da Adoção". In: *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2004, p. 151.

¹⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 63

¹⁶⁸ LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. "Evolução do Conceito de Família". In: *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 1. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2011, p. 268.

¹⁶⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. In: *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 1. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2011, p. 193.

¹⁷⁰ Idem, *Ibidem*.

¹⁷¹ DIAS. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 63

institutos jurídicos, de modo a posicionar a pessoa humana no núcleo protetor do direito¹⁷².

Sob tal conformação, houve a ampliação do conceito de família, sendo aceitos e protegidos outros arranjos familiares e não mais apenas e tão somente aquele advindo do casamento. O artigo 226, parágrafos 3º e 4º¹⁷³, também admitiu como entidade familiar a união estável e a comunidade monoparental.

Nessa linha e partindo para uma análise hermenêutica mais avançada e que privilegia o respeito à Constituição, tem-se que as formações familiares explicitadas na Carta Magna não encerram um rol taxativo. Isso porque o atual texto constitucional suprimiu a cláusula de exclusão outrora existente, haja vista o *caput* do seu artigo 226 tratar genericamente do conceito de família, não fazendo qualquer alusão a determinado tipo desta¹⁷⁴.

Indo além, Paulo Lôbo ressalta que:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade¹⁷⁵. (grifo nosso)

Podemos afirmar, assim, que outros arranjos de convivência de pessoas que não somente aquele oriundo do sagrado casamento foram trazidos pela Carta Magna à seara constitucional¹⁷⁶. A mais, o afeto restou erigido ao patamar de um princípio constitucional implícito, haja vista terem sido reconhecidas e albergadas relações afetivas distintas do casamento¹⁷⁷.

¹⁷² DIAS. *Manual de direito das famílias*. 2010, p. 63

¹⁷³ CF. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

¹⁷⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em 28.09.2011.

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. "Evolução do Conceito de Família". In: *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 1. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2011, p. 268.

¹⁷⁷ LOUZADA. "Evolução do Conceito de Família". In: *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 1. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2011, p. 268.

Nessa linha de compreensão, Gustavo Tepedino¹⁷⁸ ensina que a Constituição Federal dá sinais da consagração de um novo sistema valorativo, uma vez que rompe com o conceito de família decorrente exclusivamente do casamento e passa a considerar outros arranjos como entidades familiares, tais como a união estável e a entidade monoparental, sendo todos igualmente titulares de proteção estatal. Isso se deu, segundo ele, em virtude da alteração do objeto da tutela jurídica no âmbito do direito de família; anteriormente, a família de outrora se revelava como uma instituição essencial, sendo o casamento um bem em si mesmo; atualmente, ao revés, a funcionalização da família serve como instrumento de tutela da dignidade humana, uma vez que atua com o escopo de desenvolver a personalidade de seus membros.

De acordo com Maria Berenice Dias¹⁷⁹, o atual elemento identificador da família não é o casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de cunho sexual. O fator que a distingue de outras formas de convivência e que possibilita que seja albergada pelo manto da juridicidade é a existência de um vínculo afetivo que une as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos em comum. A atual conformação da família, para a doutrinadora, não guarda relação com os antigos princípios decorrentes de tal relação, qual seja, casamento, sexo e procriação. Tanto é verdade que relações extrapatrimoniais e uniões homoafetivas também são reconhecidas como entidades familiares.

Assim, resta evidente que o antigo modelo patriarcal que via na família um agrupamento essencialmente econômico, político, religioso e procriacional não mais encontrou guarida no ordenamento jurídico quando do advento da Constituição de 1988. O arranjo familiar, conforme refere Rodrigo da Cunha Pereira¹⁸⁰, deixou de ter como importância primeira a instituição como um todo, passando a privilegiar a tutela de realização de cada um dos seus indivíduos em detrimento da própria instituição familiar¹⁸¹, haja vista a preocupação de efetivação do princípio da dignidade humana como centro da ordem jurídica.

¹⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. Disponível em www.buscalegis.cj.ufsc.br Acesso em 28/09/2011, p. 1

¹⁷⁹ DIAS. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 42

¹⁸⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. "Princípio da Afetividade". In: *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 1. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2011, p. 195.

¹⁸¹ CF. Art. 226. § 8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Maria Berenice¹⁸² vai além na questão e explicita que é no âmbito das relações afetivas que a personalidade da pessoa é estruturada, uma vez que é o envolvimento baseado no afeto que garante um espaço de individualidade e assegura o mínimo indispensável de privacidade ao desenvolvimento pleno da pessoa. Destaca a doutrinadora, ainda, que a afetividade permeia os vínculos interpessoais, e não o elemento volitivo, sendo que aquela “organiza e orienta o seu desenvolvimento”.

Rodrigo da Cunha Pereira¹⁸³, a seu turno, ressalva que não é qualquer sentimento afetivo apto a fundar e justificar a formação de um arranjo familiar, mas sim um afeto especial. Explicitou a aludida afeição considerando as palavras de Sérgio Resende de Barros, uma vez que, de acordo com este, tal sentimento é, assim, aquele que envolve e interliga as pessoas, não importando a distância física e temporal entre elas, por uma espécie de “solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam”.

