

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIA MARLENE ESCHER FURTADO

ADOÇÃO INTERNACIONAL: o melhor interesse da criança e seu direito fundamental à convivência familiar em face da subsidiariedade

Belém/PA
2021

MARIA MARLENE ESCHER FURTADO

ADOÇÃO INTERNACIONAL: o melhor interesse da criança e o seu direito fundamental à convivência familiar em face da subsidiariedade

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, como uma das exigências para obtenção de título de Doutora em Direito, sob a orientação da Profa. Dra. Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro

Belém/PA
2021

MARIA MARLENE ESCHER FURTADO

ADOÇÃO INTERNACIONAL: o melhor interesse da criança e o seu direito fundamental à convivência familiar em face da subsidiariedade

Tese apresentada como exigência parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito, à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará.

Aprovada em 29/06/2021.

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro
PPGD/Universidade Federal do Pará

Profa. Dra. Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith
PPGD/Universidade Federal do Pará

Prof. Dr. Antônio Gomes Moreira Maués
PPGD/Universidade Federal do Pará

Prof. Dr. Nirson Medeiros da Silva Neto
Universidade Federal do Oeste do Pará

Prof. Dr. Túlio Chaves Novaes
Universidade Federal do Oeste do Pará

**Ao Felipe e à Luísa, filhos queridos, todo meu amor, razão de tudo, sempre *minhas
lembranças de amor serão sobre vocês ...*;**
**Ao Mateus Correa Escher Furtado, neto amado, que dá um colorido especial ao meu
sentido de existir;**
**Ao Sérgio, meu companheiro de jornada, que através do amor foi meu maior apoiador e
incentivador.**

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Arnildo Escher (*in memoriam*) e Rosmarina Schaedler Escher, pela vida, incentivo e exemplo de família, amor e dedicação;

Ao meu filho Felipe, minha nora Ana Sílvia, meu amado neto Mateus, minha filha Luísa e minha nora Cristiane, por todo amor, alegrias e tudo que vocês representam em minha vida;

Ao meu marido, Sérgio, pelo amor e companheirismo, pela família linda que construímos, pelo incentivo na busca do conhecimento e viabilização dos meus estudos;

A toda minha família “de casa” (pais, irmãos, irmãs, cunhados, cunhadas, sobrinhos, sobrinhas e sobrinh@s-net@s); em especial às minhas irmãs e amigas, Maria Irene, Maria Viviani e Maria Vanice, pelo amor e apoio que sempre me deram;

À Profa. Dra. Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro, que gentilmente aceitou ser minha orientadora, pelo carinho e pela competência com que me orientou;

Aos(Às) meus(minhas) colegas do doutorado, em especial à Maria da Conceição Cosmo Soares, Cynthia Fernanda Oliveira Soares e Márcia Cristina dos Santos Rêgo, pelos dias de estudos, incentivo, força e amizade, pois sem vocês teria sido mais difícil...;

À Profa. Dra. Andreza Smith pelas sugestões e orientações para elaboração dos formulários desta pesquisa;

Ao sobrinho André Lopes e à colega de UFOPA, Francione Pantoja, pela ajuda carinhosa com os formulários e a tabulação dos dados;

À UFOPA, por viabilizar minha busca para qualificação e me dar condições de estudar; e aos(às) colegas Professores(as) do Programa de Ciências Jurídicas pelo incentivo e apoio ao meu doutoramento;

À UFPA, em especial ao Instituto de Ciências Jurídicas (ICJ), via Professores do Programa de Pós-Graduação (PPGD) que se dedicam a formar mestres e doutores;

Às CEJA/CEJAIs, pela acolhida, a todas as pessoas que responderam aos formulários enviados, para pesquisa de campo, e às outras pessoas que de alguma forma se fizeram presentes nesta caminhada e colaboraram para esta conquista,

Minha gratidão!!!

