

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

CRISTIANE BUERON MACHRY

**A DIFICULDADE DA CONCRETIZAÇÃO DA ADOÇÃO TARDIA NO SISTEMA
JURÍDICO BRASILEIRO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2018

CRISTIANE BUERON MACHRY

**A DIFICULDADE DA CONCRETIZAÇÃO DA ADOÇÃO TARDIA NO SISTEMA
JURÍDICO BRASILEIRO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^a Ms. Rosmeri Radke

Santa Rosa
2018

CRISTIANE BUERON MACHRY

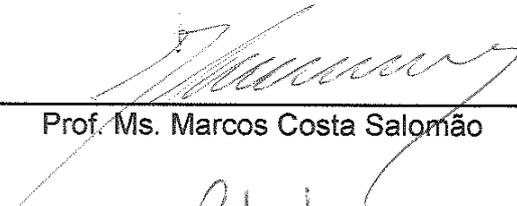
**A DIFICULDADE DA CONCRETIZAÇÃO DA ADOÇÃO TARDIA NO SISTEMA
JURÍDICO BRASILEIRO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora



Prof.ª Ms. Rosmeri Radke – Orientadora



Prof. Ms. Marcos Costa Salomão



Prof. Ms. Roberto Pozzebon

Santa Rosa, 26 de novembro de 2018.

DEDICATÓRIA

À minha família por acreditarem e investir em mim. Minha mãe pelo cuidado e dedicação em todos os momentos que necessitei. Pai, pela presença e segurança de que não estou sozinha nesta caminhada, muito obrigada!

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus Pais Meri e Ademar, meus maiores exemplos. Obrigada por estarem sempre ao meu lado! Sou grata aos meus queridos mestres que acompanharam meus estudos durante esses cinco anos, em especial à professora Rosmeri Radke, por todo apoio e orientação nessa monografia. Aos amigos e colegas que me deram o suporte necessário para chegar até aqui. Muito obrigada Deus, pelo dom da vida.

Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas Graças a Deus, não sou o que eu era antes.

Marthin Luther King.

RESUMO

Neste estudo trata-se acerca da temática da adoção tardia e a dificuldade da sua concretização no sistema jurídico brasileiro. Como delimitação temática, se pesquisa a respeito dos fatores que influenciam na morosidade dos processos de adoção, com enfoque especial para a adoção tardia, ou seja, de crianças maiores de dois anos. Através da pesquisa, de caráter teórico-empírico, investigar-se-á, fundamentando-se na doutrina e na legislação, buscando conhecer a opinião de doutrinadores, e finalmente o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul- TJ/RS, a partir de pesquisa de jurisprudência em seu site, utilizando-se, como variáveis de pesquisa as palavras “adoção de criança maior”, pesquisa que compreenderá o período de janeiro de 2017 até a presente data. Busca-se, dessa forma, responder ao seguinte problema de pesquisa: Quais são os fatores que influenciam na morosidade dos processos de adoção? O trabalho possui como objetivo analisar a dificuldade da concretização da adoção tardia no sistema jurídico brasileiro. Mais especificamente, estudam-se as especificidades da filiação por adoção, sua evolução histórica, o atual programa de acolhimento institucional de crianças e adolescentes e o caminho até a sua efetiva adoção; pesquisa-se sobre as dificuldades da concretização da adoção tardia no sistema jurídico brasileiro, desde os entraves legais até as questões processuais e os requisitos para a sua efetivação; analisam-se decisões do TJ/RS que tratam a respeito da adoção tardia, com ênfase nos requisitos observados pelo referido tribunal. A pesquisa caracteriza-se como teórico-empírica, com tratamento dos dados de forma qualitativa. Para operacionalizar os procedimentos técnicos, neste estudo, utiliza-se a documentação indireta, principalmente, em uma de suas variações: pesquisa bibliográfica ou em fontes secundárias - livros doutrinários, e artigos científicos. A pesquisa terá como método de abordagem o hipotético-dedutivo, visando explicar um fenômeno em curso. Para atingir os objetivos propostos, divide-se o trabalho em três partes, tratando-se, no primeiro capítulo, da filiação por meio da adoção, suas raízes históricas, seu conceito, natureza jurídica e modalidades, o acolhimento institucional ou colocação em família substituta como período de transição para a adoção. No segundo capítulo abordam-se as dificuldades da concretização da adoção tardia no sistema jurídico brasileiro, desde os entraves legais, que influenciam na morosidade processual, do caminho percorrido pelo menor desde a sua família de origem, eventual institucionalização ou colocação em família substituta e os requisitos necessários para a efetivação da adoção. Por fim, no terceiro capítulo, realiza-se uma breve análise de decisões proferidas pelo TJ/RS a respeito da adoção tardia, fechando o trabalho com a análise dos requisitos observados pelo referido tribunal para o deferimento da mesma. Conclui-se, por fim, que a adoção tem a finalidade de proporcionar a criança e ao adolescente um desenvolvimento sadio, que melhora sua perspectiva de vida, encontrando um abrigo dentro de uma família que deseje um filho. Ou seja, na atual conjuntura é preciso levar em conta, prioritariamente, o melhor interesse do menor.

Palavras Chave: Filiação – Adoção Tardia – Processo de Adoção.

ABSTRACT

This study deals with the late adoption issue and the difficulty of its implementation in the Brazilian legal system. As a thematic delimitation, factors that influence the slowness of adoption processes are sought, with a special focus on late adoption, that is, children older than two years. Through research, of a theoretical and empirical nature, it will be investigated, based on doctrine and legislation, seeking to know the opinion of authors, and finally the position of the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul - TJ/RS, from a research of jurisprudence in its website, using as search variables the words "adoption of older child", research that will comprise the period from January 2017 to the present date. In this way, it is attempted to answer the following research problem: What are the factors that influence the slowness of adoption processes? The objective of this study is to analyze the difficulty of implementing late adoption in the Brazilian legal system. More specifically, the specificities of adoption are studied, as well as its historical evolution, the current program of institutional acceptance of children and teenagers, and the way to their effective adoption; the difficulties of implementing late adoption in the Brazilian legal system are investigated, from legal obstacles to procedural issues and the requirements for implementation; decisions of the TJ/RS dealing with late adoption are analyzed, with emphasis on the requirements observed by the court. The research is characterized as theoretical-empirical, with treatment of data in a qualitative way. In order to operationalize the technical procedures, in this study, indirect documentation is used, mainly in one of its variations: bibliographical research or secondary sources - doctrinal books, and scientific articles. The research will have a hypothetical-deductive method of approach, aiming to explain an ongoing phenomenon. In order to achieve the proposed objectives, the work is divided into three parts, the first chapter being the affiliation through adoption, its historical roots, its concept, legal nature and modalities, institutional acceptance or placement in a surrogate family as transition period for adoption. The second chapter deals with the difficulties of implementing late adoption in the Brazilian legal system, from legal obstacles, which influence procedural delays, the path taken by the minor from their family of origin, eventual institutionalization or substitute family placement, and requirements for adoption. Finally, in the third chapter, a brief analysis of decisions issued by the TJ/RS regarding late adoption is made, closing the work with the analysis of the requirements observed by the said court for the approval of the same. It is concluded, finally, that adoption has the purpose of providing the child and adolescent with a healthy development, which improves their perspective of life, finding a shelter within a family that wishes a child. In other words, in the current situation it is necessary to take into account, as a priority, the best interests of the child.

Keywords: Affiliation - Late Adoption - Adoption Process.

LISTA DE ABREVIações, SÍGLAS E SÍMBOLOS.

Art. – artigo

CC – Código Civil

CDC - Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Ed. – Edição

FEMA – Fundação Educacional Machado de Assis

inc. – inciso

NCPC – Novo Código de Processo Civil

nº – número

p. – página

TJ/RS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

§ – parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A FILIAÇÃO POR MEIO DA ADOÇÃO	12
1.1 RAÍZES HISTÓRICAS E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO.....	13
1.2 O CONCEITO, A NATUREZA JURÍDICA E AS MODALIDADES DE ADOÇÃO .	16
1.3 O ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL OU COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA COMO PERÍODO DE TRANSIÇÃO PARA O PROCESSO DE ADOÇÃO.....	21
2 DA DIFICULDADE DA CONCRETIZAÇÃO DA ADOÇÃO TARDIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	27
2.1 DOS ENTRAVES LEGAIS QUE INFLUENCIAM NA MOROSIDADE PROCESSUAL.....	27
2.2 O CAMINHO ENTRE A FAMÍLIA DE ORIGEM, A INSTITUCIONALIZAÇÃO E A FAMÍLIA SUBSTITUTA	30
2.3 O PROCESSO DE ADOÇÃO NO JUDICIÁRIO: REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS PARA A EFETIVAÇÃO DA ADOÇÃO	34
3 UMA BREVE ANÁLISE DE DECISÕES E DOS REQUISITOS OBSERVADOS PELO TJ/RS A RESPEITO DA ADOÇÃO TARDIA	39
3.1 UMA BREVE ANÁLISE DE ALGUMAS DECISÕES DO TJ/RS	39
3.2 ALGUNS CRITÉRIOS IMPORTANTES OBSERVADOS PELO TJ/RS NOS PROCESSOS ANALISADOS.....	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho monográfico trata acerca da adoção tardia e a dificuldade da sua concretização no sistema jurídico brasileiro. A escolha pelo tema da adoção tardia deu-se pelo interesse em investigar as peculiaridades que ocorrem nesse processo. O estudo reflete importantes transformações que ocorreram na sociedade e no Direito de Família ao longo do tempo.

Delimita-se o estudo de modo que permita pesquisar a respeito dos fatores que influenciam na morosidade dos processos de adoção, com enfoque especial para a adoção tardia, ou seja, de crianças maiores de dois anos. Através da pesquisa, de caráter teórico-empírico, investigar-se-á, fundamentando-se na doutrina e na legislação, buscando conhecer a opinião de doutrinadores, e finalmente o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul- TJ/RS, a partir de pesquisa em seu site, utilizando-se, como variáveis de pesquisa as palavras “adoção de criança maior”, pesquisa que compreenderá o período de janeiro de 2017 até a presente data.

Questiona-se, enquanto problema de pesquisa, sobre os fatores que influenciam na morosidade dos processos de adoção. Tem-se por objetivo, a partir desse enfoque, analisar a dificuldade da concretização da adoção tardia no sistema jurídico brasileiro. Mais especificamente, objetiva-se: estudar as especificidades da filiação por adoção, sua evolução histórica, o atual programa de acolhimento institucional de crianças e adolescentes e o caminho até a sua efetiva adoção; pesquisar sobre as dificuldades da concretização da adoção tardia no sistema jurídico brasileiro, desde os entraves legais até as questões processuais e os requisitos para a sua efetivação; e analisar decisões do TJ/RS que tratam a respeito da adoção tardia, com ênfase nos requisitos observados pelo referido tribunal.

A pesquisa caracteriza-se como teórico-empírica, com tratamento dos dados de forma qualitativa. Como procedimento técnico, utiliza-se a documentação indireta, principalmente, em uma de suas variações: pesquisa bibliográfica ou em fontes secundárias - livros doutrinários, e artigos científicos. A pesquisa terá como método de abordagem o hipotético-dedutivo, que visa explicar um fenômeno em curso.

Para atingir os objetivos propostos, divide-se o trabalho em três capítulos: no primeiro se trata da filiação por meio da adoção, suas raízes históricas, seu conceito, natureza jurídica e modalidades, o acolhimento institucional ou colocação em família substituta como período de transição para a adoção. No segundo capítulo abordam-se as dificuldades da concretização da adoção tardia no sistema jurídico brasileiro, desde os entraves legais, que influenciam na morosidade processual, do caminho percorrido pelo menor desde a sua família de origem, eventual institucionalização ou colocação em família substituta e os requisitos necessários para a efetivação da adoção. No terceiro e último capítulo, realiza-se uma breve análise de decisões proferidas pelo TJ/RS a respeito da adoção tardia, fechando o trabalho com a análise dos requisitos observados pelo referido tribunal para o deferimento da mesma.

1 A FILIAÇÃO POR MEIO DA ADOÇÃO

Para o desenvolvimento do presente trabalho, que trata da dificuldade da concretização da adoção tardia no sistema jurídico brasileiro, é importante que se realize, inicialmente, um apanhado conceitual e histórico sobre a filiação por meio da adoção.