O afeto figura, desse modo, como o elemento inerente e indispensável a qualquer tipo de entidade familiar. Todavia, não só a existência da relação afetiva caracteriza uma família, haja vista as ligações de amizade. Para tanto, faz-se necessário, conforme alude Paulo Lôbo¹⁸⁴, a ocorrência conjunta da ostensibilidade e da estabilidade. De acordo com o renomado doutrinador, a afetividade se apresenta como fundamento e finalidade da família, com desconsideração do “móvel econômico”; a estabilidade pressupõe comunhão de vida, excluindo, simultaneamente, relacionamentos casuais, despidos de compromisso; já a ostensibilidade implica uma unidade familiar reconhecida publicamente como tal pela sociedade.

Portanto, não há mais falar em família sem o condão afetivo que necessariamente deve sustentá-la, não se olvidando das relações de solidariedade e cooperação, agora a ela inerentes. A valorização de sentimentos entre seus membros trouxe à baila a concepção eudemonista de

¹⁸² DIAS. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 54

¹⁸³ PEREIRA. Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. *In: Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 1. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2011, p. 193-194.

¹⁸⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br> Acesso em 28.09.2011.

família, a qual sucumbiu com a ideia da entidade patriarcal caracterizada por ser uma unidade de produção. José Bernardo Ramos Boeira vai além na questão e analisa a passagem da denominada “família-instituição” para a “família instrumento” nos seguintes termos:

É de se reconhecer pelo Texto Constitucional que a “família-instituição”, tutelada em si mesma, foi substituída pela “família-instrumento”, voltada para o desenvolvimento da personalidade de seus membros. Tem-se uma família funcionalizada à formação e desenvolvimento da personalidade de seus integrantes; nuclear, democrática, protegida na medida em que cumpra o seu papel educacional, e na *qual o vínculo biológico e a unicidade são aspectos secundários*.¹⁸⁵ (grifo do autor)

A família, como referido, deixa de ter importância como instituição. É para o indivíduo e para a busca da sua felicidade, assim, que se voltam às atenções. Como já exposto, não há falar em existência da entidade familiar sem a intrínseca busca de realização de cada um dos seus membros, devendo aquela ser tutelada como tal, conforme disciplina o artigo 226, § 8º, da CF¹⁸⁶.

Resta claro, assim, que a hermenêutica do texto constitucional aflorou a concepção de uma nova família dentro do sistema jurídico brasileiro, denominada *eudemonista*¹⁸⁷, constituída com base no afeto – e não na vontade –, na busca da felicidade de cada um dos seus indivíduos¹⁸⁸. A família atual, portanto, conforme leciona Maria Berenice Dias, identifica-se pela comunhão de vida, de afeto, de liberdade, de solidariedade¹⁸⁹.

Não podemos nos olvidar, nesse passo, de que a elevação da afetividade como elemento nuclear da união familiar proporcionou uma “repersonalização” de tais relações. Estamos cientes também que tal evolução, contudo, de modo algum se caracteriza como um retorno ao vago humanismo

¹⁸⁵ BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 23.

¹⁸⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

¹⁸⁷ Por preciosismo, indicamos que Aurélio Buarque de Holanda Ferreira define “eudemonismo” como sendo a “doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, *i.e.*, que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade”. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4 ed. Curitiba: Positivo, 2009, p.845)

¹⁸⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. *In: Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 1. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2011, p. 195.

¹⁸⁹ DIAS. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 55.

da fase liberal, ao individualismo concernente a esta. Mas representa, sim, de acordo com Paulo Lôbo, “a afirmação da finalidade mais relevante da família: a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar; no humanismo que só se constrói na solidariedade com o outro”¹⁹⁰.

Recentemente, a aplicabilidade dessa nova concepção de família pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132¹⁹¹ conferiu às uniões homoafetivas a característica de entidade familiar. Nesse passo, em restando demonstrados os requisitos de afetividade, ostensibilidade e estabilidade, há de ser reconhecido o status jurídico de união estável às relações entre pessoas do mesmo sexo.

O afeto e o princípio da afetividade - visto por Paulo Lôbo como aquele que “fundamenta (*sic*) direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”¹⁹² – ocasionaram, assim, a legitimação de todas as formas de família¹⁹³.

2.2 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Tendo em vista que a noção de afeto confere razão à constituição, desenvolvimento e sobrevivência do já referido moderno modelo de família, necessário se faz, diante desse cenário que se descortina, atentarmos para os novos critérios de estabelecimento do vínculo de filiação, mormente a filiação socioafetiva.

Maria Berenice Dias¹⁹⁴ leciona que “quando as pessoas desfrutam de situação jurídica que não corresponde à verdade, detêm o que se chama de

¹⁹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações familiares. Disponível em www.marcosehrhardt.adv.br Acesso em 02.10.2011.

¹⁹¹ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>

¹⁹² LÔBO, Paulo Luiz Neto. A nova princiologia do direito de família e suas repercussões. Disponível em www.marcosehrhardt.adv.br Acesso em 10.10.2011.

¹⁹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. *In: Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 1. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2011, p.. 196.

¹⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 362-363.

posse de estado de filho”. De acordo com a doutrinadora, tratando-se de vínculo de filiação, quem assim se considera usufrui do estado de filho. A noção de posse desse estado, segundo ela, estabelece-se num ato de vontade e se sedimenta no terreno da afetividade. A base da filiação socioafetiva, qual seja, a “crença da condição de filho fundada em laços de afeto”, é o reconhecimento da aludida posse.

A posse de estado de filho confere, de acordo com Paulo Lôbo¹⁹⁵, efeitos de verossimilhança à aparência, uma vez que revela a paternidade socioafetiva. Tal paternidade decorre da existência de elementos advindos de uma convivência afetiva.

