

ADOÇÃO NO BRASIL: ASPECTOS EVOLUTIVOS DO INSTITUTO NO DIREITO DE FAMÍLIA

MARIA CLÁUDIA CRESPO BRAUNER^{*}
ANDREA ALDROVANDI^{**}

RESUMO

O artigo trata dos aspectos evolutivos do instituto da adoção no Direito de família brasileiro com destaque às mudanças legislativas e doutrinárias que atribuíram nova configuração e fundamentos às relações de parentalidade, após a Constituição Federal de 1988. São analisadas as inovações efetuadas no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do adolescente - ECA pela Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, e que serviram para fortalecer o direito à convivência familiar. Conclui-se que a adoção deverá ser estendida aos casais de mesmo sexo desde que o melhor interesse das crianças e adolescentes, que é o de usufruir da convivência familiar e do afeto, possa estar protegido.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção no Brasil – Direito à convivência familiar – filiação adotiva

ABSTRACT

The article discusses the evolutionary aspects of the institution of adoption in Family Law with emphasis on Brazilian legislative and doctrinal changes that have attributed new configuration and foundations relations of parenting, after the Federal Constitution of 1988. It analyzes the innovations made in the Civil Code of 2002 and the Statute of Children and Adolescents - ECA by Law No. 12,010, dated 03 August 2009, and which served to strengthen the right to family. We conclude that adoption should be extended to same-sex couples since the best interest of children and adolescents, which is to take advantage of family and affection can be protected.

Key- words: Adoption in Brazil - Right to family - adoptive filiation

^{*} Doutora em Direito pela Universidade de Rennes 1- França. Pós-doutorado na Universidade de Montreal, Canadá. Professora na Graduação e no Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Pesquisadora do CNPq.

^{**} Professora do Curso de Direito da Universidade de Caxias do Sul – UCS. Especialista em Direito de Família e Sucessões – ULBRA/RS. Mestre em Direito – UCS/RS. Doutoranda em Direito na UNISINOS.

SUMÁRIO

1 – Introdução. 2 – Evolução da legislação brasileira sobre adoção. 3 – As alterações no estatuto da criança e do adolescente introduzidas pela nova lei da adoção. 3.1 – A assistência psicológica à gestante e à mãe no período pré e pós-natal. 3.2 – Direito à convivência familiar. 3.3 – Requisitos para a adoção. 3.4 – Omissão legal: adoção por casais homossexuais. 3.5 – O direito a conhecer a origem biológica. 3.6 – Cadastro nacional de adoção. 3.7 – Estágio de convivência. 4 – Adoção internacional. Referências

1 – INTRODUÇÃO

A laicização do Estado permitiu a reconceitualização da família no Brasil. A partir da separação entre Estado e Igreja, na fase Republicana (1889), consagrada na Constituição Federal Brasileira de 1891, verifica-se uma gradativa redução da influência da Igreja Católica na sociedade brasileira, que teve reflexo na legislação do País, principalmente no direito de família.

Infelizmente, a evolução legislativa e o reconhecimento de direitos fundamentais das famílias e seus integrantes foi lenta. As Constituições Federais subsequentes¹ em quase nada contribuíram para a modificação da concepção da família, pois mantiveram a proteção exclusiva à família matrimonializada e hierarquizada, classificada como família “legítima”, na qual os filhos “legítimos” eram gerados.

Somente com a Constituição Federal de 1988, é que a concepção da família experimentou profunda alteração. Com a Constituição de 1988, um novo modelo familiar foi inaugurado, baseado em princípios como a Dignidade da Pessoa, a Igualdade e a Liberdade, a Lei Magna reconheceu a pluralidade de entidades familiares.²

A concepção de filiação também foi substancialmente transformada. Pois, a Constituição Federal de 1988 pôs um fim a

¹ Constituições de 1934, 1937, 1946, 1964 e Ato Constitucional n. 1 de 1969.

² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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.

(...)

qualquer forma de classificação ou discriminação entre os filhos, determinando em seu artigo 227, § 6º, o que segue: “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”.

Fundamentada na Dignidade da Pessoa, a Constituição Federal de 1988 também reconheceu a criança e o adolescente como sujeitos de direito, garantindo a prioridade no atendimento de seus direitos, por se tratarem de pessoas em desenvolvimento, e estabelecendo a Doutrina da Proteção Integral e o princípio do melhor interesse da criança.

Acompanhando esta evolução, o instituto da adoção também foi completamente reformulado no Brasil.

2 – EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE ADOÇÃO

A adoção é uma forma de procriação³, porque permite trazer à existência um filho, que se vincula ao pai, mãe ou pais, não pelo sangue, mas por um ato de amor juridicamente protegido. É modalidade de estabelecimento do vínculo de filiação de origem civil. Segundo parte da doutrina, a adoção imita a filiação natural, contudo, como as demais formas de estabelecimento da filiação - socioafetiva e originária de reprodução humana assistida, a adoção vai além, rompendo com o modelo heteroparental e biológico, estabelecimento pelos limites da natureza.⁴

Na sua origem, a adoção foi pensada para resolver a impossibilidade de procriação natural dos casais inférteis, permitindo a manutenção do culto doméstico⁵. Com o tempo, o instituto foi repensado, as sucessivas leis trouxeram em seus textos modificações que ampliaram a sua utilização. Com efeito, “a adoção deixou de ser vista como um ato de caridade, passando a ser uma

³ “A filiação adotiva neste final de século pode ser entendida como uma procriação juridicamente assistida. Ela busca uma família para a criança, não o contrário (...)”. NABINGER, Sylvia Baldino. A construção dos vínculos na Adoção: transtornos mentais na infância e na adolescência. Nilo Fichter (Org.). Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 83.

⁴ Para Lôbo, “a filiação não é um dado da natureza, e sim uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem. Nesse sentido, o filho biológico é também adotado pelos pais, no cotidiano de suas vidas.” LÔBO, Paulo. Famílias. SP: Saraiva, 2008.

⁵ COULANGES, Fustel. La Cité Antique: Étude sur le culte, le droit, les institutions de La Grece et de Rome (1864). A cidade Antiga. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 12ª Ed. São Paulo: Hemus, 1975, p. 44.

forma de se ter filhos pelo método não biológico”⁶.

No Brasil, a adoção foi regulada originalmente pelas Ordenações do Reino. À época, restringia-se aos adotantes maiores de 50 anos. As Ordenações Filipinas traziam breve referência à adoção, sob o título “confirmações de perfilhamento”. Segundo Paulo Lôbo: “havia uma força poderosa a impedir a ampla utilização do instituto durante os primeiros quatro séculos da história brasileira: o direito canônico, determinante nas relações familiares.”