Não é sobre ter todas as pessoas do mundo pra si
É sobre saber que em algum lugar alguém zela por ti
É sobre cantar e poder escutar mais do que a própria voz
É sobre dançar na chuva de vida que cai sobre nós
É saber se sentir infinito
Num universo tão vasto e bonito
É saber sonhar
Então, fazer valer a pena cada verso
Daquele poema sobre acreditar
Não é sobre chegar no topo do mundo e saber que venceu
É sobre escalar e sentir que o caminho te fortaleceu
É sobre ser abrigo e também ter morada em outros corações
E assim ter amigos contigo em todas as situações
A gente não pode ter tudo
Qual seria a graça do mundo se fosse assim?
Por isso, eu **prefiro sorrisos**
E os presentes que a vida trouxe pra perto de mim
Não é sobre tudo que o seu dinheiro é capaz de comprar
E sim **sobre cada momento sorriso a se compartilhar**
Também não é sobre correr contra o tempo pra ter sempre mais
Porque quando menos se espera a vida já ficou pra trás
Segura teu filho no colo
Sorria e abrace teus pais enquanto estão aqui
Que a vida é trem-bala, parceiro
E a gente é só passageiro prestes a partir.
(Grifos nossos)

“Trem – Bala” - **Ana Vilela**

RESUMO

A tese ora apresentada trata da Adoção Internacional na perspectiva do melhor interesse da criança e seu direito fundamental à convivência familiar em face da sua subsidiariedade na legislação brasileira. O problema levantado nesta pesquisa foi: “em que medida a subsidiariedade da adoção internacional, no Brasil, repercute na efetivação do direito à convivência familiar da criança na perspectiva do seu melhor interesse?”. O objetivo foi: “investigar os entraves para a adoção internacional e obstáculos da efetiva convivência familiar na perspectiva do princípio da subsidiariedade”. O método utilizado foi o dedutivo e as técnicas foram a pesquisa bibliográfica; jurisprudencial, via decisões da Terceira Turma do STJ; e a de campo, onde foram realizadas visitas e entrevistas semiestruturadas junto à Autoridade Central Administrativa Federal, Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional dos estados do Pará, Ceará, Rio de Janeiro, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, e Mato Grosso do Sul, e, também, aplicados formulários, via *e-mail*, junto às Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional de todo o Brasil, à ACAF, em Varas da Infância e Juventude, Ministério Público Estadual, como também em organismos credenciados para atuar na adoção internacional. Os principais resultados encontrados foram: que a legislação brasileira vigente coloca a adoção internacional como último recurso e, assim, não garante a efetividade do direito à convivência familiar da criança em situação de adotabilidade; que da análise das decisões do STJ, o melhor interesse da criança é a convivência familiar, sendo a sua institucionalização o último recurso; e que da análise das entrevistas e formulários aplicados, verificou-se que a maioria dos profissionais não considera que a subsidiariedade seja um entrave; no entanto foi identificado que profissionais com mais tempo de atuação na adoção internacional entendem de forma diversa, argumentando que a subsidiariedade “corre contra o tempo” e atrasa o processo adotivo da criança. A conclusão que se chegou foi de que na medida em que o princípio da subsidiariedade coloca a adoção internacional como último recurso, não é atendido o direito fundamental da criança à convivência familiar em atenção ao seu melhor interesse em ser criada e se desenvolver no seio de uma família que a cuide e a ame.

Palavras-chave: Adoção Internacional. Subsidiariedade. Convivência Familiar. Melhor Interesse da Criança.

ABSTRACT

The thesis presented deals with International Adoption from the perspective of the best interest of the child and his/her fundamental right to family life confronting its subsidiarity in Brazilian legislation. The problem raised in this research was: “to what extent does the subsidiarity of international adoption in Brazil affect the realization of the child's right to family life in the perspective of child's best interest?”. The objective was: “to investigate the obstacles to international adoption and obstacles to effective family life in the perspective of the principle of subsidiarity”. The method used was the deductive one and the techniques were bibliographic research; jurisprudential, via decisions of the Third Panel of the STJ; and the field, where visits and semi-structured interviews were carried out with the Federal Central Administrative Authority, State Judicial Commissions of International Adoption in the states of Pará, Ceará, Rio de Janeiro, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, and Mato Grosso do Sul, and also, forms were applied, via *e-mail*, to the State Judicial Commissions for International Adoption from all over Brazil, to ACAF, in Courts of Childhood and Youth, State Prosecutor's Office, as well as in bodies accredited to act in international adoption. The main results found were: that the