A temática da adoção no Brasil vem recebendo, nos últimos anos, maior atenção, mas ainda está longe de ser um problema solucionado. O assunto envolve relevante questão social, que exige mudanças culturais, que permitam um novo olhar sobre esse processo.

Adotar é um ato que envolve muito amor e doação, e não a simples satisfação de um desejo egoísta. Quando o adotante tem o amor incondicional como motivação, as exigências com relação às características do adotando serão mínimas.

A adoção, no entender de Arnaldo Rizzardo, representa

[...] o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho. Em última análise, corresponde à aquisição de um filho através de ato judicial de nomeação. Anteriormente ao Código de 2002, dava-se também contrato celebrado por meio de escritura pública. [...] Cuida-se mais da adoção de um instituto jurídico, ou uma instituição dominada predominantemente pelo direito público, devendo subordinar-se mais à ordem pública e aos soberanos interesses da política traçada no cuidado de menores abandonados. (RIZZARDO, 2014, p. 457).

O autor afirma tratar-se de instituição dominada pelo direito público porque a própria Constituição Federal de 1988 estabelece que a adoção deve ser assistida pelo Poder Público. Rolf Madaleno afirma que:

Desde o advento da Constituição Federal, depois, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, mais tarde, com a promulgação da Lei 12.010/2009, o instituto da adoção sofreu profundas e consistentes alterações na legislação brasileira, passando a proteger integralmente o infante e, finalmente, a inseri-lo no ventre de uma família substituta, se malgrados os esforços na manutenção e sua reintegração na família natural ou extensa, fazendo desaparecer definitivamente as variações adotivas que cuidavam de discriminar o infante, com sua adoção simples, e não integral, como se o afeto pudesse merecer gradação protegida por lei. (MADALENO, 2017, p.205).

Verifica-se que as mudanças são recentes, mais perceptíveis a partir da Constituição Federal de 1988, ou seja, nem sempre o objetivo, no processo de

adoção, foi o de proteger o menor. É o que se poderá verificar, na sequência, a partir do estudo da evolução histórica do instituto da adoção.

1.1 RAÍZES HISTÓRICAS E EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

A filiação por adoção encontra sua origem histórica na antiguidade, quando o principal objetivo era a de garantir a continuidade familiar, no caso de pessoas que não podiam ter filhos biológicos. Encontraram-se referências ao instituto em diversos códigos da antiguidade, como por exemplo, no Código de Hamurabi, de Manu e no Direito Romano. No Brasil, enquanto colônia, sob a vigência das Ordenações Filipinas, se fazia várias referências ao instituto, permitindo assim a sua utilização. A partir da vigência do Código Civil de 1916, disciplinou-se a adoção com o objetivo de garantir a continuidade familiar, seguindo os princípios do Direito Romano, permitida apenas para pessoas com mais de cinquenta anos, que não tivessem filhos biológicos (GONÇALVES, 2009).

No Brasil, a adoção ganha sistematização com o advento do Código Civil de 1916; contudo, com fortes resistências e restrições, não faltou quem advogasse a eliminação deste instituto. Os reflexos desta resistência se fizeram claramente presentes no caráter rígido e fechado do instituto da adoção, pelo fato de o Código Civil de 1916 exigir tivesse o adotante, no mínimo, cinquenta anos de idade e uma diferença de dezoito anos de idade entre ele e o adotado. (MADALENO, 2017, p. 207).

A legislação que tratava da matéria evoluiu, em 1957 entrou em vigor a Lei 3.133, que reformulou o instituto, permitindo a adoção para adotantes a partir dos trinta anos de idade, desde que casado há no mínimo cinco anos. Exigia ainda uma diferença de dezesseis anos entre adotado e adotante. Previa também a possibilidade de revogação da adoção por acordo das partes ou justo motivo. “Em 2-6-1965, a Lei n. 4.655 criou a legitimação adotiva, que perdurou até a aprovação do Código Civil de Menores de 1979 (Lei n. 6.679/79), que criou a legitimação adotiva e admitiu, para os menores, duas formas de adoção: a simples e a plena.” (WALD, 2009, p. 321).

Com a Lei nº 4.655, de 02.06.1965, um novo importante passo foi dado na evolução do instituto, tornando o filho adotivo praticamente igual, em direitos e garantias, ao filho sanguíneo. Criou-se a legitimação adotiva – forma esta que atribuía ao adotado os mesmos direitos e deveres reconhecidos ao filho

legítimo. Todavia, em razão do excesso de formalismo para a legitimação, não teve grande difusão prática. (RIZZARDO, 2014, p. 457).

Em 1979, através da Lei 6.697, foi instituído o Código de Menores, com várias inovações, como as seguintes: “a) Afora a adoção do Código Civil, passou-se a admitir uma forma de adoção simples, autorizada pelo juiz e aplicável aos menores em situação irregular; b) substituiu-se com vantagem a legitimação adotiva, pela a adoção plena, com diversas adaptações no instituto.” (RIZZARDO, 2014, p. 457).

Criticou-se o campo de incidência da lei, que não abrangia a totalidade dos menores em estado de abandono. Conforme Valdisznick, citado por Rizzardo, a referida legislação “[...] não abarcava os menores em sua totalidade, a lei se autolimitou: restringiu apenas aos menores em situação irregular. Em outras palavras, e seria mais técnico, deveria ter-se referido aos menores em estado de abandono (quer material ou moral) e a menores expostos.” (VALDISZNICK *apud* RIZZARDO, 2014, p. 458).

Por outro lado, o código introduziu a adoção simples e a adoção plena, além de manter a adoção do Código Civil de 1916.

As duas primeiras destinavam-se aos menores em situação irregular, de acordo com o art. 1º da referida lei. Tais menores, até os dezoito anos, eram adotados pela forma simples, regidas pelos dispositivos constantes dos arts. 368 a 378 do Código Civil. Impunha-se a autorização expressa e prévia do juiz. O menor passava a usar os apelidos da família do adotante. Averbavam-se a escritura definitiva e o alvará concessivo no termo de nascimento do adotado. [...] Exigia-se um estágio de convivência do menor com o adotante, em um prazo fixado pelo juiz, no mínimo de um ano, exceto se a criança contasse com menos de um ano de idade (art. 28 e parágrafos da Lei nº 6.697/79). Circunscrevia-se esta adoção a casais com mais de cinco anos de casamento, com um dos cônjuges devendo possuir idade superior a trinta anos. Se apresentada a prova de esterilidade de qualquer deles, ou de ambos, dispensava-se o transcurso do prazo de cinco anos. (RIZZARDO, 2014, p. 457).

Esse código foi expressamente revogado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. 8.069/90. O Estatuto trata com exaustão da guarda, da tutela e da adoção, esta última considerada de forma unitária para os menores de dezoito anos, ou seja, extinguiu-se a diferenciação da adoção simples e plena (RODRIGUES, 2008).

A partir do Estatuto, “[...] o adotado incorpora o *status* de filho, como se natural fosse, passando ele a integrar em sua plenitude a família do adotante.”

(RODRIGUES, 2008). Dessa forma esse vínculo se estende a todos os parentes. O procedimento para a adoção, entretanto, será sempre judicial.

No atual ordenamento jurídico é vedada qualquer distinção entre os filhos, sejam eles concebidos na constância do casamento, fora dele, ou tidos por adoção. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, § 6º, expressa:

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.

[...]

§ 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. (BRASIL, 1988).

Fica vedada, constitucionalmente, qualquer discriminação. De acordo com essa nova concepção, pode se definir filiação como sendo “[...] a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou que a receberam como se as tivessem gerado.” (RODRIGUES apud GONÇALVES, 2009, p. 285).

Além de vedar a discriminação do filho adotado, a legislação estabelece uma série de critérios para a efetivação da adoção. O artigo 22, §5º da CF/88, dispõe que: “§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.” (BRASIL, 1988). O Estatuto da Criança e do Adolescente, no mesmo sentido, dispõe, no artigo 47: “O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.” (BRASIL, 1990). Vale destacar a importância do registro da criança, sendo ela adotiva ou consanguínea.

O Código Civil de 2002, vigente atualmente, regula minuciosamente a adoção. Mantém-se, no entanto, os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente que não são incompatíveis com o CC/2002 (WALD, 2009). Subsistem, assim:

a) a vedação de adoção por procuração; b) o estágio de convivência; c) a irrevogabilidade da perfilhação; d) a restrição à adoção de ascendentes e irmãos do adotando; e) os critérios para a expedição de mandado e

respectivo registro no termo de nascimento do adotado. (RODRIGUES apud WALD, 2009, p. 322 e 323).

O Código Civil, do mesmo modo que o faz a CF/88 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece, em seu artigo 1623, a exigência de que a adoção se dará sempre através de processo judicial. A Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, que dispõe especificamente sobre a adoção, e altera dispositivos do Estatuto e do CC/2002, mantém essa mesma exigência. Ou seja, todo o ordenamento jurídico se posiciona no mesmo sentido, e fica, portanto, vedada legalmente qualquer outra forma de adoção, que não se processe por via judicial.

No mundo dos fatos, no entanto, têm-se situações em que se ocorre a “adoção à brasileira”, essa denominação é empregada para aqueles casos em que, na prática, a mãe biológica entrega o filho para que outra pessoa o crie, sem necessariamente passar pelo devido processo judicial.

Não se pode ignorar tais situações, e o direito não pode se furtar de trazer uma solução possível para tais fatos. Para melhor compreensão das especificidades do instituto da adoção, passa-se, na sequência, ao estudo do seu conceito, natureza jurídica e de suas modalidades.

1.2 O CONCEITO, A NATUREZA JURÍDICA E AS MODALIDADES DE ADOÇÃO

O conceito de filiação teve seu alcance ampliado na atualidade. No passado, fazia-se distinção entre filiação natural, que podia ser legítima ou ilegítima, e filiação civil, que decorria da adoção simples ou plena (WALD, 2009). Atualmente a filiação é entendida como a ligação de um indivíduo a outro a partir do reconhecimento da paternidade ou maternidade, seja ela biológica ou por adoção.

A adoção é considerada, pelos autores pesquisados, como uma ficção jurídica, que cria o parentesco civil. “É um ato jurídico solene que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexistente naturalmente.” (WALD, 2009, p. 328).

Para Silvio Rodrigues ela é um “[...] ato do adotante, pelo qual traz ele, para a sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha.” Quanto à sua natureza jurídica, o autor a identifica como “[...] negócio unilateral e solene, muito embora, a unilateralidade seja discutível, uma vez que a lei reclama o consentimento

dos pais ou do representante legal do adotado.” (RODRIGUES, apud, GRANATO, 2013, p.30).

A adoção é entendida como uma mistura de contrato, com vontade das partes, mais o consentimento de ordem pública para seu devido processo legal e funcionamento (GRANATO, 2013, p.32).

A questão da natureza jurídica do instituto da adoção é controvertida, enquanto alguns autores defendem se tratar de um ato jurídico em sentido estrito, outros entendem que se trata de um negócio jurídico.

Há divergência na doutrina ao estabelecer uma noção com valor universal e permanente acerca da natureza jurídica do instituto. Classificá-lo como contrato, ato, ficção ou instituição reduzem a natureza jurídica do mesmo, afastando-o da realidade a que deve servir e o distanciando de seus fins. (COELHO, 2011, s.p.).

Por essa razão alguns autores preferem lhe atribuir natureza híbrida, pois ainda que haja manifestação das partes, e nesse sentido se assemelha a um contrato, elas não tem o poder de concluir o mesmo, sem o concurso do Poder Judiciário. Quando o juiz intervém, se sobressai a face institucional da adoção, que se constitui por sentença (COELHO, 2011, s.p.). Ou seja, inicialmente ele se identifica com um contrato, pelo concurso de vontades, mas em última instância ele necessita da proteção estatal.

A natureza jurídica do instituto da adoção pode ser considerada ou equiparada à uma relação contratual, visto que a adoção é um negócio bilateral onde depende da vontade do adotante ou adotantes se for um casal, e do adotado, sendo inegavelmente visto como, inicialmente um contrato. De modo que essa concepção acaba que sendo uma visão ultrapassada, pois, as crianças e adolescentes possuem proteção do Estado. (NOBRE, 2014, s.p.).

Pelo exposto, dizer que a natureza jurídica da adoção é híbrida pode ser o caminho mais assertivo adotado pela doutrina. Trata-se de ato jurídico complexo, composto de etapas, com exigências específicas em cada uma delas.