Posteriormente, quando o direito civil brasileiro foi sistematizado na Lei Ordinária n. 3.071 de janeiro de 1916, o primeiro Código Civil brasileiro, a adoção passou a ser regulada a partir do artigo 368. Nesta época, o instituto tinha restrita aplicação, pois só se permitia a adoção aos maiores de 50 anos, sem descendentes “legítimos ou legitimados”, exigindo-se, para tanto a diferença de 18 anos entre adotando e adotado. Essas exigências demonstram, apesar da influência dos ideais republicanos e da laicização do direito, que a finalidade do instituto ainda era suprir a falta de descendentes, como nas suas origens.

Com as limitações do Código Civil de 1916, tornou-se necessária a alteração dos requisitos para a ampliação das possibilidades de adoção. Assim, em 1957, foi promulgada a Lei nº 3.133, que modificou o Código Civil vigente à época, alterando dispositivos legais sobre a adoção. Esta Lei introduziu importantes inovações, pois reduziu a idade dos adotantes de 50 para 30 anos, reduziu a diferença de idade entre adotantes e adotados, de 18 para 16 anos, e eliminou a exigência de inexistência de prole.

A partir da vigência da Lei 3.133 de 1957, a possibilidade de adoção foi estendida aos adotantes com filhos biológicos. Com essa alteração, pela primeira vez a adoção no Brasil deixou de ser vista como um recurso para suprir a falta de filhos. Todavia, pela lei, a dissolução da adoção era permitida⁷, e o direito sucessório dos filhos adotivos dependia da inexistência de filhos “legítimos”, “legitimados” ou reconhecidos⁸.

Além disso, esta lei introduziu outro requisito, o consentimento do adotando maior, ou dos representantes legais, em caso de

⁶ PACHI, Carlos Eduardo. In Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários jurídicos e sociais. Coord. Munir Cury. SP: Malheiros, 2003, p. 165.

⁷ Código Civil de 1916. Artigo. 374. Também se dissolve o vínculo da adoção: I. Quando as duas partes convierem. II. Nos casos em que é admitida a deserção.

⁸ Código Civil de 1916. Artigo. 377. Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária.

menores. Esta modificação representou importante passo, pois garantiu a preservação dos direitos dos demais envolvidos, e não somente dos adotantes.

Anos depois foi aprovada a Lei nº 4.655, de 1965, também considerada como marco na evolução da adoção no Brasil. Esta lei introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a legitimação adotiva, cuja aplicação era admitida nos casos de adoção de crianças com até 7 anos, abandonadas pelos pais biológicos. Nos demais casos, a adoção continuava com aqueles efeitos mais restritos, estabelecidos no Código Civil de 1916.

A legitimação adotiva estabelecia um vínculo irrevogável entre adotando e adotante⁹, conferindo ao filho adotivo os mesmos direitos dos filhos “legítimos”, com a exceção de direitos sucessórios, se concorresse com filho legítimo superveniente à adoção. A legitimação estendia o vínculo à família dos adotantes, mediante adesão dos seus ascendentes, fazendo cessar direitos e obrigações decorrentes do vínculo do adotando com a sua família biológica (artigo 9º, Lei 4.655 de 1965).

Apesar dessas alterações legislativas, fez-se necessária a criação de um Código específico com o objetivo de disciplinar o referido instituto e outras questões relativas aos menores. Assim, em 1979 entrou em vigor a Lei nº 6.697, sendo denominada de “Código de Menores”. Esta lei criou a adoção plena, que substituiu a legitimação adotiva, não revogando, contudo, o Código Civil de 1916, que continuava a regular a adoção simples.

Em suma, na vigência do Código de Menores, o ordenamento brasileiro admitia duas espécies de adoção: a plena¹⁰, para adotandos de até 7 anos de idade; e a simples, que podia ser realizada por escritura pública, e gerava efeitos mais restritos no tocante ao vínculo estabelecido entre adotante e adotado.

Profundas alterações no instituto ocorreram somente após o advento da Constituição Federal de 1988, que consagrou a proteção à criança e o adolescente com a Doutrina da Proteção Integral fundada no Princípio da Prioridade Absoluta e garantiu a igualdade entre filhos de qualquer origem, com a proibição de qualquer forma de discriminação com base no art. 227 da Constituição Federal.

⁹ Lei 4.655 de 1965. Art. 7º A legitimação adotiva é irrevogável, ainda que aos adotantes venham a nascer filhos legítimos, aos quais estão equiparados aos legitimados adotivos, com os mesmo direitos e deveres estabelecidos em lei.

¹⁰ Código de Menores. Lei 6.697 de 1979. Art. 29. A adoção plena atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Assim, atualmente, enfatiza-se o instituto da adoção para atendimento dos interesses do adotando, e não mais do adotante. Essa mudança é destacada por Maria Regina Fay Azambuja:

O art. 227 da Constituição Federal de 1988 elucida o compromisso do Brasil com a Doutrina de Proteção Integral, assegurando às crianças e aos adolescentes a condição de sujeitos de direitos, de pessoas em desenvolvimento e de prioridade absoluta. Inverteu-se, desde então, o foco da prioridade. No sistema jurídico anterior, privilegiava-se o interesse do adulto. Com a Nova Carta, o interesse prioritário passa a ser o da criança¹¹.

Tal proteção intensifica-se no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei. 8.069, 13 de julho de 1990, que revogou o Código de Menores, criando e disciplinando com mais atenção toda a matéria envolvendo menores.

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi criado para regulamentar as normas constitucionais, com o objetivo de assegurar e proteger a criança e o adolescente. O Estatuto eliminou as espécies de adoção (simples e plena), que foram unificadas em uma só.

O referido Estatuto regulamenta a adoção, que agora é aplicada a todos os menores de 18 anos em qualquer situação, sem levar em conta a sua situação irregular, como previa o revogado Código de Menores.

Não existem mais espécies de adoção com efeitos limitados, hoje a adoção é única, é irrevogável e estabelece o vínculo de filiação entre adotado e adotante(s), extinguindo os vínculos do adotado com a família biológica (salvo para impedimentos matrimoniais). O filho adotivo é integrado a nova família com os mesmos direitos que são garantidos a qualquer outro filho, de qualquer origem.

Paulo Lôbo¹² destaca os efeitos da adoção na atualidade: “... não há mais filho adotivo, mas adoção entendida como meio de filiação, que é única. A partir do momento em que a adoção se conclui, com a sentença judicial e o registro de nascimento, o adotado se converte integralmente em filho.”

¹¹ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A criança no novo Direito de Família. *In Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Coord. Belmiro Welter e Rolf Hanssen Madaleno. Porto Alegre: Livraria Do Advogado Editora, 2004, p. 279.

¹² LÔBO, Paulo. *Famílias*. SP: Saraiva, 2008, p. 247.