José Bernardo dos Santos Boeira demonstra de forma clara como a influência do instituto da posse de estado de filho conferiu novas cores à paternidade:

A paternidade passou a ser vista como uma relação psicoafetiva, existente na convivência duradoura e presente no ambiente social, capaz de assegurar ao filho não só um nome de família, mas sobretudo afeto, amor, dedicação e abrigo assistencial reveladores de uma convivência paterno-filial, que, **por si só, é capaz de justificar e identificar a verdadeira paternidade**. Na verdade, é preciso que se diga que a paternidade socioafetiva é única garantidora da estabilidade social, pois um filho reconhecido como tal, no relacionamento diário e afetivo, certamente formará uma base emocional capaz de lhe assegurar um pleno e diferenciado desenvolvimento enquanto ser humano.¹⁹⁶ (grifo nosso)

No período anterior à promulgação de 1988, quando vigente o Código Civil de 1916, o critério que norteava a fixação da paternidade era a aplicação da presunção *pater is est*, uma vez que somente a família constituída pelos laços do matrimônio era considerada como instituição jurídica. Tal presunção pressupunha que a maternidade era sempre certa e o marido da mãe era, normalmente, o pai dos filhos que nascessem da coabitação deles¹⁹⁷. Esta se

¹⁹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. “Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma Distinção Necessária”. In: *Leituras Complementares de Direito Civil – Direito das Famílias*. 1. ed. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 56.

¹⁹⁶ BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 53-54

¹⁹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br> Acesso em 15/09/2011

mostrava sólida até mesmo diante de fatos como o adultério configurado ou a confissão da mulher, a teor do artigo 1.600 do CC/16¹⁹⁸.

No entanto, com o advento da Carta Magna de 1988, conferiu-se maior atenção à verdade biológica, amparada pela evolução dos métodos de comprovação da paternidade genética, em detrimento da aludida verdade jurídica. A proibição constitucional de serem utilizadas designações discriminatórias relativas à filiação – art. 227, § 6º, da CF – consagrou o princípio da mais completa paridade entre filhos. Em consonância com tal panorama jurídico, restou legislado o Código Civil de 2002, que ratificou o preceito da igualdade entre descendentes já no art. 1.596¹⁹⁹, determinando a igualdade entre filhos de qualquer natureza, ao que superou o paradigma discriminatório da legitimidade, fundado na consangüinidade e no casamento²⁰⁰.

Paulo Lôbo assevera que o dispositivo da atual codificação faz emergir o princípio da afetividade, tendo este notável importância para a constituição dos laços familiares, mormente os de filiação. Dessa forma, analisa o autor:

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação, entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade. Encontra-se na Constituição Federal brasileira três fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do Século XX:

- a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º)
- b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º).²⁰¹

¹⁹⁸ CC/16. Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal de paternidade.

¹⁹⁹ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

²⁰⁰ LÔBO. “Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma Distinção Necessária”. In: *Leituras Complementares de Direito Civil – Direito das Famílias*. 1. ed. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 60

²⁰¹ LÔBO. Princípio jurídico da afetividade na filiação. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br>
Acesso em 15/09/2011

Tendo em vista que o afeto constitui elemento consagrador da igualdade entre filhos, o reconhecimento do seu vínculo, de acordo com a maioria da doutrina, caracteriza o vínculo filial. Robora a adoção de tal visão a exposição de Flávio Tartuce sobre o tema, o qual, valendo-se dos ensinamentos de João Baptista Villela, refere que “o vínculo jurídico que une pais e filhos é, principalmente, um vínculo afetivo e social, mais do que um vínculo biológico”²⁰².

A parentalidade socioafetiva se revela, como já destacamos, pela posse de estado de filho. Esta é, de acordo com Maria Berenice Dias, “a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação socioafetiva”²⁰³. Cumpre destacar, todavia, que o nosso ordenamento jurídico não contempla, expressamente, a noção de posse de estado. Apesar disso, entende a doutrinadora que o artigo 1.593 do CC/02²⁰⁴, ao consagrar a filiação por meio da modalidade de parentesco civil de “outra origem”, conferiu cores de socioafetividade à relação²⁰⁵.

Nesse passo, Belmiro Welter²⁰⁶ vai além e desenvolve que os verdadeiros pais são aqueles que amam e dedicam sua vida a uma criança ou adolescente, que recebe um porto seguro lastreado em atenção, conforto, afeto, cujo vínculo nem a lei nem o sangue conseguem atingir. No fundamento do estado de filho afetivo, de acordo com o autor, encontramos a paternidade na sua forma mais pura, aquela que se sustenta na dedicação e, sobretudo, e no amor incondicional.

O parentesco decorrente da filiação socioafetiva produz todos os efeitos pessoais e patrimoniais que lhe são inerentes. Não podia ser diferente. Tendo em vista a necessidade de observância do melhor interesse da criança concatenado ao princípio da igualdade entre filhos, além da sua proteção

²⁰² TARTUCE, Flávio. “As verdades parentais e a ação vindicatória de filho”. In: *Leituras Complementares de Direito Civil – Direito das Famílias*. 1. ed. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 99.

²⁰³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 363.

²⁰⁴ CC/02. Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

²⁰⁵ DIAS. op. cit, loc, cit.

²⁰⁶ WELTER. Belmiro Pedro. “Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial”. In: *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 67.

integral, uma relação familiar em que nela se construa laços indissolúveis de amor e afeto, mesmo que despida do fator biológico, merece ser tutelada.