Quanto às modalidades de adoção, a doutrina faz referência à várias delas, como por exemplo a já referida “adoção à brasileira”. Essa modalidade se configura quando alguns casais, para não se submeter às formalidades exigidas pela Lei para o processo de adoção, simulam, no ato do registro, serem os pais biológicos,

registrando como seu um filho alheio. Essa conduta é penalmente punível, conforme o artigo 242 do Código Penal:

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:
Pena - reclusão, de dois a seis anos.
Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:
Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. (BRASIL, 1940).

Adoção bilateral é chamada aquela feita em conjunto, por quem é casado ou vive em união estável. Essa provavelmente é a situação mais comumente encontrada, no entanto, é necessário comprovar a estabilidade da família para receber o adotando (SILVA, 2014, p. 6).

Existe ainda a chamada adoção de maiores, a qual depende da assistência do Poder Público e de sentença judicial (SILVA, 2014, p.6). No entanto, não precisa, nesse caso, da autorização dos pais biológicos, basta a manifestação positiva do adotando.

Existe ainda a adoção de nascituro, cuja possibilidade ainda é matéria de controvérsia, existe um grupo de doutrinadores que entendem ser vedada tal possibilidade e outra que defende ser possível tal modalidade de adoção.

A primeira corrente de entendimento doutrinário, conforme aponta Thales Tácito Cerqueira, sustenta que não é possível a adoção de nascituro no Brasil, por força do parágrafo sexto do artigo 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*: Para os adeptos desta corrente como o Brasil é signatário da Convenção de Haia, encontra-se comprometido com os princípios por ela reconhecidos dentre os quais podemos citar àqueles atinentes à Proteção das Crianças, expresso no artigo 4º, letra “c”, item 4, da referida Convenção, que preconiza que o consentimento da mãe, quanto à adoção de seu filho, deve ser manifestado após o seu nascimento, priorizando, ainda a manutenção desta em sua família biológica. (DINIZ, 2012, p.19).

Entretanto, existe posicionamento no sentido contrário, ou seja, a segunda corrente doutrinária entende que:

O argumento que proíbe a adoção do nascituro, para essa corrente não procede, pois o Pacto de San José da Costa Rica foi recepcionado pelo STF como lei ordinária, e não com status constitucional (artigo 5º, §3º da CRFB, incluído pela EC nº45/2004) e, como tal, não teve força para mudar a soberania nacional. Da mesma forma, o Decreto nº 3.087/1999 e os demais que se seguem não podem alterar o artigo 5º da CRFB e o artigo

7º da LINDB, que asseguram igualdade a todos, inclusive aos nascituros, cujos direitos são adquiridos com o nascimento com vida. (DINIZ, 2012, p. 21).

Existe ainda a adoção de fato, considerado filho de criação. O ordenamento jurídico brasileiro não contempla essa possibilidade, no entanto, na realidade fática tal situação ocorre com certa frequência, pais não biológicos criam uma criança como filho, e somente mais tarde buscam regularizar tal situação. Os tribunais são desafiados, gradativamente, a decidir questões que envolvem filhos de criação:

APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES. PEDIDO DE ALVARÁ PARA LEVANTAMENTO DE SALDO BANCÁRIO DE PESSOA FALECIDA. REQUERENTE SEDIZENTE FILHA DE CRIAÇÃO. DEFERIMENTO DO ALVARÁ, DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO. Considerando que, ao que consta da certidão de óbito, a falecida não deixou filhos e também não deixou qualquer bem sujeito a inventário, mas apenas saldo bancário de pequena monta, impõe-se deferir-se o pedido de expedição de alvará deduzido pela requerente, sedizente filha "de criação" da falecida, ponderando que a apelante foi reconhecida como dependente da extinta em ação previdenciária. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Embora não exista legislação que preveja essa modalidade de adoção, o judiciário precisa dar uma resposta para situações desse tipo, tendo em vista proteger os direitos das pessoas envolvidas.

Uma nova modalidade de adoção que vem sendo discutida pela doutrina é a adoção homoafetiva, não prevista no Código Civil de 2002, isso porque o ordenamento civilista reconhece somente a união estável entre homem e mulher: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” (BRASIL, 2002). Tal dispositivo, entretanto,

[...] não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal. Essa foi a conclusão da Corte Suprema ao julgar procedente pedido formulado em duas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas, respectivamente, pelo Procurador-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Prevaleceu o voto do Ministro Ayres Britto, relator, que deu interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1.723 do Código Civil para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. O relator asseverou que esse reconhecimento deve ser feito de acordo com as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável

heteroafetiva. Enfatizou que a Constituição veda, expressamente, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem, o que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, da idade, da cor da pele e da raça, na acepção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se coloca como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja. (BRASIL, 2018).

Pela nova concepção, uma família não precisa ser formada, necessariamente, com base em laços biológicos, ela pode nascer de outras formas, desde que as pessoas que a compõe estejam ligadas por laços de afeto. A Constituição Federal já reconhece outras modalidades de família, deixando de lado a ideia ultrapassada de que esta deve ser formada, necessariamente, por pai, mãe e filhos. A afetividade passa a ser um componente importante nessa nova configuração familiar.

A partir do reconhecimento da união estável homoafetiva, pela Suprema Corte, como entidade familiar, é imperioso que se admita a possibilidade da adoção por casais homoafetivos, conforme entendimento do STF:

A ministra Carmen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal (STF), negou recurso do Ministério Público do Paraná e manteve decisão que autorizou a adoção de crianças por um casal homoafetivo. Na decisão, a ministra argumentou que o conceito de família não pode ser restrito por se tratar de casais homoafetivos.

[...]

No entendimento de Carmen Lúcia, o conceito de família, com regras de visibilidade, continuidade e durabilidade, também pode ser aplicado a pessoas do mesmo sexo.

"O conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico", justificou a ministra na decisão.

Segundo ela, a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família.

A decisão de Carmen Lúcia foi baseada na decisão do plenário do Supremo, que reconheceu, em 2011, por unanimidade, a união estável de parceiros do mesmo sexo. Na ocasião, o ministro Ayres Britto, então relator da ação, entendeu que a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. (AGÊNCIA BRASIL, 2015, p.1).

Pela notícia sobre decisão do STF, transcrita acima, fica evidente que, embora o ordenamento não preveja expressamente a adoção por casal homoafetivo, negá-la seria, no mínimo, discriminatório.

Tem-se ainda, enquanto modalidade, a adoção internacional, esta sim, prevista e regulada no ordenamento jurídico pátrio. Ela consiste, efetivamente, na

possibilidade de pessoa de nacionalidade diversa da brasileira, adotar uma criança no Brasil. Essa modalidade está prevista no ECA:

Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto nº 3.087, de 21 junho de 1999, e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção. (BRASIL, 1990).

A adoção *Intuitu Personae*, por sua vez, consiste na possibilidade dos pais biológicos consentirem na adoção de seu filho por determinada pessoa, “identificada como pessoa certa ou para um casal específico.” (MADALENO apud SILVA, 2014). Essa forma de adoção não tem previsão legal, sendo, inclusive, considerada uma afronta ao sistema e a ordem da fila de espera. No entanto, quando ela ocorre de fato, o judiciário muitas vezes se vê compelido a reconhecê-la, atendendo ao melhor interesse da criança.

Existe ainda a adoção póstuma, prevista o § 6º do artigo 42, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.” (BRASIL, 1990).

Por fim, a adoção unilateral é aquela feita por uma pessoa, individualmente, por exemplo, por pessoa soleira, viúva, separada, divorciada, que, com o adotado, vai formar uma família monoparental (SILVA, 2014).

Essas são as modalidades de adoção mais comumente abordadas na doutrina, algumas previstas na legislação, e outras que, embora não tenham previsão legal, acontecem no mundo dos fatos, desafiando o judiciário a regulamentar essas situações.

1.3 O ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL OU COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA COMO PERÍODO DE TRANSIÇÃO PARA O PROCESSO DE ADOÇÃO

As crianças ou adolescentes que compõem a lista de espera por adoção geralmente se encontram em acolhimento institucional ou em família substituta, ou porque são órfãos, ou porque ocorreu a destituição do poder familiar. A destituição é

medida extrema, tomada somente em situações de absoluta necessidade, pelo bem estar e proteção do menor.

O poder familiar é uma prerrogativa dos pais e um dever que eles também têm, de manter seus filhos menores sob sua guarda, sustento e educação, cabendo-lhes ainda, no interesse dos filhos, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. [...] Faltando os pais com suas funções parentais de zelo, guarda, formação, criação e educação de sua prole, regula o artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente o decreto de perda ou suspensão do poder familiar pelo descumprimento dos deveres ordenados no artigo 22 do ECA. O procedimento para a perda ou a suspensão do poder familiar, pode ser proposto pelo Ministério Público ou por quem tenha legítimo interesse, e está regulado pelos artigos 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo, no entanto, incontroverso, que a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar. (MADALENO, 2017, p. 211).

A ideia primeira é manter a criança ou adolescente, sempre que possível, junto à sua família natural. No entanto, existem situações em que ficar na família natural oferece riscos ao menor, e nesses casos se justifica o afastamento. Por outro lado, sempre que se mostrar possível sua reinserção na família natural, esta deve ser tentada. Nesse sentido a adoção só será possível se esgotada todas as tentativas de manutenção na família natural, o que, aliás, é um direito previsto constitucionalmente.

Consta como fundamental direito da criança e do adolescente e agora também do jovem (EC 65/2010), assegurado pelo artigo 227 da Constituição Federal, garantir ao infante a convivência familiar e comunitária, como já ordenava a Convenção dos Direitos da Criança, das Nações Unidas, ao estabelecer que a criança deva crescer no seio de sua família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade. A Lei Nacional da Adoção tornou, portanto, mais rigoroso o procedimento de adoção, pois prioriza e sempre, a retomada da convivência familiar e comunitária, em ambiente livre de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (ECA, art. 19), transformando-se a adoção na última alternativa dentre as políticas públicas a serem tomadas no propósito de atender aos melhores interesses da criança e do adolescente. (MADALENO, 2017, p. 209).

Nesse mesmo sentido a Lei Nacional da Adoção, Lei 12.010 de 3 de agosto de 2009, que dispõe já em seu artigo 1º:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente.

§ 1º A intervenção estatal, em observância ao disposto no caput do art. 226 da Constituição Federal, será prioritariamente voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer, ressalvada absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada. (BRASIL, 2009).

No entanto, conforme já referido, existem situações em que o menor precisa ser retirado de sua família natural, para a sua própria segurança. Nesse caso pode se verificar a institucionalização ou a colocação em família substituta.

O programa de acolhimento familiar é uma medida protetiva a ser aplicada exclusivamente pelo juiz da Vara da Infância e da Juventude (ECA, art. 101, VIII), pelo qual a criança ou adolescente é retirado da guarda de sua família de origem e entregue a uma pessoa singular ou a uma família, denominada família acolhedora, previamente cadastrada no programa de acolhimento familiar, habilitada para o resguardo, e encarregada de oferecer carinho e cuidados especiais ao assistido,⁸ em caráter provisório, até que passe a situação de risco e este possa retornar ao convívio de sua família natural. O acolhimento institucional (ECA, art. 101, inc. VII) decorre da manutenção da criança ou adolescente em uma entidade de atendimento pública ou privada, ordenando o artigo 19, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente que a permanência da criança ou adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de dois anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária. (MADALENO, 2017, p. 209).

Essa situação pode ser temporária, apenas até que a família se reestruture ou eventual perigo seja afastado. Porém, existem inúmeras situações em que essa situação se torna definitiva.

Havendo necessidade de afastamento da criança ou do adolescente de sua família natural, o infante será encaminhado temporariamente para programas de acolhimento familiar e institucional, que, ao lado da guarda e da tutela, mantêm a criança e o adolescente a salvo de riscos provenientes de sua família natural que é alvo de uma reestruturação institucional. O procedimento de inclusão em programa de acolhimento familiar ou institucional familiar é regulamentado pelos incisos VII e VIII do artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo medidas emergenciais tomadas para a proteção de vítimas de violência ou de abuso sexual e para evitar os maus-tratos ou opressão impostos pelos pais ou responsável, em conformidade com o artigo 130 do ECA, estabelecendo o parágrafo único deste artigo que da medida cautelar de afastamento do agressor da moradia comum também constará a fixação provisória dos alimentos de que necessitam a criança ou o adolescente dependentes do agressor. A preferência é pelo acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional, pois o relacionamento e a iteratividade serão indubitavelmente mais fortes, significativas e relevantes em um ambiente familiar do que a criança ou o adolescente permanecer em um abrigo repleto de crianças igualmente necessitadas de especial atenção. (MADALENO, 2017, p. 209).