Até 2009, a adoção era regulada, também, pelo Código Civil Brasileiro de 2002, nos artigos 1.618 ao 1.629. Quase todos os dispositivos sobre a adoção foram revogados pela “Lei Nacional da Adoção”, que também modificou o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Trata-se da Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, que foi elaborada com o objetivo de desburocratizar o processo de adoção e trazer às crianças e adolescentes adotados tanto por brasileiros, quanto por estrangeiros, mais segurança e fiscalização no trâmite processual.

3 – AS ALTERAÇÕES NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE INTRODUZIDAS PELA NOVA LEI DA ADOÇÃO

A nova lei, denominada “Lei Nacional da Adoção” alterou o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069 de 1990, revogou quase que a integralidade dos artigos que regulavam a adoção no Código Civil de 2002, e modificou a CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro posições já pacificadas na doutrina e na jurisprudência.

Finalmente, a Lei 12.010 de 2009 substituiu algumas expressões integrantes do texto do Estatuto da Criança e do Adolescente que mereciam atualização desde a sua aprovação, visto que totalmente inadequadas aos princípios fundadores do Estatuto e contrárias aos princípios e regras estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro.

Com a alteração, o vetusto “pátrio poder” dá lugar à expressão “poder familiar” em consonância com o texto constitucional¹³. Além disso, houve a adequação da lei à terminologia adotada pelo Código Civil de 2002, assim, o termo “concubinato¹⁴” foi substituído por “união estável”. O texto foi atualizado ainda para incluir a possibilidade de “guarda compartilhada”, no caso de adoção por pessoas divorciadas, separadas ou ex-companheiros (art. 42, §6º, ECA).

Dentre as alterações, destaca-se, ainda, a adequação do Estatuto à maioridade civil, que foi reduzida de 21 para 18 anos¹⁵

¹³ Constituição Federal de 1988. Artigo 226. (...) §5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

¹⁴ Código Civil de 2002. Artigo 1727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar, constituem concubinato.

¹⁵ Código Civil de 2002. Artigo 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

pelo Código Civil de 2002. Com efeito, altera-se no Estatuto a idade mínima do adotante¹⁶, conforme interpretação que já era aplicada desde a entrada em vigor do Código Civil.

A nova lei também unificou os prazos de licença-maternidade para a adoção, pois revogou os §§ 1º, 2º e 3º do artigo 392-A da CLT, que tratavam do período de licença-maternidade para as mães adotivas.

Assim, a lei põe fim à tabela progressiva de períodos da licença-maternidade, que estipulava os seguintes prazos: 30 dias de licença para crianças de 4 a 8 anos de idade; 60 dias de licença para crianças de 1 a 4 anos de idade; 120 dias de licença para crianças de até 1 ano de idade. Desta forma, em qualquer caso de adoção ou guarda judicial para fins de adoção, o período de gozo da licença-maternidade passa a ser de 120 dias, independentemente da idade da criança. Facultada a opção pela licença de 180 dias aprovada pela Lei 11.770 de 2008¹⁷.

Além dessas adaptações e atualizações, destacam-se inovações que serão comentadas nos tópicos seguintes.

3.1 – A Assistência psicológica à gestante e à mãe no período pré e pós-natal

Com o objetivo de estimular a convivência familiar e a manutenção da criança e do adolescente na família natural, e garantir que colocação em família substituta seja realizada como medida excepcional e segura, sempre visando o melhor interesse da criança, a Lei 12.010 introduziu, além do direito ao atendimento médico e apoio alimentar à gestante e à nutriz, que já estavam previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, o direito à assistência psicológica à gestante e à mãe, nos períodos pré e pós-natal, conforme segue: “Art. 8º (...) § 4º Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal”.

Essa inovação ressalta a importância do atendimento

¹⁶ Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigo 42. Podem adotar os maiores de 18 anos, independentemente do estado civil.

¹⁷ Lei 11.170 de 2008. Artigo 1º. É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7o da Constituição Federal. (...)§ 2o A prorrogação será garantida, na mesma proporção, também à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.

psicológico com o objetivo de prevenção ou minoração dos riscos decorrentes do estado puerperal, evitando que atitudes impensadas, movidas pela depressão pós-parto possam induzir a genitora a entregar o filho à adoção, ou praticar qualquer ato que coloque em risco à vida e saúde do recém-nascido.

Nesse sentido, as gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, também terão direito à assistência psicológica, nos termos do §5º do artigo 8º do ECA, e deverão ser obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude (artigo 13, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente), para que as conseqüências do ato sejam devidamente esclarecidas à genitora, evitando que seu consentimento seja viciado por ter sido tomado em um momento tão delicado.

3.2 – Direito à Convivência familiar

O direito da criança e do adolescente à convivência familiar está estampado no artigo 227 da Constituição Federal de 1988¹⁸. Prioriza-se o convívio da criança ou adolescente com a sua família natural, sendo esta definida como “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”, nos termos do artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além da família natural, a nova lei reconhece a chamada “família extensa” ou “ampliada”, que abrange parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convivem e mantêm vínculos de afinidade ou afetividade (artigo 25, parágrafo único¹⁹).

A colocação da criança em família substituta, que se dá por guarda, tutela ou adoção, deve ocorrer como medida excepcional, sendo realizada somente quando não for possível a manutenção da criança ou adolescente na família natural e na família extensa ou ampliada.

¹⁸ Constituição Federal de 1988. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹⁹ Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigo 25 (...) 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.

A lei prefere o acolhimento familiar, ou seja, que a criança ou adolescente afastado da família natural seja entregue temporariamente mediante guarda a pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento. Somente em último caso a criança será recolhida a um abrigo (artigo 34, §1º, ECA).

Em qualquer desses casos, a lei reconhece o direito de expressão da criança e do adolescente, pois prevê que estes deverão ser ouvidos, respeitados o grau de desenvolvimento e compreensão, sendo obrigatória a manifestação de maiores de doze anos, que poderá ser colhida em audiência.²⁰

A lei 12.010 inseriu no Estatuto dispositivo que estimula ainda a manutenção dos vínculos fraternais, caso haja necessidade de retirada dos irmãos da família natural ou extensa. Esta já era uma prática consolidada na jurisprudência e que agora faz parte do texto do Estatuto da Criança e Adolescente (artigo 28, §4º²¹).

Em respeito à identidade social e cultural da criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, a lei prevê ainda “que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia” (art. 28, §6º, II, ECA). Conforme a redação da nova lei, este procedimento deverá ser avaliado por equipe multidisciplinar e acompanhado por representantes do órgão federal responsável pela política indigenista e antropólogos.