Tal desenvolver vai ao encontro do posicionamento adotado pela jurisprudência. A título elucidativo, transcrevemos pertinente trecho de decisão do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

O descompasso do registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsidera o aspecto genético, somente pode ser vindicado por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída e os efeitos daí decorrentes apenas podem se operar contra aquele que realizou **o ato de reconhecimento familiar, sondando-se, sobretudo, em sua plenitude, a manifestação volitiva, a fim de aferir a existência de vínculo socioafetivo de filiação**. Nessa hipótese, descabe imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança, sobre quem jamais poderá recair prejuízo derivado de ato praticado por pessoa que lhe ofereceu a segurança de ser identificada como filha.

[...]

Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação.

[...]

Dessa forma, tendo em mente as vicissitudes e elementos fáticos constantes do processo, na peculiar versão conferida pelo TJ/SP, em que se identificou a configuração de verdadeira “adoção à brasileira”, a caracterizar vínculo de filiação construído por meio da convivência e do afeto, acompanhado por tratamento materno-filial, deve ser assegurada judicialmente a perenidade da relação vivida entre mãe e filha. **Configurados os elementos componentes do suporte fático da filiação socioafetiva, não se pode questionar sob o argumento da diversidade de origem genética o ato de registro de nascimento da outrora menor estribado na afetividade, tudo com base na doutrina de proteção integral à criança**.

[...]

(STJ, REsp 1000356/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 07/06/2010) (grifos nossos)

Assim, em qualquer situação deve-se investigar quem exerce a condição de pai e quem o filho considera como tal. Para tanto, verifica-se aquele que, além de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar, mantém com a criança uma relação duradoura, afetiva e íntima. O verdadeiro pai é muito mais do que alguém que simplesmente despense carga genética. É, antes, quem se comporta e se mostra como tal perante os filhos e a sociedade. A família é, agora, uma entidade plural, em que desponta a verdade sociológica.

Certo é também que a adoção, como amplamente demonstrado neste trabalho, é a maior manifestação da construção do vínculo de filiação lastreado na mais pura vontade de amar e ser amado. A sedimentação de tal vínculo pressupõe amparo recíproco, afeto, respeito, amor, enfim, valores que tem como norte, além de outros, a solidariedade²⁰⁷ – prevista como princípio basilar do Direito de Família.

Por fim, o preceito da solidariedade familiar, - que tem origem nos vínculos afetivos e pressupõe fraternidade e reciprocidade -, aliado à dignidade da pessoa humana, se coaduna com a adoção por pares homoafetivos que será vista logo adiante. Por ora, frisamos que, na feliz expressão de Maria Berenice Dias²⁰⁸: “amor não tem sexo”. De acordo com a doutrinadora, o amor resta interligado ao sonho de felicidade de todos, mas uma parcela desta somente se realiza no outro. A expectativa de filhos se mostra, assim, como um direito da personalidade, sendo a maternidade e a paternidade decorrentes de um desejo individual do ideário humano²⁰⁹, ao que notamos a dimensão da sua importância.

3.3 ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR PARES HOMOAFETIVOS

A questão da adoção por parceiros do mesmo sexo, conforme já pincelado no presente trabalho, é, de acordo com Maria Berenice Dias, a mais tormentosa e a que mais tem dividido opiniões, “mesmo entre os que vêem as relações homossexuais como uma expressão de afetividade”²¹⁰.

Fato é, também, que os envolvimento interpessoais sempre foram predominantemente marcados pelo carimbo da heterossexualidade, como se percebe do já mencionado evoluir histórico das entidades familiares. Assim, a

²⁰⁷ TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. Disponível em www.flaviotartuce.adv.br Acesso em 12/10/2011

²⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. Amor não tem sexo. Disponível em www.mariaberenice.com.br Acesso em 12/09/2011.

²⁰⁹ DIAS. *União homossexual, o preconceito e a justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107

noção de casamento heterossexual assinalado pela necessária presença das figuras materna e paterna ainda lastreia o pensar da sociedade, ao que é enorme a resistência contra a adoção por pares – frisa-se – homoafetivos. No que concerne ao deferimento da medida à indivíduo homossexual, esta não comporta maiores discussões, uma vez que crescente é o número de gays e lésbicas que se candidatam individualmente à adoção. Isso porque a lei não faz qualquer menção quanto à opção sexual do adotante – art. 42 do ECA. Não podia ser diferente, haja vista impeditivo constitucional expresso quanto à discriminação por orientação sexual, a teor do artigo 5º, inciso IV, da CF (rodapé).

Todavia, é no campo da adoção por casal homoafetivo que as opiniões se dividem. Não raro, muitas vezes se levantam junto à sociedade, à mídia em geral, e, até mesmo, entre especialistas, sustentando a impossibilidade daquela. Discorreremos, assim, em um primeiro momento, acerca dos aspectos psicológicos que norteiam o problema. Senão vejamos.

3.3.1 A consideração dos aspectos psicológicos

Cumprе salientar que trataremos, aqui, acerca dos principais argumentos contrários à adoção por par homoafetivo, uma vez que tal análise – pensamos - supre o objetivo do trabalho no ponto, muito embora não esgote a matéria. Dessarte, a uma, alega-se que a falta de referências comportamentais de ambos os sexos possa acarretar traumas psicológicos e dificuldades na identificação sexual do adotado. Além disso, a duas, aduz-se que a orientação sexual dos pais possa influenciar na dos filhos. Por fim, suscita-se que a criança adotada por tais famílias possa sofrer discriminação por parte de colegas de escola e vizinhos, o que poderia lhe ocasionar conflitos de inserção social, além de transtornos psicológicos.