current Brazilian legislation puts international adoption as the last resort and, thus, does not guarantee the effectiveness of the child's right to family life in a situation of adoptability; that from the analysis of the decisions of the STJ, the best interest of the child is family life, with its institutionalization being the last resort; and that from the analysis of the interviews and applied forms, it was found that most professionals do not consider subsidiarity to be an obstacle; however, it was identified that professionals with longer experience in international adoption understand differently, arguing that subsidiarity "runs against time" and delays the child's adoption process. The conclusion reached was that insofar as the subsidiarity principle places international adoption as a last resort, the fundamental right of the child to family coexistence is not taken into account in view of his/her best interest in being raised and developed in the midst of a family that cares and loves the child.

Keywords: International adoption, Subsidiarity, Family living, Best Child Interest.

RÉSUMÉ

Cette thèse aborde l'adoption internationale dans la perspective de l'intérêt supérieur de l'enfant et son droit fondamental à la vie de famille face à sa subsidiarité dans la législation brésilienne. Le problème soulevé dans cette recherche était: «dans quelle mesure la subsidiarité de l'adoption internationale au Brésil affecte-t-elle la réalisation du droit de l'enfant à la vie familiale dans la perspective de son intérêt supérieur? ». L'objectif était: «Mener une investigation sur les barrières à l'adoption internationale et les obstacles d'effectuation de la vie de famille dans la perspective du principe de subsidiarité». La méthode a été déductive et les techniques étaient la recherche bibliographique; jurisprudentielle, via les décisions du troisième collège du STJ; et sur le terrain, des entretiens semi-structurés ont été menés auprès de l'Autorité Centrale Administrative Fédérale, des commissions judiciaires des États pour l'adoption internationale dans des États du Pará, du Ceará, de Rio de Janeiro, de Santa Catarina, du Rio Grande do Sul et du Mato Grosso do Sul, et, également, des questionnaires d'enquête ont été envoyés par e-mail, pour des commissions judiciaires d'État pour l'adoption internationale de tous les États Brésiliens, à l'ACAF, au Tribunal de l'enfance et de la jeunesse, au bureau du procureur de l'État, ainsi qu'aux organismes accrédités pour travailler avec l'adoption internationale. Les principaux résultats constatés sont: que la législation brésilienne actuelle place l'adoption internationale en dernier recours et ne garantit donc pas l'effectivité du droit à la vie en famille aux enfants en situation d'adoptabilité; qu'à partir de l'analyse des décisions du STJ, l'intérêt supérieur de l'enfant est la vie de famille, son institutionnalisation étant le dernier recours; et qu'à partir de l'analyse des déclarations des experts, il a été constaté que la majorité des professionnels ne considéreront pas la subsidiarité comme un obstacle; Cependant, c'est remarquable que les professionnels ayant plus de temps à travailler dans le domaine de l'adoption internationale comprennent différemment, arguant que la subsidiarité «manque de temps» et retarde le processus d'adoption de l'enfant. Il a été conclu que, comme le principe de subsidiarité place l'adoption internationale en dernier recours, le droit fondamental de l'enfant à la vie familiale n'est pas pris en compte tenu de son intérêt supérieur à être élevé et à se développer au sein d'une famille qui le garde et l'aime.

Mots clés: Adoption Internationale. Subsidiarité. Vie en famille. Meilleur intérêt de l'enfant.

LISTA DE SIGLAS

- ACAF – Autoridade Central Administrativa Federal
- AgRg – Agravo Regimental
- Art.(s) – artigo (s)
- CAO – Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude do Rio de Janeiro
- CC/2002 – Código Civil brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002
- CDH – Comissão de Direitos Humanos do Senado
- CEIJ – Coordenadoria Estadual da Infância e Juventude
- CEJA – Comissão Estadual Judiciária de Adoção
- CEJAI – Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional
- CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988
- CGCN – Comitê Gestor dos Cadastros Nacionais
- CH/93 – Convenção da Haia de 1993, sobre adoção internacional
- CIDIP – Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado
- CNA – Cadastro Nacional de Adoção
- CNCA – Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos
- CNJ – Conselho Nacional de Justiça
- CP/1940 – Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940
- CPC/2015 – Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015
- CPC/1973 – Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973
- DEI – Defesa das Crianças Internacionais
- DJe – Diário de Justiça Eletrônico
- ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990
- HC – *Habeas Corpus*
- IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito das Famílias
- LICC – Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei nº 4.707, de 4 de setembro de 1942
- LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Redação dada à LICC pela Lei nº 12.376 de 2010
- MC – Medida Cautelar
- MP – Ministério Público