Para dar efetividade ao direito à convivência familiar, priorizando a manutenção da criança ou adolescente na família natural ou ampliada, e enfatizando caráter excepcional e temporário da colocação da criança em abrigo, a lei 12.010 de 2009 introduziu três parágrafos ao artigo 19 do Estatuto da Criança e do

²⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigo 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. § 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência. § 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida.

²¹ Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigo 28. (...) § 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais.

Adolescente, nos quais há determinação de realização de reavaliação da situação da criança ou adolescente que estiver acolhida institucionalmente, em períodos não superiores a seis meses (§1º)²². Com o mesmo fim, a nova lei estabeleceu um prazo máximo de 2 anos para acolhimento institucional (§2º)²³, salvo necessidade fundamentada, e reintegração preferencial da criança e adolescente à família natural (§3º)²⁴.

3.3 – Requisitos para a Adoção

A essência do instituto foi mantida. Pela lei nova, a adoção continua sendo aquela medida excepcional e irrevogável de colocação de criança e adolescente em família substituta, que deve atender prioritariamente aos interesses do adotando²⁵. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no Registro Civil, mediante mandado, quando então será cancelado o registro original do adotando. As certidões de registro não poderão conter nenhuma observação sobre a adoção, conforme texto original do artigo 47, ECA.

A lei inova ao permitir que o registro do adotando seja lavrado no Cartório de Registro Civil do Município de residência do adotante (Artigo 47, §3º, ECA). Também inova quanto à modificação do prenome do adotando, exigindo, para tanto, a oitiva do adotando, conforme previsão no §6º, artigo 47 do Estatuto da Criança e do

²² Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigo 19. (...) § 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.

²³ Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigo 19. (...) § 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

²⁴ Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigo 19. (...) § 3º A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei.

²⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente. 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, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

Adolescente: “§6º Caso a modificação de prenome seja requerida pelo adotante, é obrigatória a oitiva do adotando, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei”.

Os requisitos para a adoção foram mantidos na reforma: é permitida a adoção independentemente de estado civil, desde que haja uma diferença de 16 anos entre adotante e adotado, e desde que ao menos um dos adotantes tenha 18 anos (artigo 42, ECA).

Para adotar conjuntamente, os adotantes devem ser casados ou viver em união estável (artigo 42, § 2º, ECA). A lei é omissa quanto à possibilidade de adoção conjunta por casais homossexuais. Diante da omissão, caberá ao intérprete decidir se a união estável homossexual preenche o requisito.

É lamentável que o legislador tenha perdido a oportunidade de regular a adoção por casais homossexuais, pois o tema ainda é muito polêmico no Brasil e a previsão legal poderia afastar de uma vez o preconceito, que é o único fundamento daqueles que negam essa possibilidade.

3.4 – Omissão legal: adoção por casais homossexuais

Não há na lei qualquer requisito que condicione a possibilidade jurídica da adoção à orientação sexual dos adotantes, ou qualquer proibição expressa da adoção por casais do mesmo sexo. A lei simplesmente permite a adoção por solteiros e casais, formados pelo casamento ou união estável. Desta forma, a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais depende tão-somente da interpretação e dos valores do julgador.

A lei pode ser incompleta, mas o ordenamento não é. Diante das lacunas da lei, o intérprete recorre aos costumes, princípios e analogia (art. 4º, LICC e art. 126, CPC). Nesse momento, a interpretação e demais métodos de integração podem ser utilizados para fins de inclusão, conferindo efetividade aos princípios e normas existentes em nosso ordenamento jurídico, ou exclusão, quando alegadas lacunas legais são utilizadas para legitimar o preconceito.

No caso da adoção por casais homossexuais, a referência legal à diversidade de sexos como requisito para união estável, é um argumento comumente utilizado como obstáculo aos pretensos pais ou mães.

Apesar da proteção constitucional às diversas formas de entidades familiares arroladas no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, ainda existe grande resistência a aceitação da nova concepção de família e do pluralismo no direito de família.

Apesar da secularização do direito de família no Brasil, é muito forte a herança da Igreja Católica, que sempre defendeu como família legítima a família matrimonial, formada por casal heterossexual, com a finalidade de procriação. E, “mesmo com a promulgação da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002, constata-se que a norma posta pelo Estado ainda está impregnada pelas características do Direito Canônico”.

Essas características, encontradas no texto legal (exemplo: homem e mulher), permitem as interpretações restritivas, utilizadas como argumentos que servem para encobrir o preconceito e excluir os modelos familiares não aceitos por parte da sociedade. Essa interpretação desconsidera princípios como o da igualdade e dignidade.

Felizmente, verifica-se a paulatina superação destas barreiras, nas inéditas decisões judiciais sobre a possibilidade adoção por casais homossexuais, as quais merecem registro. Estas decisões reconhecem a união estável homossexual no âmbito do direito de família, com amparo nos princípios da dignidade, igualdade, e livre orientação sexual. Reconhecem, ainda, que o deferimento da adoção está em consonância com o princípio do interesse superior da criança, pois inexistente qualquer prejuízo ao adotando criado por casal do mesmo gênero, conforme comprovam inúmeros laudos interdisciplinares. Utiliza-se a interpretação extensiva do artigo 226, da Constituição Federal, que permite o entendimento que o rol das famílias protegidas constitucionalmente é exemplificativo, incluindo-se outras entidades familiares, além daquelas arroladas no texto legal, e o recurso à analogia, para estender às uniões homossexuais, os direitos já garantidos às uniões heterossexuais, como, por exemplo, a adoção.

Nos últimos anos, os Tribunais brasileiros têm enfrentado constantes discussões sobre o reconhecimento de direitos dos homossexuais. Primeiramente, a exemplo da evolução dos direitos dos companheiros heterossexuais, reconheceu-se às uniões entre pessoas do mesmo gênero, apenas efeitos patrimoniais, com fundamento no direito obrigacional. As primeiras decisões favoráveis às uniões homossexuais no âmbito de direito de família, referem-se à delimitação da competência das varas de família para o julgamento sobre uniões homossexuais e questões previdenciárias, julgadas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Mais recentemente, são registradas decisões, baseadas nos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade, que tratam das relações entre pessoas do mesmo sexo, como uniões

abrangidas pela mesma proteção conferida às entidades familiares explicitamente arroladas. Um exemplo é o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, abaixo colacionado:

Relação homoerótica. União estável. Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Analogia. Princípios gerais do direito. Visão abrangente das entidades familiares. Regras de inclusão. Partilha de bens. Regime da comunhão parcial. Inteligência dos artigos 1.723, 1.725 e 1.658 do código civil de 2002. Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas. (Segredo de Justiça) (Apelação Cível Nº 70005488812, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 25/06/2003)

Dentre os direitos dos casais homossexuais, o ponto de maior resistência sempre foi a adoção, por envolver um terceiro - criança ou adolescente - com interesses que devem ser privilegiados. Sob a alegação de infringência ao princípio do melhor interesse da criança, o preconceito prevaleceu por muito tempo. Contudo, esse argumento sucumbiu aos resultados dos estudos interdisciplinares que demonstraram que a orientação sexual dos genitores não gera qualquer prejuízo aos adotandos.