Quanto à ausência de referenciais comportamentais, Maria Berenice Dias²¹¹ noticia que a prole advinda de famílias não convencionais, dentre elas

²¹¹ DIAS, Maria Berenice. *União homossexual, o preconceito e a justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 113.

as que envolvem crianças criadas por mães lésbicas ou pais *gays*, é objeto de estudos desde meados de 1970 na Califórnia. De acordo com a doutrinadora, os cientistas concluíram que:

Nada há de incomum quanto ao desenvolvimento do papel sexual dessas crianças. As meninas são tão femininas quanto as outras, e os meninos tão masculinos quanto os demais. Também não foi detectada qualquer tendência importante no sentido de que filhos de pais homossexuais venham a se tornar homossexuais.

Nesse caminhar e mais contemporaneamente, conforme notícia o psicanalista Contardo Calligaris²¹², um estudo datado de 2007 oriundo das três principais associações dos profissionais da saúde mental, quais sejam, psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais - dos Estados Unidos afirma que “*gays* e lésbicas formam relações estáveis e com compromisso recíproco, que são essencialmente equivalentes a relações heterossexuais”. Além disso, de acordo com Contardo, refere a pesquisa que “não existe base científica para concluir que pais homossexuais sejam, em qualquer medida, menos preparados ou capazes do que pais heterossexuais ou que as crianças de pais homossexuais sejam, em qualquer medida, menos psicologicamente saudáveis ou menos bem adaptadas”.

Com relação à influência da orientação sexual do adotante na definição da identidade da criança, pontua Roger Rios²¹³: diversos estudos comprovam que filhos de pais homossexuais não têm probabilidade maior de se tornarem homossexuais do que filhos de pais de orientação heterossexual. De fato, não são necessárias maiores digressões para perceber a fragilidade do argumento em tela. Se assim fosse, pais heterossexuais não gerariam filhos homoafetivos, o que sabemos não ser verossímil.

Como se não bastasse, a aludida premissa é totalmente segregacionista e discriminatória, uma vez que, ao pressupor correta tal relação de causalidade, a adoção por homossexuais deveria ser indeferida pura e simplesmente pelo caráter “pernicioso e maléfico” da orientação sexual dos

²¹²CALLIGARIS, CONTARDO. A adoção por casais homossexuais. Disponível em www.direitohomoafetivo.com.br Acesso em 02/09/2011

²¹³RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 141

requerentes, conforme acentua Rios²¹⁴. Ora, não nos olvidemos que há muito já resta superada a tese da homossexualidade como patologia, ao que não há falar na sustentação de uma regra geral impeditiva da adoção fundada exclusivamente em tal orientação, mesmo porque isso claramente feriria o já citado princípio constitucional da proibição por orientação sexual.

A alegada dificuldade de inserção do adotante em apreço no meio social é o argumento que baliza a justificativa do Projeto de Lei nº 7.018/2010²¹⁵ - o qual visa a inserção, no texto legal do ECA, da vedação expressa da possibilidade de adoção por casal homoafetivo, de iniciativa do Deputado Federal Zequinha Camargo PSC/PA. Pois bem, se considerarmos tal premissa como verdadeira, não deveríamos também impedir, por exemplo, negros e pobres de adotar? O raciocínio em apreço, em tempos de outrora, já justificou ideias desse tipo. Sob o mesmo fundamento, conforme nos lembra Rios²¹⁶, impediu-se o “casamento entre pessoas de raças diferentes, para justificar segregação em escolas de brancos e de negros, para impedir a criação e adoção de crianças de raça, cor ou etnia diversa as dos adotantes”

Por fim e com propriedade, Maria Berenice Dias²¹⁷, tendo em vista a conclusão do estudo por ela referido, qual seja, de que “a criação em lares formados por lésbicas não leva, por si só, a um desenvolvimento psicossocial atípico ou constitui um fator de risco psiquiátrico”, arremata a questão. Assim,

“Nada justifica a visão estereotipada de que o menor que vive em um lar homossexual será socialmente estigmatizado ou terá prejudicado o seu desenvolvimento. Muito menos é permitido concluir que a falta de modelo heterossexual acarretará perda de referenciais a tornar confusa a identidade de gênero. O aspecto principal é a habilidade dos pais em propiciar para a criança um ambiente carinhoso, educativo e estável.”

Superada tal análise, passaremos a discorrer acerca dos aspectos legais e jurisprudenciais que envolvem o tema.

²¹⁴ RIOS. *A homossexualidade no Direito*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 141

²¹⁵ www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=470695&ord=1

²¹⁶ RIOS, op. cit, p. 143.

²¹⁷ DIAS, *União homossexual, o preconceito e a justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.114

3.3.2 Aspectos legais da questão

Muito embora ainda não haja regramento legal dispondo expressamente sobre a possibilidade de adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo, a grande maioria da doutrina entende que tal omissão não pode constituir empecilho à garantia de adoção por casal homoafetivo. Senão vejamos:

O conceito aberto de família insculpido no artigo 28 do ECA²¹⁸ abre espaço a que duas pessoas adotem, independentemente da identidade sexual, conforme lembra Maria Berenice Dias²¹⁹. Como se não bastasse, o artigo 42, § 2º do ECA, pressupõe como requisito necessário à adoção conjunta sejam os adotantes casados civilmente ou protagonistas de união estável. A comprovação da estabilidade da família deve estar presente nos dois casos, de forma a garantir a proteção integral do adotando, uma vez que a adoção deve apresentar reais vantagens ao adotando (art. 43 do ECA²²⁰).