A Lei Nacional da Adoção, referida anteriormente, que altera o Estatuto da Criança e do adolescente, dando nova redação ao seu artigo 19, estabelece regras para menores que se encontrem nessa situação:

Art. 2º A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 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.

§ 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.

§ 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. (BRASIL, 2009).

A legislação estabelece prazo máximo para um menor permanecer em acolhimento institucional, no entanto, na prática, esse prazo geralmente se estende, e à medida que a criança permanece e cresce nessas instituições, a chance de ser adotada diminui, em virtude da clara preferência que candidatos à adoção expressam por bebês ou crianças de, no máximo, dois anos. Por essa razão, chama-se adoção tardia aquela que tem como adotando criança com mais de dois anos de idade. Além do entrave da preferência dos adotantes, outras barreiras, relacionadas com o processo, como os requisitos e a burocracia, dificultam a concretização dessas adoções.

O serviço de acolhimento, conforme já verificado, se divide em duas modalidades: acolhimento institucional e acolhimento familiar. Essa divisão está prevista no ECA (Lei 8.069/90). Para colocação do menor em algum desses programas, é preciso que exista determinação judicial nesse sentido. Excepcionalmente as instituições podem acolher crianças sem prévia determinação judicial, no entanto, nesse caso, devem comunicar o juízo no prazo estabelecido na Lei:

Art. 93. As entidades que mantenham programa de acolhimento institucional poderão, em caráter excepcional e de urgência, acolher crianças e adolescentes

sem prévia determinação da autoridade competente, fazendo comunicação do fato em até 24 (vinte e quatro) horas ao Juiz da Infância e da Juventude, sob pena de responsabilidade. (BRASIL, 1990).

O termo acolhimento institucional veio, nesse sentido, alterar as concepções anteriores. São instituições que devem oferecer programas de abrigo e atender crianças e adolescentes que tenham tido seus direitos violados e que, em razão disso, necessitam ser temporariamente afastados da convivência de suas famílias. Funcionam, de fato, como residência provisória, na qual as crianças permanecem até o retorno ao seu lar de origem ou em caso de impossibilidade, até serem colocadas em família substituta (SILVA, 2014).

Já a colocação do menor em família substituta, conforme Madaleno,

[...] se dá por três diferentes modalidades: a) guarda; b) tutela; ou c) adoção (ECA, art. 28) e sua execução só irá ocorrer se efetivamente for impossível manter a criança ou o adolescente, mesmo que momentaneamente, com sua família natural. A colocação de criança ou adolescente em família substituta é medida de proteção para afastar o infante de uma situação de risco de lesão a seus fundamentais direitos, pela ação ou omissão de seus pais. É medida a ser aplicada para a proteção do petiz, independentemente de sua situação jurídica, podendo ser acautelados os interesses do menor com as medidas provisórias de guarda ou de tutela, porquanto a adoção depende da inexistência ou destituição do poder familiar, sendo imprescindível cumular, quando for o caso, o pedido de adoção com o de destituição do poder familiar, anotando Guilherme Freire de Melo Barros ser firme o posicionamento do STJ quanto à necessidade dos adotantes cumulem os dois pedidos, sob pena de caracterização de falta de condição da ação, consistente na impossibilidade jurídica do pedido. Contudo, havendo a anuência dos genitores ou do responsável legal, a colocação da criança ou adolescente em família substituta é procedimento de jurisdição voluntária, somente sendo utilizado o processo contencioso quando não houver a concordância dos pais, sendo indispensável a intervenção judicial para qualquer uma das duas hipóteses. (MADALENO, 2017, p. 212).

A guarda familiar é preferível à guarda institucional “pois é aconselhável fique o infante sob o abrigo de um ambiente doméstico em detrimento de seu acolhimento em uma instituição (ECA, art. 34, § 1º).” (MADALENO, 2017, p. 215).

As três modalidades de colocação em família substituta estão identificadas, em primeiro plano, pela guarda, que obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais (ECA, art. 33). A guarda regulariza a posse de fato da criança e do adolescente e tem o caráter provisório, enquanto se encaminha a reintegração do infante com a reestruturação de sua família natural ou se inviável a recuperação dos laços com a família natural ou extensa, que se encaminhe para a adoção. A guarda de terceiros não implica em destituição do poder familiar dos pais da

criança ou adolescente, mas unicamente transfere para terceiro sua posse física e o dever de zelar pela integridade física e psíquica do infante. A guarda só tem o propósito de retirar a criança ou o adolescente de uma situação de risco em sua família de origem, tendo desaparecido a figura da guarda com a finalidade meramente previdenciária ou assistencial, entretanto, quando realmente presente a situação de risco típica da medida de guarda legal, a criança ou adolescente adquire a condição de dependente de seus guardiões, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários (ECA, art. 33, § 3º). (MADALENO, 2017, p. 214).

A tutela, por sua vez, está prevista nos artigos 1.728 e 1.766 do CC, ela “[...] confere a posse de fato da criança e do adolescente e o direito de representação a ser exercido pelo tutor, sucedendo nesse caso a destituição do poder familiar que é incompatível com o instituto da tutela (ECA, art. 36).” (MADALENO, 2017, p. 214). É o instrumento adequado de guarda para menores detentores de bens.

Por fim, como uma medida excepcional, que não pode ser revogada, que se aplica somente quando foram esgotados os recursos para manutenção do menor na família natural ou substituta, tem-se a adoção. Quando a criança tem mais de dois anos de idade, chama-se essa adoção de tardia, assunto que será tratado no próximo capítulo.

2 DA DIFICULDADE DA CONCRETIZAÇÃO DA ADOÇÃO TARDIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A maior parte dos requerentes à adoção expressa o desejo de acompanhar integralmente o desenvolvimento físico e psicossocial, que se manifestam desde as primeiras expressões faciais, além das primeiras falas e passos. Querem construir uma história familiar e registrá-la a partir dos primeiros dias de vida do filho (CAMARGO, 2006). É muito pequeno o número de adotantes que aceitam crianças em qualquer situação ou idade, e isso faz com que a adoção tardia, assim considerada para adotados com mais de dois anos, ocorra com menor frequência do que seria o ideal. As filas de pessoas que esperam para adotar são enormes, e o número de crianças aguardando uma família adotiva também. O que ocorre é que muitos dos potenciais adotantes não aceitam crianças maiores, isso quando não colocam restrições quanto à cor, raça ou doença.

Outra grande dificuldade está na disponibilização das crianças para adoção. Pois é necessário ocorrer antes à destituição do poder familiar, que permite que meninos e meninas abandonados sejam desvinculados por completo dos pais e parentes biológicos e liberados para serem adotados. Além disso, existem os entraves legais que influenciam na morosidade do processo de adoção, é o que será tratado na sequência.

2.1 DOS ENTRAVES LEGAIS QUE INFLUENCIAM NA MOROSIDADE PROCESSUAL

O Poder judiciário está sobrecarregado de processos, o que ocasiona demora e atraso nas decisões. Pessoas com menor renda, ainda que fiquem ao abrigo da AJG – Assistência Judiciária Gratuita, não escapam dos altos honorários, que retiram dos menos favorecidos a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário. É claro que eles têm a opção de aguardar por um defensor público, patrocinado pelo Estado, mas nessa hipótese a tendência é que a ação demore ainda mais, em virtude da sobrecarga de demanda.

O pior é que um processo sem celeridade e efetividade, acaba perdendo seu sentido. “O acesso à justiça e a entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável constituem um direito subjetivo do cidadão.” (HAJE, 2013, p.1).

Está se firmando a compreensão de que, o acesso à justiça e a entrega da prestação jurisdicional célere e segura são direitos fundamentais do cidadão, tornando urgente algum tipo de providência para que isto se torne realidade. (HAJE, 2013, p. 1).

Poderia se indagar se a morosidade ocorre pelo excesso de recursos previstos na legislação processual, que dificultaria a conclusão do feito, se deveria ter mais servidores atuando junto ao judiciário no sentido de acelerar o prazo da prestação jurisdicional, ou se seria possível retirar da esfera do judiciário mais processo que possam ser resolvidos através da mediação ou arbitragem.

O Poder Judiciário, muitas vezes, acumula causas que tratam de questões irrelevantes, movidas por interesses psicológicos ou visando apenas à satisfação pessoal do indivíduo, abarrotando o Estado e, conseqüentemente, cerceando sua celeridade (SVEDAS, 2001, p. 18).

O processo deve ser visto como instituição jurídica que, ao lado do Estado, do povo, da cidadania, da soberania popular, contém princípios próprios definidos nas garantias do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, reunidos pelo instituto do devido processo legal aliados à estrutura do Estado Democrático de Direito. (SILVA, 2009, p. 10).

A morosidade do Judiciário é um problema grave, posto que afeta os direitos fundamentais do cidadão que busca no Estado a tutela de seus direitos que, em muitos casos, torna-se rechaçada mediante tamanha burocracia.

Na tentativa de agilizar o procedimento de adoção e reduzir o tempo de permanência de crianças em instituições a chamada Lei Nacional da Adoção (Lei 12.010/09) não faz jus ao nome, pois só veio dificultar o processo de adoção. De forma injustificável por onze vezes reitera a preferência à família natural. (DIAS, 2015, p. 504).

O transcurso do tempo pode acarretar diversos infortúnios para as Partes, levando o processo adotivo se tornar um problema para os adotantes.

A burocracia ainda é o principal entrave ao processo de adoção no Brasil, cuja demora muitas vezes resulta nos chamados “filhos de abrigo”, ou seja, crianças que acabam passando sua infância inteira em unidades de acolhimento até atingir a maioridade. As regiões Nordeste e Sudeste apresentam processos de habilitação à adoção com menor tempo, enquanto no Centro-Oeste e Sul os processos de habilitação são mais demorados, atingindo tempos médios maiores do que dois anos. (FARIELLO, 2015, s.p).

A morosidade no sistema judicial brasileiro representa um desgaste institucional e um peso para toda a sociedade, pois gera uma ideia de que a justiça não é séria e nem competente, e isso atinge toda a sociedade e os cidadãos, e compromete diretamente a visão institucional.

Acesso à justiça quer dizer acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Essas pessoas têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mão de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa. (CAPPELLETI, 1899, P.21)

No entanto, nem todos os conflitos que acontecem em nossa vida precisam, necessariamente, serem resolvidos em órbita judicial. Existem outras formas de resolução de conflitos, como a mediação e a arbitragem, e mesmo a negociação extrajudicial. No Brasil criou-se a cultura da judicialização dos conflitos, em consequência de fatores sociopolíticos e econômicos dos últimos anos. O crescimento populacional e o maior intercâmbio de relações entre as pessoas, também se refletem no aumento das demandas judiciais.

O Poder Judiciário por certo não estava preparado para assumir essa tarefa de pacificação social, através da resolução dos conflitos de forma célere e eficiente. “Este avanço abriu o caminho à justiça, e como forma de garantir esses direitos consagrados na Carta Magna o judiciário passou então ser provocado por demandas sociais então reprimidas [...]” (PIZETA, *et al.*, 2014, s.p.).

O referido aumento, no entanto, não pode afetar a segurança jurídica, o devido processo legal.

É premente conciliar os valores da celeridade com aqueles da segurança jurídica e da qualidade da prestação jurisdicional, sendo assim, mesmo trazendo em seu rito certas inovações para o ordenamento jurídico brasileiro, como a restrição aos recursos, proibição de reexame necessário, a redução de demandas nas varas de competência comum e tribunais regionais federais, a igualdade formal entre as partes, a supressão dos privilégios dos entes públicos, a satisfação dos pleitos com maior rapidez, entre outros, não se pode deixar que a segurança jurídica e efetiva tutela dos direitos sejam postas em segundo plano. A efetiva tutela dos direitos e a segurança jurídica devem sempre ser as premissas básicas de qualquer silogismo jurídico. (BARROUCHE, apud PIZETA, *et al.*, 2014, s.p).