Mas havia outro empecilho a ser superado: a lei sobre adoção, cuja interpretação dominante levava à exclusão da possibilidade jurídica da adoção por casais homossexuais. Assim, para driblar o preconceito, a solução buscada foi a adoção por apenas um dos pretensos adotantes, visto que permitida a adoção por solteiros.

Com efeito, na década de 90, são registradas as primeiras adoções em favor de homossexuais, individualmente, pois a lei permitia a adoção por solteiros, e os laudos comprovavam a inexistência de prejuízo aos adotandos. Em 1997, o então juiz Siro Darlan, hoje Desembargador da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, foi pioneiro em deferir adoção para

homossexuais. Nesse sentido, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Adoção cumulada com destituição do pátrio poder. Alegação de ser homossexual o adotante. Deferimento do pedido. Recurso do Ministério Público. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais) considerado que o adotado, agora com dez anos sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotado, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de impedimento (sic) à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Apelo improvido. (Apelação Cível 1998.001.14332, Rel. Des. Jorge Magalhães, Julgamento: 23/03/1999, 9. CCível, TJRJ).

O deferimento das primeiras adoções a adotantes homossexuais, mesmo que individualmente, representou uma grande conquista. Contudo, a necessidade de regularização do vínculo jurídico entre o adotado e o par do adotante, levou a adoção por casais homossexuais a apreciação do Poder Judiciário.

Finalmente, em 2006, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, confirmou decisão de primeiro grau que reconhecia, em decisão inédita, a possibilidade de adoção por um casal formado por duas mulheres. A adoção requerida pelo casal de mulheres foi deferida pelo juiz de 1º grau: Marcos Danilo Edon Franco, da Comarca de Bagé, RS.

Apelação cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da 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. (TJRGS, Apelação Cível. Sétima Câmara Cível nº 70013801592, origem comarca de Bagé, Rel. Des. Luis Felipe Brasil Santos, julgado em 5 de abril de 2006)

O citado caso chegou ao Tribunal de Justiça em razão de recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público, irresignado com a decisão do juiz singular, requereu ao Tribunal a reforma da decisão com base nos seguintes argumentos contrários à possibilidade de adoção por casais homossexuais: a) existência de vedação legal, pois o artigo 1622 do Código Civil impedia o deferimento de adoção a duas pessoas, salvo se forem casadas ou viverem em união estável; b) é reconhecida como entidade familiar a união estável, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família, entre homem e mulher; c) nem as normas constitucionais nem as infraconstitucionais albergam o reconhecimento jurídico da união homossexual; d) de acordo com a doutrina, a adoção deve imitar a família biológica, inviabilizando a adoção por casais do mesmo sexo.

Os primeiros três argumentos levantados pelo Ministério Público no referido julgado, dependem da solução de uma única questão: as relações homossexuais podem ser entendidas como entidades familiares constitucionalmente protegidas? A resposta da Câmara que julgou o caso, amparada em diversos precedentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e na doutrina, é que as uniões homoafetivas devem ser reconhecidas como entidades familiares sim, estendendo-se a elas a mesma proteção conferida as demais entidades familiares arroladas no artigo 226 da Constituição Federal, aplicando-se, por analogia, em razão da semelhança existente entre as uniões heterossexuais e homossexuais, que se baseia no afeto, as mesmas regras que regulam a união estável heterossexual, às relações entre pessoas do mesmo gênero.

Outro argumento levantado pelo apelante, é que a adoção deve imitar a família biológica, devendo, por conclusão, ficar restrita a casais heterossexuais. Contudo, mais uma vez os argumentos afrontam os princípios constitucionais que permitem a interpretação que inclui entre as famílias protegidas constitucionalmente, as famílias formadas por casais homossexuais e seus filhos.

Trabalhar a adoção tendo como modelo a família biológica, formada por casal heterossexual, é retroceder. Significa desconsiderar o processo de desbiologização e reconhecimento do afeto como base da nova concepção de família. É o que ensina Raupp Rios: “foram superados antigos dogmas relativos às finalidades reprodutivas dessas comunidades, antes apresentadas como condições necessárias para o reconhecimento da entidade familiar; também foram ultrapassadas exigências formais, antes satisfeitas unicamente pela celebração do casamento civil e religioso”. O instituto da adoção evoluiu e não tem mais aquela finalidade de outrora, ou seja, suprir a falta de descendentes. Hoje a adoção deve ser conduzida de acordo com o melhor interesse do adotando, e os estudos interdisciplinares sobre a filiação homoparental são conclusivos sobre a inexistência de prejuízo a criança.

A defesa da manutenção do modelo tradicional de família não possui outra fundamentação, além do preconceito. Inexistem impedimentos à adoção por casais do mesmo sexo, é uma constatação. É o momento de dar efetividade aos princípios estabelecidos em nossa Constituição, como explica Azambuja:

O novo direito de família descortina inúmeras e valiosas oportunidades de garantia de dos direitos fundamentais à criança e ao adolescente, estando nas mãos dos profissionais que atuam nos conflitos de família a responsabilidade de dar eficácia aos direitos que a Constituição Federal de 1988, com tanta sensatez, lhes outorgou.

O “interesse superior da criança” deve ser avaliado no contexto do pluralismo do direito de família, ambos têm fundamento nos mesmos princípios: dignidade e igualdade. Assim, por derradeiro, o julgador analisou a preservação do interesse do adotando no caso concreto. Para tanto, inegável a contribuição dos estudos realizados com a família dos adotantes e adotando, por profissionais especializados, psicólogas e assistentes sociais, que só corroboraram a convicção dos julgadores sobre a ausência de prejuízo à criança em caso de adoção por homossexuais, pois, verificada a estabilidade e plenas condições para o deferimento da adoção.

Após esta decisão, outras adoções foram deferidas a casais homossexuais. No mesmo ano, em São Paulo, a juíza Sueli Alonso, da cidade de Catanduva, deferiu a adoção de uma menina a um

casal de homens. Os adotantes tiveram sua primeira conquista em 2004, quando o juiz Júlio César Spoladore Domingos, da mesma comarca, deferiu a inclusão do casal na lista de espera para adoção.

Em Porto Alegre, uma mulher conseguiu adotar o filho de sua companheira, por decisão do juiz José Antônio Daltoé Cezar, da 2ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre, proferida em 21 de junho de 2007. Na verdade, apenas se conferiu efeito jurídico a uma relação que já existia entre mães e filho.