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132²²¹, reconheceu como entidade familiar e conferiu o caráter jurídico de união estável às relações homoafetivas que preenchessem os requisitos de afetividade, ostensibilidade e estabilidade. Seguindo essa linha de reconhecimento de direitos homoafetivos, em 25 de outubro deste ano, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378/RS²²², por maioria de votos, reconheceu a possibilidade de habilitação para o casamento diretamente no Cartório de Registro Civil, sem necessidade de requerimento na esfera judiciária da conversão da união estável homoafetiva em casamento.

²¹⁸ ECA. Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

²¹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 48

²²⁰ ECA. Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

²²¹ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>

²²² Referimos, aqui, que o acórdão referente a tal julgado não restou disponibilizado no endereço eletrônico da Egrégia Corte até a presente data, qual seja, 27/11/2011. Como forma de suprir tal carência, fazemos alusão ao seguinte link: www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp_arquivo=2249, o qual contém o relatório e o voto do Ministro Luis Felipe Salomão, relator do caso em apreço.

A partir de então, conferiu-se todos os direitos e deveres que emanam da união estável entre homem e mulher, consagrada no art. 226, § 3º da Constituição Brasileira e no art. 1.723 do Código Civil²²³. Assim, tendo em linha de conta a já referida redação do artigo 42, § 2º do ECA e seu requisito para adoção conjunta, no momento em que se equiparou a união homoafetiva à união estável para todos os seus efeitos, não há mais falar em impedimento legal o seu deferimento.

Com o objetivo de consolidar legalmente tal conquista, destacamos que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2.153/2011²²⁴, o qual altera o aludido dispositivo do ECA a fim de expressamente permitir a adoção por casais homoafetivos. A proposição se deu em 29/08/2011 e é de nobre iniciativa da Deputada Federal Janete Rocha Pietá PT/SP.

Indo além, insta salientar que a questão da adoção sempre deve ser vista sobre o prisma da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança. Nesse passo, no que concerne à aplicação do aludido princípio constitucional, não podemos nos olvidar da nossa realidade social, com um enorme contingente de crianças e adolescentes abandonados ou em situação de risco, quando deveriam desfrutar de uma vida lastreada de afeto e atenção. Não há dúvidas também que o instituto em tela constitui uma maneira legítima de assegurar o superior interesse da criança.

Ademais, como já vimos, homossexualidade não é doença, bem como a orientação sexual dos pais não influencia na sua capacidade de conferir afeto e amor a uma criança. Inegável também é o fato de que um casal homoafetivo não tem capacidade natural de gerar prole. Por outro lado, tal aspiração é um desejo natural ao ser humano, sendo este um dos seus direitos de personalidade. Insta observar também, que a orientação sexual do indivíduo para o mesmo sexo que o seu não tem o condão de lhe retirar tal direito, isso feriria frontalmente o princípio constitucional da proibição por discriminação sexual.

Como se não bastasse, já restou analisado neste trabalho: é o vínculo afetivo constituído entre adotante e adotando que deve nortear todo o

²²³ CHAVES, Marianna. *Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF*. Disponível em www.ibdfam.org.br Acesso em 21/07/2011.

²²⁴ www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517660

juízo do processo de adoção. Vários estudos demonstram que os homossexuais são tão capazes da paternidade e da maternidade como qualquer outro. Todavia ainda há forte resistência em nossa sociedade quanto ao deferimento da adoção por pares homoafetivos. Os argumentos – já analisados – que gravitam em torno da suposição de que a criança não terá um sadio desenvolvimento em lares homossexuais se fundam única e exclusivamente no preconceito. Maria Berenice Dias, com propriedade, analisa a questão da resistência em conceder a adoção ao casal que mantém união homoafetiva:

[...] o motivo é um só: o **preconceito**. É enorme a dificuldade em aceitar os pares do mesmo sexo como família. Há a crença de que se trata de relacionamento isento de perfil de retidão e moralidade. Isso tem o nome de **discriminação**.

[...]

Na esfera dos avanços jurídico-científicos em torno da homossexualidade e das uniões homoafetivas, não perceber a viabilidade de ser deferido pedido de adoção de um menor a dois conviventes do mesmo sexo demonstra preconceito, ou no mínimo, falta de informações adequadas sobre o atual estágio do conhecimento. [...] Negar a possibilidade do reconhecimento da filiação, quando os pais são do mesmo sexo, é uma forma cruel de discriminar e punir. Há uma legião de filhos esperando alguém para chamar de mãe ou pai. Se forem dois pais, ou duas mães, não importa, mais amor irão receber.²²⁵ (grifos da autora)

A nova concepção de família é plural, as relações se fundam no afeto, sendo o objetivo da união familiar a felicidade dos indivíduos que comungam do mesmo lar. O modelo único de filiação também já resta afastado pelo mundo dos fatos, uma vez que a filiação socioafetiva, ao consagrar a posse de estado de filho fundada exclusivamente no afeto, não descarta a ideia de um dos pares do casal homoafetivos criar como seu criança advinda, por exemplo, de outro relacionamento do seu companheiro. Além disso, o atual estágio da medicina possibilita aos homossexuais a geração de filhos em laboratório. Sobre a reprodução assistida, Ana Carla Harmatiuk Matos²²⁶, lembra que :

No caso de homossexualidade de mulheres, uma pode ser doadora do material genético feminino, unindo com material genético masculino de doador, e a outra pode parceira vir a desenvolver a

²²⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 488

²²⁶ MATOS, Ana Clara Harmatiuk. “Aspectos jurídicos da homoparentalidade”. In: *Família e Responsabilidade, teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister, 2010, p. 43.

gestação; ou mesmo uma única parceira solteira pode utilizar-se do método para ser mãe.