Essa segurança processual precisa ser ainda maior quando se trata de um processo de adoção, que se relaciona diretamente com a vida das pessoas. Conforme dispõe no Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção é irrevogável. Sendo assim, nem com a morte do adotante ou do adotado se restabelece o vínculo familiar com os pais biológicos. A repercussão da adoção gera efeitos de ordem pessoa, referente ao parentesco, ao poder familiar e ao nome; e de ordem patrimonial, que é relativo aos direitos a alimentos e aos direitos de sucessão (MAIA, 2008).

O Poder Judiciário, muitas vezes, acumula causas que tratam de questões irrelevantes, movidas por interesses psicológicos ou visando apenas à satisfação pessoal do indivíduo, abarrotando os tribunais, e conseqüentemente, comprometendo a celeridade dos processos (SVEDAS, 2001).

No caso específico do processo de adoção, isso pode acarretar vários infortúnios para as partes, transformando esse processo em um problema para quem quer adotar. Além disso, afronta os direitos de crianças e adolescentes, que passam por longas filas de espera, sem qualquer amparo familiar, pois geralmente estão institucionalizadas. É esse caminho que a criança percorre até a adoção, que será objeto de estudo no próximo título.

2.2 O CAMINHO ENTRE A FAMÍLIA DE ORIGEM, A INSTITUCIONALIZAÇÃO E A FAMÍLIA SUBSTITUTA

A família, independentemente de seu modelo de constituição, serve de base para a sociedade, além de ser a primeira experiência de socialização do indivíduo. Em virtude dessa importância é que a legislação se firma no sentido de sempre tentar a reintegração da criança em sua família natural: “Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.” (BRASIL, 1990).

Família natural, conforme conceito legal do Estatuto “[...] é a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.” Família extensa ou ampliada é conceituada pela mesma Lei como sendo “[...] 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.” (BRASIL, 1990).

Como se pode observar, a família substituta é medida excepcional. O inciso 1º do artigo supracitado estabelece regras de reavaliação da situação de crianças institucionalizadas:

§ 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) 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 pela colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. (BRASIL, 1990).

O referido inciso se reporta às formas de colocação em família substituta, prevista no 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.” (BRASIL, 1990).

A criança acaba em uma instituição ou porque é abandonada pela família natural, ou porque é afastada dessa família para a sua proteção e segurança, mas essa não deveria ser uma situação que se prolongue no tempo. Aliás, o próprio Estatuto da Criança ou Adolescente estabelece um limite temporal para a criança permaneça institucionalizada, conforme previsto no §2º do artigo 19:

A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 18 (dezoito meses), salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária. (BRASIL, 1990).

Lamentavelmente, na prática, esse limite temporal não é observado, é letra morta, pois tem crianças que permanecem por vários anos em instituições, algumas até atingirem a maioridade.

Sempre que possível, deve-se buscar manter ou reintegrar a criança ou adolescente em sua família natural, e quando reintegrado, esse menor deve ser colocado em programas de proteção, apoio e promoção, conforme preceitua o § 3º, do artigo 19 do comentado Estatuto (BRASIL, 1990). Quando não é possível, por alguma razão, a reintegração, busca-se a família extensa:

§ 3º A busca à família extensa, conforme definida nos termos do parágrafo único do art. 25 desta Lei, respeitará o prazo máximo de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período.

§ 4º Na hipótese de não haver a indicação do genitor e de não existir outro representante da família extensa apto a receber a guarda, a autoridade judiciária competente deverá decretar a extinção do poder familiar e determinar a colocação da criança sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-la ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional. (BRASIL, 1990).

Antes de decretar a extinção do poder familiar é marcada uma audiência, na qual devem comparecer genitores ou integrantes da família extensa para manifestar o interesse de exercer o poder familiar ou a guarda. Caso nem genitores e nem familiares compareçam, a autoridade judiciária suspende o poder familiar dos genitores e coloca o menor em guarda provisória de quem possa vir a adotá-la. O detentor dessa guarda e o menor passarão por um estágio de convivência, e no máximo em 15 dias após o término desse estágio, se tiver a intenção de adotar, o guardião deve propor a ação de adoção (BRASIL, 1990).

O artigo 19-B foi incluído no Estatuto pela Lei nº 13.509 de 2017, e tem a seguinte redação:

Art. 19-B. A criança e o adolescente em programa de acolhimento institucional ou familiar poderão participar de programa de apadrinhamento

§ 1º O apadrinhamento consiste em estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente os vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro

§ 2º Podem ser padrinhos ou madrinhas pessoas maiores de 18 (dezoito) anos não inscritas nos cadastros de adoção, desde que cumpram os requisitos exigidos pelo programa de apadrinhamento de que fazem parte.

§ 3º Pessoas jurídicas podem apadrinhar criança ou adolescente a fim de colaborar para o seu desenvolvimento

§ 4º O perfil da criança ou do adolescente a ser apadrinhado será definido no âmbito de cada programa de apadrinhamento, com prioridade para crianças ou adolescentes com remota possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família adotiva. (BRASIL, 1990).

Cabe destacar que, conforme artigo 23 do Estatuto, “[...] a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.” Nessa situação, e inexistindo outro motivo para a destituição, a criança ou adolescente deve ser mantida na família natural, que por sua vez deve ser colocada em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção (BRASIL, 1990).

Como se pode observar, precisa existir motivo consistente para a suspensão ou perda do poder familiar, como o descumprimento, sem justificativa, dos deveres e obrigações previstos no artigo 22:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (BRASIL, 1990).

Quando os pais não cumprem com seus deveres para com os filhos, pode ocorrer a suspensão do poder familiar, que se dará sempre judicialmente, em procedimento contraditório. O inciso 5º do artigo 28 prevê que:

§ 5º A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. (BRASIL 1990).

Além disso, quando a extinção do poder familiar for decretada com relação a irmãos, estes “[...] 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 [...]”. Busca-se com isso evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais. (BRASIL, 1990).

Os artigos 30, 31 e 32 são de cunho protetivo, e estabelecem limites para a colocação em família substituta:

Art. 30. A colocação em família substituta não admitirá transferência da criança ou adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não-governamentais, sem autorização judicial.

Art. 31. A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção.

Art. 32. Ao assumir a guarda ou a tutela, o responsável prestará compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo, mediante termo nos autos. (BRASIL, 1990).

O artigo 33 estabelece obrigações para o detentor da guarda do menor: “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.” (BRASIL, 1990).

Já a tutela, deferida para menores de 18 anos, pressupõe a prévia perda ou suspensão do poder familiar, e implica no dever de guarda. Ou seja, o tutor nomeado é que passa a ser detentor da guarda do menor (BRASIL, 1990).

Por fim, como medida excepcional, irrevogável e final, tem-se a adoção. Esta “[...] 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.” (BRASIL, 1990). A adoção só pode ser deferida em processo judicial, procedimento que será abordado na sequência.

2.3 O PROCESSO DE ADOÇÃO NO JUDICIÁRIO: REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS PARA A EFETIVAÇÃO DA ADOÇÃO

Conforme já explanado em títulos anteriores, o Estado necessariamente precisa participar do processo de adoção. Ele participa, inicialmente, buscando prioritariamente a manutenção do menor na sua família natural, no entanto, quando isso não é possível, ele será colocado sob a adoção, tutela ou guarda (BRASIL, 2009).

A Lei nº 12.010/2009 altera dispositivos do Estatuto da Criança e Adolescente, que passa a ter, no que diz respeito à institucionalização do menor, conforme incisos 1º e 2º do artigo 19, a seguinte redação:

§ 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.

§ 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. (BRASIL, 2009).

Conforme disposto na legislação o menor não deveria permanecer em abrigo salvo raras exceções, por período superior a dois anos, além de passar por reavaliação a cada seis meses. Infelizmente, a realidade dos abrigos demonstra que essa regra efetivamente não é seguida, pois crianças permanecem por períodos bem superiores ao tempo assinalado pela lei, assim sendo, o que deveria ser exceção, passa a ser a regra, na maioria dos casos.

Estima-se que os fatores que podem contribuir para essa realidade, são as exigências dos adotantes, com relação às qualidades do adotando, além da morosidade e complexidade do próprio processo de adoção.

A própria legislação estabelece requisitos, que, embora visem o melhor interesse do menor, nem sempre são fáceis de ser atendidos. É o caso, por exemplo, do que prescreve o inciso 4º do artigo 25, do Estatuto da Criança e Adolescente, alterado pela Lei 12.010/2009:

§ 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. (BRASIL, 2009).

Os adotantes geralmente querem adotar uma criança, e quando tem um grupo de irmãos a serem adotados preferencialmente pela mesma família, podem se sentir desencorajados a seguir com o processo de adoção.

É importante destacar que a Lei estabelece como regra, para a adoção, a prevalência dos interesses do menor: “Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.” (BRASIL, 1990). Ou seja, diferentemente do que ocorria no passado, quando se buscava atender exclusivamente ao interesse do adotante, hoje se priorizam os interesses do adotado. Desse modo, em várias situações, pelo fato de não atender ao que o adotante deseja, este acaba por desistir de seu intuito de adotar.

Outro requisito exigido pela legislação é o estágio de convivência: “Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso.” (BRASIL, 1990). Muitas vezes, com o estágio, ocorre um choque de realidade, quando adotantes que sonhavam com uma situação e família perfeita percebem que cuidar de uma criança ou adolescente, que tem personalidade e costumes próprios, nem sempre é fácil, e muitas vezes chegam a conclusão, durante o estágio de convivência, que não vai dar certo, ou que a realidade é muito distante do sonho que acalentavam.

Esse estágio de convivência é acompanhado pela equipe interprofissional, a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que atua no processo, os quais apresentarão relatório minucioso sobre a experiência, e ao final do prazo estipulado

da convivência, apresentará laudo recomendando o deferimento ou não da adoção (BRASIL, 1990).

Caso seja deferida a adoção, serão tomadas as providências previstas no artigo 47 do Estatuto:

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

§ 2º O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado. (BRASIL, 1990).

O Estatuto confere prioridade aos processos de adoção em que o adotante for menor com deficiência ou doença crônica (BRASIL, 1990). Diga-se de passagem, no entanto, que são raros os adotantes que aceitam crianças ou adolescentes nessa condição.

O prazo para a conclusão do processo de adoção é de cento e vinte dias. Esse prazo pode ser prorrogado mediante decisão fundamentada do juiz, por uma vez, pelo mesmo prazo, ou seja, mais cento e vinte dias (BRASIL, 1990).

O Estatuto prevê que cada comarca deve manter cadastro atualizado das crianças disponíveis para adoção, bem como dos candidatos a adotantes. Para se cadastrar como adotante será “[...] precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica,” (BRASIL, 1990). Essa preparação será orientada “[...] 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.” (BRASIL, 1990).

A citada legislação estabelece, no inciso 5º do artigo 50: “§ 5º Serão criados e implementados cadastros estaduais e nacionais de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção.” (BRASIL, 1990). Esse cadastro pode ser acessado no site do CNJ, onde se pode, inclusive, verificar as estatísticas com relação ao relatório dos pretendentes e dos adotandos, material utilizado nessa pesquisa em título anterior, na análise dos números atuais de adoção no Brasil.

Os candidatos a adotantes devem peticionar sua inscrição nos seguintes termos:

Art. 197-A. Os postulantes à adoção, domiciliados no Brasil, apresentarão petição inicial na qual conste:

- I - qualificação completa;
 - II - dados familiares;
 - III - cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável;
 - IV - cópias da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas;
 - V - comprovante de renda e domicílio;
 - VI - atestados de sanidade física e mental;
 - VII - certidão de antecedentes criminais;
 - VIII - certidão negativa de distribuição cível.'
- 'Art. 197-B. A autoridade judiciária, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, dará vista dos autos ao Ministério Público, que no prazo de 5 (cinco) dias poderá:
- I - apresentar quesitos a serem respondidos pela equipe interprofissional encarregada de elaborar o estudo técnico a que se refere o art. 197-C desta Lei;
 - II - requerer a designação de audiência para oitiva dos postulantes em juízo e testemunhas;
 - III - requerer a juntada de documentos complementares e a realização de outras diligências que entender necessárias. (BRASIL, 1990).

O inciso 8º do já referido artigo 50 prevê:

§ 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. (BRASIL, 1990).