No Acre, em maio de 2008, a juíza Luana Cláudia de Albuquerque Campos, da Vara Cível da comarca de Senador Guiomard, acolhendo parecer favorável do representante do Ministério Público, promotor Almir Fernandes Branco, proferiu sentença favorável a casal homossexual envolvendo a adoção de uma criança. A criança já havia sido adotada por um dos membros do casal. Após 5 anos, o companheiro do adotante ingressou no Juizado da Infância e da Juventude com pedido de extensão dessa adoção, para regularizar a relação já estabelecida de fato.

Em diversos Estados brasileiros há processos de adoção por casais homossexuais aguardando julgamento. Muitos com a guarda provisória já deferida.

Com o deferimento das adoções aos casais homossexuais, os adotandos são registrados em nome do casal de adotantes, sem qualquer referência de gênero, com a alteração do nome do adotando. Durante a tramitação dos processos, há constante acompanhamento e avaliação interdisciplinar, que reafirma a constatação dos julgadores de que não há qualquer prejuízo aos menores adotados por casais de mesmo sexo.

As ações se espalham por todo o Brasil, e enquanto os legisladores não têm coragem de incluir a possibilidade da adoção por casais homossexuais na lei, é a jurisprudência que resolve esta lacuna.

Além dos Tribunais Estaduais, o Brasil deu um grande passo para o reconhecimento da possibilidade da adoção por casais homossexuais, pois, recentemente, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça do Brasil decidiu no Recurso Especial n.889852/RS, julgado em 27 de abril de 2010, em decisão inédita, sobre a possibilidade da adoção por casais homossexuais, conforme ementa que segue:

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.

1. 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".

4. 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, viabilizando-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.

15. Recurso especial improvido. (Recurso Especial nº 889.852 - RS (2006/0209137-4), 4ª Turma, STJ, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Julgamento 27 de abril de 2010).

Este caso representa um grande passo no caminho do reconhecimento da possibilidade de adoção por casais homossexuais, visto que, pela primeira vez o Superior Tribunal de Justiça do Brasil, reconhece necessidade de proteção à família formada por genitores do mesmo sexo e seus descendentes. Além disso, o Superior Tribunal reconhece que a interpretação da Lei de Adoção deve sempre priorizar os interesses da criança. Este norte exclui quaisquer interpretações estritas, desvinculadas da realidade social e fundadas em puro preconceito.

3.5 – O direito a conhecer a origem biológica

O direito a identificação da ascendência genética do adotado é uma das grandes novidades introduzidas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse direito já vinha sendo reconhecido pelos tribunais, com base no princípio da dignidade humana e nos direitos de personalidade, e agora conta com previsão legal que pacifica a questão.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, ainda no ano de 2000, reconheceu o direito do filho adotivo, já maior, de ter acesso às informações e identidades dos genitores (pais de sangue)²⁶. Todavia foi feita a ressalva de que a adoção permanecendo irrevogável e impedindo toda demanda ao encontro dos genitores. Outra decisão de 2002, no mesmo sentido foi emitida pelo TJ/RS²⁷.

Conforme previsão do Artigo 48, “o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes”. Esse direito é garantido ao adotado após este completar 18 (dezoito) anos, mas poderá ser deferido ao menor de 18 anos, assegurada a orientação e assistência jurídica e psicológica (Parágrafo único. Artigo 48, ECA).

Para tanto, a nova lei determina que “o processo relativo à adoção assim como outros a ele relacionados serão mantidos em arquivo, admitindo-se seu armazenamento em microfilme ou por outros meios, garantida a sua conservação para consulta a qualquer tempo” (§ 8, Artigo 47, ECA).

O reconhecimento do direito à investigação da origem biológica não interfere no vínculo da adoção, que é irrevogável, e nem autoriza a alteração do registro que é definitivo.

Em defesa do conhecimento da identidade genética, manifesta-se Pietro Perlingieri:

O menor tem o direito de conhecer as próprias origens não somente genéticas, mas culturais e sociais. O patrimônio genético – de acordo com a concepção pela qual a estrutura se adapta à função – não é totalmente insensível no seu futuro às condições de vida nas quais a pessoa opera. Conhecê-lo significa, não apenas evitar o incesto,

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 127.541, Terceira Turma, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, 10 de abril de 2000, Rio Grande do Sul, DJU 28/08/00, p. 72, RSTJ 139/241.

²⁷ BRASIL. Sétima Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, TJRS. Apelação Cível n. 70004148490. 15/5/02.

possibilitar a aplicação da proibição de núpcias entre parentes, mas, responsabilmente, estabelecer uma relação entre o titular do patrimônio genético e quem nasce²⁸.

Mas essa permissão é polêmica. Existe parte da doutrina, como Eduardo de Oliveira Leite²⁹, para quem o reconhecimento do direito a conhecer sua origem genética realça expressivamente a paternidade biológica em detrimento da afetiva.

Nesse sentido, mesmo antes da aprovação da Lei Nacional da Adoção, Paulo Lôbo já criticava esta possibilidade:

A falta de percepção correta dessa mudança de paradigmas da filiação, na Constituição sobretudo, têm levado a decisões judiciais, ainda que minoritárias, admitindo a investigação de paternidade biológica a filhos que foram adotados. Essas decisões, partindo de premissas falsas, negam aplicabilidade às normas constitucionais, valendo-se do argumento sedutor da indisponibilidade e imprescritibilidade do estado de filiação, explicitamente referidas no art. 27 do ECA. Referido artigo, no entanto, refere-se ao direito do reconhecimento do "estado de filiação", sem restringi-lo à filiação biológica. Por outro lado, cuida de assegurar direito ao pai ou à mãe a quem não os tem. O adotado por ambos os companheiros já tem os pais, que não podem ser impugnados mediante reconhecimento judicial. Somente é possível vindicar o reconhecimento se tiver sido adotado por uma pessoa, e relativamente ao pai ou à mãe que não corresponda ao adotante.³⁰

Pode-se afirmar que a aprovação da possibilidade de investigação dos pais biológicos é um retrocesso no processo de desbiologização da filiação, pois a lei, ao garantir esse direito, relativiza o vínculo socioafetivo construído entre os pais e os filhos adotivos e poderá trazer repercussões importantes e traumáticas nas relações familiares.

3.6 – Cadastro Nacional de Adoção

O Estatuto da Criança e do Adolescente determina que sejam mantidos, em caráter local e regional, registros de informações que

²⁸ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 339.

²⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 177.

³⁰ LÔBO, Paulo. Famílias. SP: Saraiva, 2008, p. 248.

reúnam, de um lado, pretendentes à adoção, de outro, crianças e adolescentes encaminhados à adoção. Nesse sentido:

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.

§ 1º O deferimento da inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos do juizado, ouvido o Ministério Público.