[...]

Nas parcerias homossexuais, vislumbra-se, por hipótese, a possibilidade de ambos doarem material genético para a procriação e elegerem uma mulher para gestação, não se revelando qual dos homens efetivamente fecundou o material genético feminino de banco de doação. Da mesma forma, um único homossexual homem pode, mediante gestação por outrem, realizar seu projeto parental.

Por conseguinte, sujeitos com sexualidade exclusivamente voltada para sua orientação homossexual podem, do ponto de vista técnico-científico, tornar-se pais ou mães biológicos, segundo o estágio de desenvolvimento contemporâneo da reprodução assistida.

Nesse norte, a jurista complementa que o fato de o meio jurídico não tutelar o vínculo com filhos das uniões homoafetivas de forma igualitária àqueles provenientes de relações heterossexuais não é fator determinante para impedir que as realidades existam. Mais uma vez, segundo ela, o direito passa a enfrentar uma realidade que um conjunto de pessoas vivenciam, tal como ocorreu com os chamados concubinos, desquitados e filhos ilegítimos, que sofreram discriminações por se encontrarem à margem do considerado universo jurídico.

Acompanhando tal evoluir da sociedade, decisões jurisprudenciais, mesmo antes do supracitado julgado proferido pelo STF, reconheciam reconhecendo ao par homoafetivo o direito à prole, mediante adoção. Nesse passo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul se mostrou pioneiro no reconhecimento de direitos ao casal homoafetivo, dentre eles o da filiação, sendo tal decisão confirmada no Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial nº 889.852/52. Pelo brilhantismo dos julgados e pela importância para o tema, transcrevemos a ementa proferida pelo Tribunal *ad quem*, bem como a de confirmação, em sede de recurso especial:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora de proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura

de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME [TJRS, AC nº 70012801592, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julg. em 05/04/2006] (grifo nosso)

EMENTA: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.1º12.01043ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.3. **O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".1º12.01043ECA4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.6. **Os diversos e respeitados estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores".7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral.8. **É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores -sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.10. O Judiciário******

não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.¹¹ Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.¹² **Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizam-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.**¹³ A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.¹⁴ Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.^{43ECA}¹⁵. Recurso especial improvido. (889852 RS 2006/0209137-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/04/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/08/2010)

Quando ao registro de nascimento das crianças, o juízo de primeiro grau determinou, e o Tribunal confirmou, que a certidão fosse lavrada com a omissão dos termos “pai”, “mãe”, “paterno” e “materno”. Sob tal forma de inserção registral, assim se manifestou Bordallo²²⁷:

Entendemos que esta é a forma correta que as certidões de nascimento devem ter com a permissão da adoção por duas pessoas do mesmo sexo. [...] Para que a verdadeira igualdade entre todos os filhos e todas as famílias possa existir, é imprescindível que **todas** as certidões de nascimento sejam lavradas da mesma forma. Caso apenas as certidões de nascimento dos filhos de pais do mesmo sexo sejam lavradas sem a indicação d alinha de parentesco, estará havendo uma discriminação para com estar, o que é inaceitável.

Por fim e como bem pontuou a elucidativa decisão ora trazido à baila, são os direitos da criança e do adolescente que devem ser priorizados no julgamento de um pedido de adoção. Em estando preservados e garantidos

²²⁷ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Adoção. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 221.

esses direitos, mormente o da proteção integral e o da prioridade absoluta, a maior parte da doutrina entende que não há falar em impossibilidade de adoção por casal homoafetivo.

A mais moderna corrente do direito de família vê no afeto o elemento que conjuga e dá abrigo às relações de família. O ato de ser pai ou mãe não se relaciona com a orientação sexual destes, mas sim com o mais puro desejo de conferir doação, cuidado, afeto, carinho, enfim, amor a uma criança ou adolescente. Rios²²⁸ lembra que privar os homossexuais de tal oportunidade pelo só fato de apresentarem orientação sexual diversa da maioria não é o melhor caminho a se trilhar, uma vez que fere o princípio da igualdade insculpido na constituição o qual proíbe tal discriminação.

²²⁸ RIOS, *A homossexualidade no Direito*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.143.

CONCLUSÕES

O presente trabalho buscou, em seu desenvolvimento, refletir acerca da adoção por pares homoafetivos levando em consideração a evolução da sociedade e do direito. Esta modalidade de adoção, muito embora presente no mundo dos fatos, provoca divergências doutrinárias e jurisprudenciais, além de ser objeto de forte polêmica no âmbito social.

As principais críticas a ela dizem respeito à possibilidade de, a uma, o filho de homossexuais desenvolver a homossexualidade e; a duas, de o adotando desenvolver distúrbios psicossociais, nesse sentido, sugere-se que ele pode ser discriminado no meio social em que irá viver justamente por ter dois pais ou duas mães.

Entretanto, respeitadas estudos há muito apontam que não há qualquer prejuízo na adoção por casal que vive em união homoafetiva, importando muito mais a qualidade do vínculo afetivo que permeia tais relações. Ademais, em sendo o objetivo final da adoção a colocação do adotando em uma família substituta (idônea) que lhe confira amor, afeto, carinho, dedicação, o que importa é a construção do vínculo afetivo entre adotante e adotado, não sendo óbice a pura e simples orientação sexual daquele, a menos que comprovadamente gere prejuízos à criança ou adolescente.