MPDFT – Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
MPF – Ministério Público Federal
MPPR – Ministério Público do Estado do Paraná
MPSC – Ministério Público do Estado de Santa Catarina
MPSP – Ministério Público do Estado de São Paulo
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
OEA – Organização dos Estados Americanos
ONU – Organização das Nações Unidas
REsp – Recurso Especial
SEDH – Secretaria de Estado de Direitos Humanos
SF – Senado Federal
SIPIA – Sistema de Informações para a Infância e Adolescência
SNA – Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento
SSI – Serviço Social Internacional
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJ – Tribunal de Justiça
TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJGO – Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
TJMS – Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul
TJPA – Tribunal de Justiça do Estado do Pará
TJPR – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSC – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – A função que o (a) senhor (a) exerce:	138
Gráfico 2 – Qual o seu tempo de atuação em procedimentos de adoção internacional?.....	139
Gráfico 3 – O (A) senhor (a) concorda que a adoção internacional seja colocada como último recurso em decorrência da subsidiariedade?	140
Gráfico 4 – Quais os avanços que o(a) senhor(a) atribui a adoção internacional?	146
Gráfico 5 – Quais os retrocessos apresentados na adoção internacional?.....	149
Gráfico 6 – O (A) senhor(a) concorda com os procedimentos estabelecidos para o Sistema Nacional de Adoção (SNA)?	154
Gráfico 7 – Na opinião do(a) senhor(a), em atenção ao melhor interesse da criança é preferível:.....	160
Gráfico 8 – O (A) senhor (a) concorda que a adoção internacional seja colocada como último recurso em decorrência da subsidiariedade?.....	164
Gráfico 9 – É possível que candidatos brasileiros à adoção (de crianças/adolescentes) invoquem o requisito do último recurso para conseguir preferência sobre candidatos estrangeiros?	169

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	A SUBSIDIARIEDADE DA ADOÇÃO INTERNACIONAL E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA PARA GARANTIA DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR	22
2.1	Aspectos jurídicos do conceito dado à adoção internacional de criança	24
2.2	A subsidiariedade na adoção internacional	31
2.3	O direito fundamental da criança à convivência familiar	38
2.4	O melhor interesse da criança na adoção internacional	49
3	A ADOÇÃO INTERNACIONAL E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DA CRIANÇA, NA PERSPECTIVA DO SEU MELHOR INTERESSE	54
3.1	O direito à convivência familiar e o melhor interesse da criança na regulamentação da adoção internacional	54
3.2	Os procedimentos de adoção internacional no viés do melhor interesse da criança	61
3.3	Análise jurisprudencial do melhor interesse da criança em casos de adoção	67
3.3.1	Análise dos Acórdãos	69
3.3.2	O entendimento do princípio do melhor interesse da criança no processo da adoção ..	125
4	A SUBSIDIARIEDADE NA ADOÇÃO INTERNACIONAL: AVANÇOS E ENTRAVES PARA EFETIVA CONVIVÊNCIA FAMILIAR	130
4.1	A pesquisa de campo	131
4.2	A adoção internacional e a efetivação do direito à convivência familiar da criança	136
4.3	Avanços e retrocessos da adoção internacional na perspectiva das causas da diminuição dos pedidos de adoção internacional no Brasil	144
4.4	A subsidiariedade da adoção internacional como fator de “resistência” à adoção internacional	157
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	171
	REFERÊNCIAS	178
	APÊNDICE A - ESTUDO DAS DECISÕES DA TERCEIRA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) – PERÍODO 2010-2019	187
	APÊNDICE B - FORMULÁRIO PARA PESQUISA REFERENTE A ADOÇÃO INTERNACIONAL	297

1 INTRODUÇÃO

A adoção é um instituto jurídico que suscita indagações, em razão dos aspectos biopsicossociais da criança¹ e da família, estando primordialmente centrado para as necessidades afetivas, sociais e culturais da criança e tendo como escopo dar a ela, quando privada de sua família biológica ou natural, um projeto de vida familiar.