Ou seja, preferencialmente se atenderá a lista da comarca de origem, mas nos casos que não são atendidos na comarca vão para o Cadastro Nacional. Se não se encontrar candidatos a adotantes para uma criança a nível nacional, existe ainda a possibilidade da adoção internacional. Enquanto a criança ou adolescente disponível para a adoção não encontrar adotante com interesse e compatível, “[...] sempre que possível e recomendável, será colocado sob guarda de família cadastrada em programa de acolhimento familiar.”. (BRASIL, 1990).

Excepcionalmente pode se deferir a adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil que não estava cadastrado, ou seja, sem observância da ordem da lista, nas seguintes hipóteses:

- I - se tratar de pedido de adoção unilateral; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).
- II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009);
- 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. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009). (BRASIL, 1990).

No decorrer desse capítulo verificaram-se as dificuldades e entraves para a concretização da adoção tardia. Considerando a grande quantidade de requisitos que devem ser preenchidos pelos candidatos a adotantes, embora se reconheça a sua necessidade, pode desestimular alguns. Sem falar na longa e demorada fila de espera, em que muitos candidatos passam anos aguardando para realizarem o sonho da paternidade ou maternidade. Esse sonho, na maioria dos casos, envolve crianças recém-nascidas, brancas e saudáveis. São poucos os casais ou pessoas que se dispõem a adotar crianças maiores, ou seja, àquelas cuja adoção se chama de tardia.

Para compreender melhor os entraves e dificuldades do processo, passa-se, no próximo capítulo, a análise de algumas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que tratam de destituição do poder familiar e adoção.

3 UMA BREVE ANÁLISE DE DECISÕES E DOS REQUISITOS OBSERVADOS PELO TJ/RS A RESPEITO DA ADOÇÃO TARDIA

Neste terceiro capítulo passa-se a análise do posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul- TJ/RS, a partir de acórdãos disponíveis em seu site, utilizando-se, como variáveis de pesquisa as palavras “adoção de criança maior de dois anos”. A pesquisa compreenderá o período de janeiro de 2017 até a presente data. Busca-se, dessa forma, identificar nos casos estudados eventuais dificuldades para a concretização da adoção tardia.

3.1 UMA BREVE ANÁLISE DE ALGUMAS DECISÕES DO TJ/RS

A partir da pesquisa no site do TJ/RS, realizada em 30 de outubro de 2018, nos moldes acima descritos, retornaram 47 (quarenta e sete) decisões. a análise de todas, razão pela qual se selecionou algumas, dentre as mais recentes e relevantes, para que se possa buscar um aprofundamento do tema, considerando os casos concretos. A primeira decisão a ser comentada trata-se de uma apelação cível em processo de destituição do poder familiar, julgada pela Sétima Câmara Cível:

ECA. APELAÇÃO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ADOÇÃO. CURADOR ESPECIAL. CITAÇÃO VÁLIDA. IMPUGNAÇÃO POR NEGATIVA GERAL. DESCABIMENTO. DISPUTA ENTRE OS GUARDIÕES E O GENITOR. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. 1. É cabível a citação por edital quando, depois de exauridas as diligências para a busca do réu, ele é declarado em lugar incerto e não sabido. 2. Descabe ao curador especial apresentar recurso de apelação fundado em impugnação por negativa geral, pois tal prerrogativa somente é possível ser aplicada em se tratando de contestação. Inteligência do art. 341, parágrafo único, do NCPC. 3. O recurso de apelação deve conter os fundamentos de fato e de direito que embasam a inconformidade, o que incorre na espécie, em completa afronta ao art. 1.010, inc. II, do NCPC. 4. Se os guardiões trataram de formalizar a guarda do adolescente, se essa guarda já perdura há mais de onze anos, o menor vem recebendo todos os cuidados e atenções e se resta consolidada a condição fática de filiação, então a adoção se mostra rigorosamente vantajosa para o menor e deveria mesmo ter sido deferida, sendo rigorosamente vazia a inconformidade do curador especial. Recurso desprovido. (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Interpôs o recurso foi o genitor, inconformado com a sentença de primeiro grau, proferida na comarca de Santa Cruz do Sul, a qual deu procedência ao pedido de adoção e destituição do poder familiar. O recorrente sustentou, inicialmente, a

nulidade da citação por edital, alegando a falta de publicação em jornal local. Além disso, postulou a improcedência da ação (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Em contrarrazões os recorridos alegaram que não existe nulidade da citação, uma vez que o processo estava sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, que exigia a publicação do edital somente em órgão oficial. Alegaram ainda que “[...] o inconformismo do recorrente não encontra amparo na Lei, tampouco na jurisprudência,” pelo que pediram o desprovimento do recurso (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

O relator, a seu tempo, desacolheu a preliminar de nulidade da citação. No mérito, asseverou que “[...] a ação de destituição do poder familiar é um procedimento grave, pois busca a ruptura dos liames jurídicos entre pais e filhos, possibilitando até a adoção como forma de inserção da criança ou adolescente em família substituta.” (RIO GRANDE DO SUL, 2018). No entanto, com relação às provas produzidas nos autos, assim se manifestou:

Os autos mostram com clareza a inaptidão do genitor para criar o filho e a falta de vínculo com o mesmo, sendo imperioso que se tenha em vista que os filhos não são propriedade dos pais, cabendo a estes o poder-dever de protegê-los e guiar-lhes a educação, mas quando reúnem condições para tanto... Verifica-se, pois, que o recorrente não se preocupou em manter sequer vínculo afetivo com GABRIEL E. S., sendo que a genitora JENOLI deixou-o com os recorridos quando o menino contava com um ano de idade, não tendo o genitor, ora recorrente, demonstrado qualquer interesse em tomar conta do filho, restando claro nos autos que o filho foi tratado com absoluto desinteresse e negligência, tendo o suporte material e inclusive afetivo dos adotantes. (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

O menor, que foi entregue pela mãe com apenas 1 ano de idade, estava, ao tempo do processo, com 12 anos. Considerando a situação e as provas trazidas aos autos, o Relator entendeu por manter a sentença de primeiro grau, desconstituindo assim o poder familiar dos genitores e regularizando a adoção pelo casal que criou e cuidou do menor (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

O segundo caso analisado, também uma apelação cível, com fundamento idêntico ao caso anterior, julgado pela Oitava Câmara Cível:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CUMULADA COM ADOÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE DE CITAÇÃO EDITALÍCIA. ABANDONO. CRIANÇA QUE POSSUI ESTREITOS VÍNCULOS AFETIVOS COM OS GUARDIÕES, PRETENDENTES À ADOÇÃO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. Preliminar de nulidade processual rejeitada. As tentativas

de localização do requerido restaram infrutíferas, autorizando a citação por edital, nos termos do art. 256, II, do CPC. 2. O contexto probatório carreado aos autos comprova sem sombra de dúvida o abandono afetivo e material perpetrado em relação ao infante, que foi cuidado pelos pretendentes à adoção desde tenra idade, circunstância que autoriza a destituição do poder familiar, com fundamento no art. 1.638, inc. II, do Código Civil. Muito embora seja medida extrema, vai ao encontro dos superiores interesses da criança, princípio insculpido no art. 100, inciso IV, do ECA, ao viabilizar a adoção pretendida pelos guardiões, sendo evidente o benefício que a adoção representará em razão dos fortes laços afetivos que o menor, hoje com 08 anos de idade, tem os autores, desde tenra idade, como seus pais, dando contornos jurídicos a esta realidade já consolidada. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, 2018)

Da mesma forma que no caso anterior, foi desprovido o recurso. A diferença entre um e outro caso, é que, nesse último, a criança foi entregue aos candidatos à adoção logo que nascida, e ao tempo do processo estava com oito anos de idade, demonstrando um forte laço afetivo com a família que a acolheu. O Relator, da mesma forma, manteve a destituição do poder familiar e deferiu a adoção para os postulantes à adoção (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

No próximo caso analisado, apelação cível, o caso é mais complexo, pois envolve uso de entorpecentes por parte da genitora. Trata-se de apelação cível, julgada pela Oitava Câmara Cível:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ADOÇÃO. GENITORA USUÁRIA DE ENTORPECENTES. NEGLIGÊNCIA NOS CUIDADOS COM O FILHO. DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. INAPTIDÃO DOS GENITORES DE EXERCER A FUNÇÃO PARENTAL DE FORMA RESPONSÁVEL. PREVALÊNCIA DOS SUPERIORES INTERESSES DO MENOR, QUE NÃO MANTÉM QUALQUER CONTATO COM OS PAIS BIOLÓGICOS, POSSUINDO ESTREITOS VÍNCULOS AFETIVOS COM A FAMÍLIA SUBSTITUTA EM QUE INSERIDO. 1. Embora se trate de medida extremamente gravosa e excepcional, autoriza-se a destituição do poder familiar, com fulcro no art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando sobejamente comprovado o descumprimento injustificado dos deveres inerentes ao poder familiar, caracterizando a inaptidão dos genitores para o exercício da função da função parental de forma responsável e protetiva ao filho. 2. Ademais, também não deve ser ignorado o fato de que a criança já possui fortes laços afetivos consolidados com a família substituta em que inserida há 8 anos, identificando os apelados como seus pais, de modo que, a fim de regularizar juridicamente a situação fática posta, é imperiosa a manutenção do decreto de perda do poder familiar, com o julgamento de procedência do pedido de adoção, pois tais medidas resguardam os interesses e direitos do menor, os quais devem preponderar, à luz da doutrina da proteção integral, conforme disposto no art. 100, parágrafo único, inc. II e IV, do ECA.. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

No caso em questão, a genitora apelou de decisão proferida em primeiro grau pela comarca de Charqueadas/RS, a qual destituiu seu poder familiar e confirmou a adoção pelos apelados (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

A apelante, inconformada com a decisão, sustentou o fato de não ter sido considerada a situação de ter se tornado mãe ainda adolescente, e sem condições de criar o filho, deixou-o aos cuidados dos apelados, quando ele tinha um ano de idade. Ela declarou não fazer mais uso de entorpecentes, que atualmente ela está casada e possui casa própria, podendo voltar a tomar conta do filho.

No entanto, segundo parecer do Relator:

Constam dos autos elementos probatórios dando conta de que a demandada negligenciava os cuidados que o filho reclamava. O relatório das fls. 38-39 aponta que a requerida deixou o menor M., à época com um ano de idade, aos cuidados de um adolescente de 14 anos de idade, para ir a um “*bailão*”. O Conselho Tutelar, na oportunidade, verificou que o infante não estava adequadamente vestido e narrou que a requerida F. recusava a atender a solicitação dos conselheiros, ensejando o acolhimento institucional do pequeno M. Além disso, o CT informou que a rede pública de saúde já havia denunciado a negligência materna, havendo referência de que a criança estava sempre em péssimas condições de higiene. A situação de risco a que o menino era exposto culminou na propositura de ação pelo Ministério Público (fl. 33-37). O avô materno de M. assumiu, formalmente, a guarda do neto em fevereiro de 2009 (fls. 50 e 52). Entretanto, em janeiro de 2010, sobreveio a informação de que o guardião havia entregado a criança aos autores desta demanda, J. C. e J. (fls. 66). Realizado um estudo social ainda no ano de 2010, foi constatado que o menor, que já contava 2 anos de idade, estava bem adaptado, inclusive chamando o casal de pai e mãe (fls. 72-73). Nessas circunstâncias, a guarda provisória de M. foi deferida, neste feito, aos apelados (fls. 80-81 e 82). (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Dessa forma, restaram desmentidas as alegações da genitora, pelas provas carreadas nos autos. A criança, que havia inclusive passado por acolhimento institucional, estava bem adaptada à nova família, chamando os adotantes de pai e mãe, e demonstrando forte vínculo afetivo com os mesmos. Por essa razão, e no melhor interesse do menor, o relator negou provimento ao recurso, mantendo a sentença de primeiro grau (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

O caso analisado a seguir foge um pouco do padrão apresentado até o momento, pois se trata de apelação cível apresentada pelo Ministério Público, em virtude de decisão que deferiu a alteração do perfil de casal adotante no cadastro nacional, ampliando a idade do pretense adotante, ampliando-o no sentido de

aceitar criança de 0 a 6 anos. O Ministério Público alegou que o intuito era burlar a lista da adoção. O recurso foi julgado improcedente e negado seu provimento pela Sétima Câmara Cível do TJ/RS.