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

§ 3º A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

Após sua inscrição e habilitação na Vara especializada, o pretendente poderá ser inserido no Cadastro Nacional de Adoção. A realização do cadastro será efetuada pelo juiz ou seu auxiliar da Comarca do domicílio do postulante. Com a inserção no CNA, todos os juízes, de todo o país, terão acesso à relação dos pretendentes à adoção.

O Cadastro Nacional da Adoção é um banco de dados composto de informações sobre crianças e adolescentes aptos a serem adotados e pretendentes habilitados à adoção, desenvolvido pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça - para facilitar e desburocratizar o processo de adoção, pois uniformiza os bancos de dados regionais; racionaliza os procedimentos de habilitação, permitindo a adoção em qualquer Estado ou Comarca, com uma única inscrição feita em sua residência, ampliando as possibilidades de consultas aos pretendentes brasileiros, para verificar a possibilidade de colocação da criança ou adolescente em família substituta estrangeira.

3.7 – Estágio de convivência

A lei destaca a importância do estágio de convivência na adoção, mesmo nos casos de guarda fática (§2º), dispensando-o em situações excepcionais, como nos casos de tutela ou guarda legal do adotante “durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo” (§1º).

O estágio de convivência será acompanhado por psicólogos e demais integrantes de equipe interprofissional, que apresentará

relatórios minuciosos e laudos para avaliação sobre a possibilidade do deferimento da medida.

4 – ADOÇÃO INTERNACIONAL

Com relação à Adoção Internacional, a Lei nº 12.010 de 2009 trouxe maior rigor e segurança para as crianças e adolescentes que são colocados em família substituta estrangeira.

A nova lei complementa as regras introduzidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, que à época foram responsáveis pela redução dos casos de tráfico internacional de menores, prática que entre os anos de 1988 a 1992 estava muito ligada às adoções internacionais fraudulentas, comumente praticadas no país.

O inciso I do §1º do artigo 51 do referido Estatuto, determina que a adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil somente será realizada quando restar comprovado que a colocação em família substituta é a solução adequada ao caso concreto. Para tanto, no caso de adotando adolescente, deve-se consultá-lo sobre a medida (inciso III).

Esta regra demonstra a preocupação com o bem-estar e interesse do adotando, princípio que fundamenta a legislação que hoje reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direito, que devem ter sua dignidade respeitada.

Por conseqüência, garante-se ao adotando o direito de manifestação sobre a sua colocação em família substituta. Garante-se, ainda, o direito de convivência familiar, incentivando a utilização de todos os recursos para sua manutenção na família biológica e encaminhamento para adoção somente quando isto não for mais possível. Incentiva-se ainda a manutenção dos vínculos entre irmãos, quando a adoção for inevitável.

Como se sabe, a adoção extingue o poder familiar dos pais biológicos. Assim se não há consentimento dos pais biológicos para a realização da adoção, deve-se recorrer ao processo de destituição do poder familiar.

Alguns anos atrás, brechas na lei facilitavam o trabalho dos aliciadores, que encaminharam muitas crianças ao exterior por meio de adoções internacionais simuladas. Os traficantes de menores se aproveitavam da miséria para obter o consentimento de algumas mães e pais, e o poder Judiciário em algumas situações acolhia o argumento embasado na falta de recursos econômicos dos genitores como fundamento para destituição do poder familiar e encaminhamento daquelas crianças à adoção.

Hoje, a destituição do poder familiar não pode ter fundamento exclusivo na falta de recursos da família, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente proíbe expressamente essa situação:

Art. 23: A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.

Parágrafo único: Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

Essa alteração é apenas uma das medidas que trouxe mais segurança aos processos de adoção, especialmente adoção internacional, evitando que a família natural seja penalizada com a perda do poder familiar, simplesmente por ser carente de recursos econômicos.

A perda ou a suspensão do poder familiar só devem ocorrer nos casos em que a família natural se desinteresse ou abandone o filho. A perda é a sanção mais grave aplicada aos pais que descumprem os deveres inerentes ao poder familiar. As crianças cujos pais foram destituídos do poder familiar serão encaminhadas para colocação em família substituta, por meio dos institutos da guarda, tutela ou adoção.

Aliás, conforme já mencionado, a retirada da criança da família biológica deve ocorrer em último caso, pois a colocação em família substituta, em qualquer de suas formas (guarda, tutela e adoção), corresponde, na atualidade, a uma medida de proteção (art. 101, inciso VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente), aplicada quando se mostrar inviável a manutenção da criança junto à família natural. No caso específico da adoção, tratando-se de adotando adolescente, o seu consentimento será indispensável (art. 45, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente)³¹.

Somente quando não for possível a manutenção da criança ou adolescente na sua família natural, é que a adoção será pensada como alternativa. Com base no inciso II do artigo 51 do Estatuto, a adoção internacional é uma alternativa a ser considerada somente após esgotadas as possibilidades de colocação da criança em família substituta brasileira, mesmo assim, os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros (§ 2º, artigo 51).

³¹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. A releitura da adoção sob a perspectiva da doutrina da proteção integral a infância e adolescência. In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. UNISINOS. São Leopoldo, 2002, p. 155.

Essas alterações destacam o caráter excepcional da colocação da criança em família substituta estrangeira, conforme o dispositivo do artigo 31: “A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção.”

O objetivo é garantir a manutenção da criança ou adolescente em seu País de origem, preservando, assim, sua cultura e facilitando a adaptação.

Como a adoção internacional é exceção, serão encaminhadas para o exterior somente aquelas crianças e adolescentes que não são adotados no Brasil. Por consequência, pesquisas demonstram que os estrangeiros são responsáveis por um número maior de adoções tardias, ou de irmãos, ou de crianças e adolescentes com problemas de saúde, pois no Brasil ainda prevalece a busca por crianças recém-nascidas.

Embora existam crianças aguardando para serem adotadas, muitos casais brasileiros tem preferência por bebês brancos e saudáveis, o que torna difícil a realização da adoção porque o perfil dos infantes que aguardam fazer parte de uma família não atende às expectativas dos interessados. Os órfãos e abandonados aguardam muito tempo nas instituições até que a Justiça se digne a definir sua situação jurídica familiar. Essa situação poderia ser identificada como um dos fatores que torna tão morosa e difícil a adoção e, por outro lado, justifica o lado atrativo do recurso às clínicas de reprodução assistida no país.³²

Diante da preferência dos brasileiros por bebês, uma pesquisa comentada por Lidia Natalia Dobrianskyj Weber, demonstra que a adoção internacional garante às crianças de mais idade, maiores chances de integração em família substituta.