Não podemos olvidar que notória também é a possibilidade de que indivíduos homoafetivos levem a efeito o seu desejo de serem pais ou mães por meio da evolução da medicina. Nesse contexto, a opção do casal pela adoção, considerando o enorme número de crianças abrigadas no Brasil, demonstra, mais do que nunca, uma responsabilidade social deste, uma vez que tal instituto é o mais belo exemplo do ato de conferir a posse de estado de filho a uma criança ou adolescente tão carente de afeto e amor.

Ademais, a valorização da dignidade da pessoa humana como elemento fundamental do estado democrático de direito não pode aprovar qualquer discriminação fundada em características individuais. Qualquer discriminação contra a liberdade sexual do indivíduo deve, assim, ser repelida.

Conforme explicitado ao longo do trabalho, o maior impeditivo que se apresenta para a legislação da possibilidade de adoção por pares homoafetivos

é o preconceito. Os argumentos de que a sociedade não está preparada para a aprovação de tal medida lastreiam as mais diversas discussões sobre o assunto.

Ora, se esta alegação sempre tivesse sido vitoriosa, não teríamos a inserção da mulher no mercado de trabalho, nem veríamos a despatrimonialização das relações pessoais, uma vez que a “sociedade ainda não estava preparada”. Depois da união estável homoafetiva, a possibilidade do casamento gay, o reconhecimento legal da adoção por tais entidades familiares demonstraria o caminhar de mais um passo contra a discriminação por orientação sexual rumo à valorização do respeito à liberdade dos indivíduos.

Todo o sentido do presente sintetiza-se na necessidade de reconhecimento de que é o amor, o afeto, e não o sexo, o elemento que une as pessoas para a comunhão de uma vida em comum. É a existência da construção de sólido e verdadeiro vínculo afetivo entre as partes na adoção que deve balizar o deferimento de tais medidas e não a orientação sexual dos requerentes. Em outras palavras: “importante é o amor, o sexo é só um acidente, pode ser igual ou diferente”, conforme escreveu o ilustre Fernando Pessoa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMIN, Andréa Rodrigues. “Doutrina da Proteção Integral”. *In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

_____. “Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente”. *In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. “Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente”. *In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BOMFIM, Silvano Andrade do. *A vitória do casamento gay no STJ*. Disponível em www.ibdfam.org.br. Acesso em 26/10/2011.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. “Adoção”. *In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRITO, Fernanda de Almeida. *União Afetiva entre Homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000.

CALLIGARIS, CONTARDO. A adoção por casais homossexuais. Disponível em www.direitohomoafetivo.com.br Acesso em 02/09/2011.

CHAVES, Marianna. *Algumas notas sobre as uniões homoafetivas no ordenamento brasileiro após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF*. Disponível em www.ibdfam.org.br Acesso em 21/07/2011.

CURY, Munir (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DIAS, Maria Berenice. Amor não tem sexo. Disponível em www.mariaberenice.com.br Acesso em 12/09/2011.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *União homossexual, o preconceito e a justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4 ed. Curitiba: Positivo, 2009.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da Criança e do Adolescente*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. Disponível em www.marcosehrhardt.adv.br Acesso em 10.10.2011.

_____. A repersonalização das relações familiares. Disponível em www.marcosehrhardt.adv.br Acesso em 02.10.2011.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br> Acesso em 28.09.2011.

_____. “Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma Distinção Necessária”. In: *Leituras Complementares de Direito Civil – Direito das Famílias*. 1. ed. Salvador: Jus Podium, 2010.

_____. Princípio jurídico da afetividade na filiação. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br> Acesso em 15/09/2011.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. “Evolução do Conceito de Família”. In: *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 1. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2011.

MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. 1. ed. São Paulo: Manole, 2003.

MARQUES, Márcio Thadeu Silva. “Melhor Interesse da Criança: do Subjetivismo ao Garantismo”. In: *Melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar*. Cood: Tânia da Silva Pereira. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MATOS, Ana Clara Harmatiuk. “Aspectos jurídicos da homoparentalidade”. In: *Família e Responsabilidade, teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister, 2010.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. 1. ed. São Paulo: Bookseller, 2001, vol. III.

OLIVEIRA, Valdeci Mendes de. *Adoção, guarda e tutela como institutos jurídicos definidores da família substituta*, 1. ed. São Paulo: Edipro, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol. V - Direito de Família*. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da Afetividade. *In: Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 1. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Tânia da Silva. “Da Adoção”. *In: Direito de Família e o Novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Direito da Antidiscriminação: Discriminação Direta, Indireta e Ações Afirmativas*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

ROSSATO, Luciano Alves; LEPORÉ, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente e ato infracional. *Compêndio de direito penal juvenil*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TARTUCE, Flávio. “As verdades parentais e a ação vindicatória de filho”. *In: Leituras Complementares de Direito Civil – Direito das Famílias*. 1. ed. Salvador: Jus Podium, 2010.

_____. Novos princípios do direito de família brasileiro. Disponível em www.flaviotartuce.adv.br Acesso em 12/10/2011.

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. Disponível em www.buscalegis.ccj.ufsc.br Acesso em 28/09/2011.

VENOSA, Sílvio de Sálvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

WALD, Arnold. *O Novo Direito de Família*. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

WELTER. Belmiro Pedro. "Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial". *In: Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.