APELAÇÃO. HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO. ALTERAÇÃO DO PERFIL DE ADOÇÃO JUNTO AO CADASTRO NACIONAL. CABIMENTO. 1. Se o casal já se encontra habilitado para adoção desde 2012 não há qualquer impedimento para que promova a alteração do perfil de adoção junto ao cadastro nacional, a fim de que possam adotar crianças de idade de 0 a 6 anos. 2. A ampliação do critério de idade alcança uma perspectiva maior tanto para os adotantes como para as crianças que esperam a colocação em família substituta. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70073994154, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26/07/2017).

No caso específico, o Ministério Público alegou “[...] que referido pedido deixa clara a intenção dos recorridos de, a qualquer custo, tornarem-se pais de RAPHAEL, ainda que passando por cima da lei e em prejuízo de pessoas que se submeteram a todo procedimento de habilitação anteriormente.” (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Os Recorridos, por sua vez, alegaram, em contrarrazões, que:

[...] as alegações do agente ministerial não procedem, pois o pedido em tela foi uma triste coincidência com os trâmites advindos no outro processo. Aduzem que não houve qualquer tentativa de burla da fila, tampouco idéia de buscar adoção do menino RAPHAEL, do qual são padrinhos. Apontam que a espera por um filho até agora é de cinco anos, e por este motivo viram-se motivados a alterar o perfil, para torná-lo mais abrangente e concretizarem o quanto antes o desejo de tornarem-se pais. Pedem seja inadmitido o recurso e no mérito desprovido ou, em caso de provimento, seja tal impossibilidade de alteração limitada ao menor RAPHAEL. (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

O Relator entendeu pela improcedência do recurso, haja vista que a alteração do cadastro pode ser considerada benéfica, pois vai ampliar a idade de crianças que podem ser adotadas pelo referido casal. Para reafirmar sua convicção, transcreveu partes da decisão do juízo *a quo*:

No mérito, não assiste razão ao recorrente, pois os recorridos pretendem ampliar a faixa etária das crianças, tendo o ilustre Magistrado consignado na sentença que *“a mera suspeita acerca do intuito de adoção ilegal de Raphael não justifica o impedimento de alteração do próprio perfil do cadastro, já que facilitará a adoção de qualquer criança que se encaixe na idade.”* E arrematou dizendo que *“existem centenas de crianças acolhidas com idade superior a três anos aguardando uma nova família. Quanto mais o tempo passa, menores são as chances. A ampliação dos critérios de idade confere uma nova perspectiva aos requerentes e também aumenta a*

esperança dessas crianças”. (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Na alegação do magistrado fica muito clara a dificuldade da adoção tardia, ou seja, que crianças com mais de três anos tem menos chances de serem adotadas que as crianças menores, corroborando assim o tema da presente pesquisa. O recurso, conforme já referido anteriormente, foi desprovido, e conseqüentemente o cadastro do casal no CNJ, alterado conforme solicitação dos mesmos (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

A última decisão a ser analisada trata de um recurso desprovido, julgado pela Sétima Câmara Cível do TJ/RS em 2017, em apelação cível contra ação de destituição do poder familiar cumulada com adoção, que foi negada em primeira instância.

ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CUMULADA COM ADOÇÃO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. CASAL DETENTOR DA GUARDA DEFINITIVA. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO POR DESATENDER O ART. 1.010 DO NCPC. 1. Merece ser conhecido o recurso, pois se trata de ação de adoção cumulada com destituição do poder familiar e os recorrentes discorreram de forma clara sobre as razões pelas quais pretendem a procedência da ação. 2. Inexistindo prova cabal de qualquer das causas elencadas no art. 1.638 do CCB, descabe destituir os genitores do poder familiar. 3. A entrega pelos genitores para o casal pretendente da adoção, para cuidar da criança, no caso, não constituiu situação de abandono, capaz de justificar a destituição do poder familiar dos genitores. 4. Estando o adolescente afeiçoado ao casal guardião, que já detém a guarda definitiva do menor há vários anos, deve ser mantida a guarda com estes, sem a ruptura do vínculo biológico, mantendo-se as visitas na forma do que dispôs a sentença que julgou a ação de guarda. Recurso desprovido. (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Os postulantes à adoção alegam que a criança a ser adotada mora com eles desde os três meses de idade, e já possuem sua guarda definitiva. Que o menino os chama de pai e mãe e que eles possuem melhores condições materiais, morais e emocionais para criá-lo. Eles alegam ainda que,

[...] o parecer psicológico e o estudo social realizado no seu núcleo familiar demonstram que a criança está recebendo atenção familiar e cuidados, e que ele se sente acolhido por eles e por seus filhos, a quem se refere como irmãos. Ponderam que tirar MATHEUS do convívio da família em que foi criado apenas acarretaria em prejuízos a ele, que está sob a guarda fática dos recorrentes há quase 12 anos, situação essa consolidada e que assim deve ser mantida. (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

O genitor, em contrarrazões, alegou “[...] os argumentos dos recorrentes não justificam a alteração da sentença, eis que demonstrada a ausência dos requisitos necessários para a destituição do poder familiar, que é medida de extremamente gravosa.” (RIO GRANDE DO SUL, 2017). O recorrido arguiu ainda que,

[...] desde o início apenas deixou que os recorrentes cuidassem de MATHEUS durante a semana, pois nem ele nem MARIELA possuíam condições financeiras de arcar com cuidador ou contratar serviços de uma creche. Informa que a genitora tentou reaver o filho e levá-lo para a sua cidade natal, o que foi obstado pelos autores, que na época ajuizaram ação de guarda. Destaca que a recorrida MARIELA quando conseguiu estabelecer-se financeiramente, buscou reaproximar-se do infante, levando-lhe presentes, visitando-o e buscando-o para passar alguns dias na sua residência, junto com a família. Ressalta que o fato de MATHEUS não ter um vínculo afetivo estreito com o MARIELA e com o recorrido é resultado das dificuldades impostas pelos recorrentes para a visitação. Reconhece que nada impede que os vínculos entre ele e o filho sejam reforçados paulatinamente, na medida em que se estabelece um maior convívio entre os pais e o filho. Aponta que a existência de uma afetividade muito forte não é justificativa para a destituição do poder familiar. (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

A genitora, por sua vez, também apresentou contrarrazões, alegando que ela e o pai biológico “[...] sempre se preocuparam em manter o vínculo afetivo com MATHEUS, que nunca foi tratado com desinteresse e negligência.” (RIO GRANDE DO SUL, 2017). Ainda alegou que, conforme provado nos autos, os postulantes à adoção sempre dificultaram a sua aproximação com o filho, mas ainda assim, este ainda a reconhecia como sua mãe biológica, e que, “[...] mesmo passando por dificuldades financeiras e estando distanciada de MATHEUS, sempre buscou alcançar-lhe assistência material e psicológica, a fim de não deixá-lo desamparado.” (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

O Relator acolheu a tese dos recorridos, se manifestando pela apreciação e pelo não provimento do recurso. O Relator assim se manifestou:

No mérito, pelo exame atento do processo, não vejo, também, motivo ponderável para a destituição do poder familiar, que é uma medida gravíssima, que rompe com os liames parentais e deve ficar adstrito a uma das causas que estão elencadas na lei, **numerus clausus**. Lembro, que, entre as causas possíveis do art. 1.638 do CCB, somente poderia ter sido invocada a situação de abandono, mas nem essa situação se verificou. O fato é que MARIELA e LEOPOLDO, quando MATHEUS contava com poucos meses de vida, deixaram o infante com o casal recorrente, COSME e TERESINHA, para poderem trabalhar, tendo ocorrido posteriormente a separação de MARIELA e LEOPOLDO o que dificultou ainda mais a situação econômica dos pais biológicos. Ou seja, não houve situação de abandono. (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

O Relator classificou como elogiável o afeto demonstrado pelos pretensos adotantes em relação ao adotando, no entanto, alegou que, por inexistirem no caso as situações do artigo 1.638 do Código Civil, não há razão para a destituição do poder familiar, “[...] motivo pelo qual é caso de somente ser mantida a guarda com os recorrentes, pois assim o menor permanecerá vinculado aos guardiões, ressalvado o direito de visitas dos pais biológicos ao menor, conforme decidido na ação de guarda [...]” (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Assim, houve a decisão de manter a sentença do juízo *a quo*:

ISSO POSTO, julgo procedente a ação, para conceder a guarda definitiva do infante MATHEUS S. H. aos autores, ficando resguardado aos requeridos o direito de livre visitação ao menor, e especialmente ao demandado o direito de levar o filho no primeiro e terceiro sábados de cada mês, das 11:00 às 18:00 horas, consoante decidido nos autos, às fls. 182/185. (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Assim sendo, o relator negou provimento ao recurso, decisão acompanhada por unanimidade pela turma. Como se pode observar, de acordo com esse último acórdão, nem sempre as ações de destituição do poder familiar, cumuladas com pedido de adoção, propostas por guardiões de menores, que foram deixados a seus cuidados pelos pais biológicos, obtém provimento favorável. Analisa-se cada caso concreto, e o atendimento dos requisitos legais, que passarão a ser tratados na sequência.

3.2 ALGUNS CRITÉRIOS IMPORTANTES OBSERVADOS PELO TJ/RS NOS PROCESSOS ANALISADOS

A partir da análise das decisões do TJ/RS é possível se identificar coerência com a legislação, e mesmo com a doutrina, na análise das matérias levadas a julgamento. Conforme já esclarecido anteriormente, em título próprio, para que uma criança, que tem pais biológicos conhecidos, possa ser colocada à adoção, primeiramente é preciso ordenar a destituição do poder familiar.

O Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, relator do processo de Nº 70077988129, admite que a “[...] destituição do poder familiar é um procedimento grave, pois busca a ruptura dos liames jurídicos entre pais e filhos,

possibilitando até a adoção como forma de inserção da criança ou adolescente em família substituta.” (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

No entanto, quando os pais biológicos faltam com os seus deveres básicos, e muitas vezes até abandonam o filho aos cuidados de terceiros, sem qualquer preocupação em manterem o vínculo afetivo, essa medida visa o melhor interesse da criança. No processo acima citado, esta era a real situação, o menor, ao tempo do processo com doze anos, foi entregue, aos ora candidatos à adoção, com apenas um ano de idade, e os pais biológicos nunca se importaram com seu bem-estar.

Então, quando os pais biológicos não cumprem seus deveres básicos, e põe a criança em risco, percebe-se que existe unanimidade no entendimento das turmas, de que é caso de destituição do poder familiar. Por outro lado, quando a situação não é comprovadamente perigosa para a criança, a tendência dos julgadores é buscar sempre mantê-la em sua família natural, alinhados que estão com o que prevê o ordenamento jurídico pátrio.

Outra questão que chama a atenção em algumas decisões analisadas é a não observância da fila de habilitados para a adoção, ou seja, no processo comentado deferiu-se a adoção para casal que sequer estava nessa fila. Para essa situação o desembargador justificou:

Lembro que ao presente caso se aplica o previsto no art. 5º do Manual dos Procedimentos para Adoção do CONSIJ, que estabelece que “a adoção será deferida às pessoas previamente habilitadas para adoção, salvo na inexistência de interessados habilitados ou em casos excepcionais, como na existência de vínculo afetivo já constituído entre adotantes e adotado ou já estando a criança ou adolescente em companhia dos adotantes por tempo suficiente a se poder avaliar a conveniência da constituição do vínculo”. (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Ou seja, a regra é que se observe a fila de habilitados à adoção, no entanto, em situações como a apresentada acima, quando já existe vínculo afetivo estabelecido entre adotante e adotado, tirar essa criança ou adolescente do seio dessa família, seria uma violência, pois ela perderia esse ambiente em que ela encontrou o carinho, afeto e proteção, que não teve de sua família natural.

O Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, ao julgar o recurso de Nº 70077493245, decidiu no mesmo sentido, justificando seu voto:

[...] muito embora a medida seja extrema, a destituição do poder familiar operada vai ao encontro do princípio do superior interesse da criança e

adolescente, insculpido no art. 100, inciso IV, do ECA, ao viabilizar a adoção pretendida pelos autores, sendo evidente o benefício que a adoção representará, em razão dos fortes laços afetivos mantidos com a família que o acolheu, dando contornos jurídicos à realidade já estabelecida. (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Demonstra-se, pelos trechos colacionados, que as turmas do TJ/RS focam sempre no superior interesse da criança. Mesmo que exista uma fila de candidatos à adoção, que deve ser respeitada, isso não pode ser mais importante que o bem estar do menor.