Comparando-se os brasileiros com os estrangeiros pode-se verificar que, enquanto a maioria dos adotantes estrangeiros (55,5%) aceitava adotar crianças com mais de 2 anos, realizando adoções tardias, somente 4% dos adotantes brasileiros apresentou a mesma disponibilidade. Parece claro, portanto, que as crianças brasileiras com mais de 2 anos têm uma chance muito maior de encontrarem uma família, se casais estrangeiros habilitarem-se no Brasil³³.

³² BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Reprodução humana assistida e anonimato de doadores de gametas: o direito brasileiro frente às novas formas de parentalidade. In VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). Ensaio de Bioética e Direito Brasília: Consulex. 2009. p. 33.

³³ WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. Aspectos psicológicos da adoção. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p.133.

O § 3º do artigo 51 determina que “A adoção internacional pressupõe a intervenção das Autoridades Centrais Estaduais e, Federal em matéria de adoção internacional.” Ou seja, a lei exige a atuação de associações autorizadas pelo Governo Brasileiro em todos os procedimentos de adoção internacional. O procedimento tem início no exterior, onde os candidatos estrangeiros serão cadastrados por uma Agência especializada e autorizada e que contata as autoridades nacionais para a realização do processo (Artigo 52, I, ECA). Isto significa que o estrangeiro que deseja adotar uma criança brasileira deverá procurar uma dessas associações para intermediar todo o processo, não podendo mais dirigir-se diretamente às autoridades brasileiras.

A lei só permite a adoção internacional a candidatos oriundos de países signatários da Convenção de Haia, de 29/05/1993, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, que foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 3.807 de 21/06/99, e é o principal instrumento de garantia seja dos direitos das crianças, seja dos direitos de quem deseja adotá-los.

O artigo 52 do ECA, introduzido pela Lei 12.010 de 2009, prevê detalhadamente todas as etapas, desde o cadastramento, até a aprovação da adoção pelas autoridades brasileiras. Como é vedada a adoção por procuração, a presença do casal estrangeiro em território nacional é necessária para o trâmite final do processo judicial, sendo que os adotantes deverão comparecer às audiências, assinar documentos, submeter-se às entrevistas regulamentares, cumprir um estágio de convivência com a criança e atender a todos os requerimentos necessários para a efetivação do processo de adoção. Para tanto, os adotantes deverão requerer um visto específico para adoção internacional, para viajar ao Brasil com o propósito de atender aos requisitos legais da adoção internacional e permanecer no país pelo tempo necessário para o encontro com o adotando e a realização do estágio de convivência.

Uma fase essencial no processo de Adoção Internacional é o estágio de convivência, pois além da inserção em nova família, a criança ou adolescente terão que se adaptar a nova língua e uma nova cultura. Com relação ao cumprimento do estágio de convivência a Lei 12.010, introduziu a seguinte alteração: “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” (artigo 46, §3º, ECA).

De acordo com o novo dispositivo legal passa-se a ter somente um prazo fixado de estágio de convivência

independentemente da idade da criança adotada. Diferentemente do que antes se aplicava, quando a lei previa prazos diversos dependendo da idade da criança adotada.

A importância do estágio de convivência não se limita a aproximação e adaptação entre adotantes e adotandos. O estágio é mais um requisito que garante o objetivo da adoção internacional, que é a integração segura de criança ou adolescente em família substituída estrangeira, pois permite a avaliação dos adotantes por profissionais do Brasil que avaliarão se os candidatos estão aprovados para adotar.

A saída do adotando do território nacional somente será admitida após o trânsito em julgado do processo, mediante alvará judicial que autorizará a emissão do passaporte e a viagem para o país onde passará a residir (art. 52, §§8º e 9º, ECA). A Autoridade Central Federal Brasileira poderá, a qualquer momento, solicitar informações sobre a situação das crianças e adolescentes adotados (art. 52, §10, ECA).

Não há dúvidas de que a adoção internacional tornou-se uma alternativa segura e confiável em razão da evolução da legislação que regulamenta o procedimento da adoção internacional.

NOTAS CONCLUSIVAS

Pela análise da evolução legislativa sobre a adoção verifica-se que, com o tempo, os requisitos do instituto foram sendo alterados para permitir o recurso à adoção com o objetivo de garantir o sonho da maternidade e paternidade por um número maior de adotantes. Os efeitos da adoção também foram alterados pela legislação que evoluiu no sentido de garantir aos filhos adotivos os mesmos direitos dos filhos naturais.

As inovações efetuadas no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA pela Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009 serviram para promover o direito à convivência familiar e valorizar a importância do afeto e da responsabilidade no cuidado com crianças e adolescentes, tanto aqueles adotados no país, quanto aqueles que são colocados em família substituída estrangeira.

A adoção deverá ser ampliada para garantir direitos aos adotados, devendo ser observado no processo o melhor interesse das crianças e adolescentes, que é o de ter assegurado a convivência familiar e o afeto, indispensáveis ao desenvolvimento humano e social.

REFERÊNCIAS:

- AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A criança no novo Direito de Família. In Direitos Fundamentais do Direito de Família. Coord. Belmiro Welter e Rolf Hanssen Madaleno. Porto Alegre: Livraria Do Advogado Editora, 2004.
- BRAUNER, Maria Claudia Crespo. A releitura da adoção sob a perspectiva da doutrina da proteção integral a infância e adolescência. In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, 2002.
- BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Reprodução humana assistida e anonimato de doadores de gametas: o direito brasileiro frente às novas formas de parentalidade. In VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). Ensaio de Bioética e Direito Brasília: Consulex. 2009
- BRASIL. Código Civil de 1916. Lei 3.071 de 1916. Senado Federal, 1916.
- BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Senado Federal, 2002.
- BRASIL. Constituição. Brasília: Senado Federal, 1988
- BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: Senado Federal, 1990.
- BRASIL. Lei 3.133 de 1957. Senado Federal, 1957.
- BRASIL. Lei 4.655 de 1965. Senado Federal, 1965.
- BRASIL. Lei 6.697 de 1979. Senado Federal, 1979
- BRASIL. Lei n. 11.170 de 2008. Senado Federal. 2008
- BRASIL. Lei n. 12.010 de 3 de agosto de 2009. Senado Federal, 2009.
- COULANGES, Fustel. La Cité Antique: Étude sur le culte, le droit, les institutions de La Grece et de Rome (1864). A cidade Antiga. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 12ª Ed. São Paulo: Hemus, 1975.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- LÔBO, Paulo. Famílias. SP: Saraiva, 2008.
- MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- NABINGER, Sylvia Baldino. A construção dos vínculos na Adoção: transtornos mentais na infância e na adolescência. Nilo Fichter (Org.). Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.
- PACHI, Carlos Eduardo. In CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários Jurídicos e Sociais. 6ª ed. revista e atualizada pelo novo Código Civil, 2003.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Traduzido por Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. Aspectos psicológicos da adoção. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