Existem casos muito graves de abandono e maus tratos de menores, agravados muitas vezes, pelo fato dos genitores serem usuários de entorpecentes. Nesses casos a situação de risco do menor é agravada, em todos os sentidos, tanto pela falta do essencial para a manutenção de uma vida digna, como pela má influência dos genitores. Esse é o caso analisado na apelação cível nº 70074727975, que teve como relator o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, em que a genitora se insurgiu contra sentença de primeiro grau que a destituiu do poder familiar e concedeu a adoção para os guardiões do menor (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Em situações como essa o Ministério Público, a partir de denúncias dos conselheiros tutelares ou assistentes sociais, precisa agir, buscando inicialmente a retirada do menor e o seu abrigo, e quando possível a colocação em família substituta, sempre visando a segurança e o bem estar do menor.

No entanto, quando os pais biológicos não possuem condições financeiras para assumir as obrigações com o menor, isso, por si somente, não é razão para a destituição do poder familiar. Mesmo quando entregam o menor aos cuidados de terceiro, mas não deixam de manter contato com ele, buscando sempre manter e reforçar o vínculo afetivo com a criança, o poder familiar, segundo entendimento do TJ/RS, não deve ser destituído, ficando os terceiros somente com a guarda. É o que se decidiu no acórdão de nº 70073125577, sob a relatoria do Desembargador Sérgio Fernando De Vasconcellos Chaves (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Verifica-se a importância que se dá atualmente ao afeto, ou seja, além de buscar o melhor interesse da criança, busca-se identificar com quem essa criança desenvolveu laços de afeto, quem é sua referência de cuidado e carinho. Quando resta provado que não houve o abandono voluntário do menor, e que os pais se esforçam para manter o vínculo afetivo, sendo reconhecidos pela criança como pais,

não é caso de se colocar esse menor para adoção. Nesse caso é possível mantê-lo sob a guarda do tutor, deferindo direito de visitação aos pais, como forma de manter o vínculo afetivo com estes.

O que se pode observar a partir da análise global desses casos, é que o Tribunal gaúcho inicialmente tende a manter o vínculo de afeto com os pais biológicos, isso não sendo possível, busca o abrigo como alternativa, e sempre que possível à colocação do menor em família substituta.

A questão é que esse abrigo muitas vezes se estende além do prazo legalmente previsto, e a medida que o tempo passa e a criança atinge certa idade, as chances de serem acolhidos por uma família adotiva diminuem, pelas razões já delineadas ao longo do trabalho.

O processo de adoção é moroso e prescinde de estágio de convivência, que nem sempre produz os resultados esperados. A maioria dos candidatos a adotantes fazem longa lista de exigências quanto ao perfil do adotado. Ou seja, todos esses fatores dificultam a concretização da adoção tardia no sistema jurídico brasileiro. Por outro lado, a segurança do adotante e o seu melhor interesse, precisam ser preservados. Dessa forma, muitas das etapas que fazem com que o processo se torne moroso e desgastante, acabam sendo essenciais, e não podem ser abreviadas. Por outro lado, seria muito interessante que se conseguisse empreender maior velocidade a esses processos, evitando que crianças permaneçam por tanto tempo em abrigo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve como tema a adoção tardia e a dificuldade da sua concretização no sistema jurídico brasileiro. A escolha do tema se deu em virtude do processo de adoção ser moroso e complexo, quando, pela sua importância, deveria estar revestidos de prioridade absoluta. Tal constatação levou a construção do problema de pesquisa, que perquire a respeito dos fatores que influenciam na morosidade dos processos de adoção.

Inicialmente, com base em estudos prévios, levantaram se duas hipóteses, a primeira é de que a adoção, especialmente a tardia, de crianças maiores, encontra menos pretendentes do que a de recém-nascidos. Paralelamente a isso, ainda se enfrenta o problema da burocracia, pois o pretense adotante passa por diversas etapas, como a análise pessoal, seguida de cadastro de espera e, por fim, o cumprimento de exigências delineadas em lei, adiando assim, por anos, o direito de crianças institucionalizadas a um novo lar. Todos esses fatores e a demora da prestação jurisdicional não só atrasam, mas muitas vezes impedem a sua concretização. A segunda hipótese reconhecia a importância de todas as etapas exigidas por Lei, concluindo que a morosidade dos processos são essenciais para a segurança do adotando, e ainda que as vezes retardam ou inviabilizam a efetivação da adoção, se destinam a garantir o melhor interesse da criança ou adolescente.

A partir do estudo mais aprofundado, a primeira hipótese restou totalmente confirmada e a segunda hipótese parcialmente refutada, na medida em que se concorda que todas as etapas processuais e legais devem ser cumpridas para segurança do menor, mas a morosidade não é essencial, e não deve inviabilizar a efetivação da adoção. É essencial que se estruture o sistema de modo a se obter segurança e agilidade na condução desse tipo de processo.

Para a construção da pesquisa traçaram-se certos objetivos. De modo geral, o objetivo foi analisar a dificuldade da concretização da adoção tardia no sistema jurídico brasileiro. Mais especificamente objetivou-se estudar as especificidades da filiação por adoção, sua evolução histórica, o atual programa de acolhimento institucional de crianças e adolescentes e o caminho até a sua efetiva adoção; pesquisar sobre as dificuldades da concretização da adoção tardia no sistema jurídico brasileiro, desde os entraves legais até as questões processuais e os requisitos para a sua efetivação; e analisar decisões do TJ/RS que tratam a respeito da adoção tardia, com ênfase nos critérios observados pelo referido tribunal.

Concluiu-se, ao final, que realmente existe maior dificuldade na concretização da adoção tardia, seja pelas exigências dos candidatos a adotantes, ou mesmo pela burocracia enfrentada, durante, e até o término do processo, especialmente quando se depende de prévia destituição do poder familiar. Considerando que atualmente o foco está no melhor interesse da criança, e não mais nos desejos ou caprichos do candidato à adotante, estes últimos, quando apresentarem exagerado número de exigências, tendem a ficar à margem do processo, sem conseguir concretizar seu sonho. Enquanto isso, muitas crianças esperam ansiosas em abrigos, por uma família.

O estudo é relevante, pois irá contribuir para a formação da própria pesquisadora, além de ser útil como fonte de pesquisa para outros acadêmicos, e como informação para a comunidade em geral. Pela complexidade do tema, não se trata de uma pesquisa exaustiva, pois permite maior aprofundamento em outro grau de formação.

REFERENCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Ministra do STF Reconhece Adoção de Criança por Casal Homoafetivo**. 2015. Disponível em:

<<http://www.ebc.com.br/noticias/2015/03/ministra-do-stf-reconhece-adocao-de-crianca-por-casal-homoafetivo>>. Acesso em: 07 DE OUT. 2018.

ALMEIDA JÚNIOR, Fernando Frederico de; TEBALDI, Juliana Zacarias Fabre. **Direito Civil: Família e Sucessões**. São Paulo: Manole, 2012.

ANTUNES, Carmem Lúcia. **O direito constitucional à jurisdição**. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira. *As Garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui>. Acesso em: 07 out. 2018.

_____. **Código Civil de 1916**. Lei n.º 3.071 de 1.º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 07 out. 2018.

_____. **Código Penal de 1940**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 07 out. 2018.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 07 out. 2018.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 07 out. 2018.

_____. **Lei da Adoção**. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 07 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **União Homoafetiva Como Entidade Familiar**. 2018. Disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portal/StfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=ne>>

wsletterPortallInternacionalJurisprudencia&idConteudo=193683>. Acesso em: 07 de out. 2018.

CAMARGO, Mário Lázaro. **A Adoção Tardia no Brasil: Desafios e Perspectivas para o Cuidado com Crianças e Adolescentes.** São Paulo. 2006.

CANSIAN, Ana Carla. **Adoção internacional: a abordagem desigual da adoção por estrangeiro e o princípio da do melhor interesse da criança e do adolescente.**

Disponível em:

<http://repositorio.upf.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/333/PF2013Ana_Carla_Cansian.pdf?sequence=1> acesso em 28 de março de 2017.

CAPPELETTI, Mauro. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** 2. ed. São Paulo: 1997.

COELHO. Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil: Família e Sucessões.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil: Família e Sucessões.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DAHER, Marlusse Pestana. **Adoção nuncupativa.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2371/adocao-nuncupativa>> acesso em 23 de março de 2017.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 04 fev. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias - 10ª Ed.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

DIDIER JUNIOR, Freddie. **Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça:** o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. In: Revista de Processo. Ano 27. n.º 108. São Paulo, Revista dos Tribunais, out-dez/2002.

DINIZ, Rafael Izaú. **Da Possibilidade de Adoção do Nascituro.** Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de PósGraduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/rafaelizaudiniz.pdf>. Acesso em: 07 out. 2018.

FARIELLO, Luiza de Carvalho. **Processos de adoção são mais lentos no Centro-Oeste e Sul.** Notícias CNJ, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79750-processos-de-adocao-sao-mais-lentos-no-centro-oeste-e-sul>>. Acesso em: 03 out. 2018.

FUX, Luiz. Uma nova visão do universo jurídico. **Revista da EMERJ**, v. 4, n.15, p. 142- 156, 2001. Artigo publicado na “Revista Literária de Direito”, ano IV, n. 21, Janeiro-Fevereiro de 1998. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/803>.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. Curitiba: Juruá, 2013.

HAJE, Felipe. **A Morosidade da Prestação Jurisdicional**. Publicado em: 15 mai. 2013. Disponível em: < <https://felipehaje.jusbrasil.com.br/artigos/111576522/a-morosidade-da-prestacao-jurisdicional>>. Acesso em: 01 out. 2018.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. Forense, 2017.

MAIA, Priscilla da. **A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais com Relação Homo Afetiva**. 2008

MINAYO, Maria Cecília de Sousa. **O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde**. 6. ed. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: Abrasco, 1999.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NOBRE, Rodrigo Igor Rocha de Souza. **O Instituto da Adoção**. Publicado em: 08/2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29979/o-instituto-da-adocao>>. Acesso em: 04 set. 2018.

PIZETA, Raquel; PIZETTA, Edimar Pedruzi; RANGEL, Tauã Lima Verdan. **A Morosidade Processual Como Entrave Ao Acesso A Justiça**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1162. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3515/a-morosidade-processual-como-entrave-ao-acesso-justica>> Acesso em: 7 out. 2018.

PORTAL CNJ. CNJ Serviço: **Entenda Como Funciona a Adoção Internacional**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81164-cnj-servico-entenda-como-funcionaaadocao-internacional> > acesso em 02 de abril de 2017

PORTAL EM DISCUSSÃO: **Cadastro nacional de adoção**. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/cadastro-nacional-de-adocao-cna.aspx> > acesso em 02 de abril de 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70071166169**. Oitava Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 06/04/2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/>>. Acesso em: 07 out 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70077988129**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/08/2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/>>. Acesso em: 31 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70077493245**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 02/08/2018. Acesso em: 31 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70074727975**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 19/10/2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/>. Acesso em: 31 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70073994154**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26/07/2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/>. Acesso em: 31 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70073125577**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26/07/2017. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/>. Acesso em: 31 out. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, **Direito de família**, 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Simone Regina Medeiros. **Abandono**: uma agressão aos direitos da criança. In: FREIRE, Fernando. **Abandono e adoção: contribuições para uma cultura de adoção**. São Paulo: Terre de Hommes, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Evani Zambon Marques da. **Psicologia Jurídica Percurso nas Varas de Família do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Psicologia Ciência e Profissão, Brasília. 2014.

SIMÕES, Carlos. **Curso de Direito de Serviço Social**. São Paulo: Cortez, 2008.

SOUSA, Maria José Pinho. **Adoção e guarda: um estudo bibliográfico**. Disponível em: < <http://www.arco.org.br/artigos/adocaoeguarda-um-estudo-bibliografico/> > acesso em 23 de março de 2017.

SVEDAS Andréia Mendes. **Morosidade da justiça**: causas e soluções. In: THEODORO. 2001

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Aprimoramento do Processo Civil como Garantia da Cidadania. In: SANTOS, Hernane Fidelis dos (Coord.). **Atualidades Jurídicas**, Belo horizonte: Del Rey. 1992. p. 121-135. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2004>.

VARGAS, M. M. **Adoção tardia: da família sonhada à família possível**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

WALD, Arnold. **O Novo Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.