Trata-se de um instituto voltado para crianças abandonadas ou em risco, visto que estas são, efetivamente, as que mais necessitam de proteção, nomeadamente do Estado e da sociedade, que tem o dever de assegurar seu desenvolvimento integral. A legislação brasileira regula a colocação da criança em família substituta permanente nas modalidades de adoção nacional (art. 39 do ECA) e internacional (art. 51 do ECA), sendo esta caracterizada pelo deslocamento da criança do seu país de origem para o país do domicílio de seu(s) adotante(s).

Diante da comprovação da importância da convivência familiar para o pleno desenvolvimento da criança, do expressivo número de crianças em situação de acolhimento institucional (crianças negligenciadas, abandonadas e esquecidas), assim como a quantidade de pessoas cadastradas em busca de um filho por adoção, conforme dados do Sistema Nacional de Adoção, procurou-se entender o porquê das crianças brasileiras, em situação de adotabilidade, não estarem sendo adotadas, uma vez que no Brasil existem 43,6 mil pretendentes registrados no Cadastro Nacional de Adoção, para 8,7 mil crianças disponíveis à adoção, foi constatado que a demora ocorre porque, enquanto 90% dos pais/mães procuram crianças de até 6 anos, somente 27% das crianças disponíveis têm essa idade. Nesse sentido, a resposta encontrada foi de que a maioria das crianças institucionalizadas não corresponde ao perfil buscado por adotante brasileiro, uma vez que, de acordo com as pesquisas realizadas por Nádia Weber (2011, p. 22-23), no Brasil há uma cultura que prioriza e valoriza demasiadamente os laços de sangue e a semelhança dos filhos com seus pais, como também o receio de uma carga genética desconhecida, sendo que, para essas crianças esquecidas e invisíveis, restaria apenas a adoção internacional, em virtude de que neste País, grande parte das crianças denominadas de “inadotáveis” só são adotadas internacionalmente (WEBER, 2011, p. 126).

A adoção é internacional quando a criança é adotada por pessoa domiciliada no estrangeiro; a legislação a coloca como subsidiária; na última década houve uma considerável

¹ Nesta pesquisa se faz a utilização do termo ‘criança’, para pessoas de 0 a 18 anos incompletos, considerando que a legislação pátria trata de ‘criança e adolescente’ (art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente) e a legislação internacional de ‘criança’, apenas (art. 3 da Convenção da Haia de 1993, relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional).

redução do número de processos de adoção internacional, mesmo sendo reconhecido que o instituto merece ser admitido como importante instrumento de garantia à convivência familiar e acolhida humanitária. Assim, esta tese se iniciou com o escopo de investigar se o princípio da subsidiariedade coloca a adoção internacional como último recurso e se, assim colocada, poderá ser uma das causas da dificuldade na adoção das crianças institucionalizadas/inadotáveis.

O tema que é tratado nesta pesquisa é “o melhor interesse da criança e o direito fundamental à convivência familiar em face da subsidiariedade da adoção internacional”, para tanto, o primeiro capítulo da tese traz as definições atribuídas às principais categorias trabalhadas: o ‘princípio da subsidiariedade’, conforme o art. 51, § 1º, II do ECA; o ‘princípio do melhor (superior) interesse da criança’, que representa a garantia do direito fundamental à convivência familiar (art. 227, *caput* da CF/88; art. 4º, *caput* e; art. 19, *caput* do ECA); e, por fim, o próprio direito fundamental à convivência familiar, que trata do direito da criança em crescer e se desenvolver no seio de uma família², indiferentemente de ser sua família biológica ou adotiva, para ser criada com amor, afeto e cuidado, em respeito ao princípio da dignidade humana, da liberdade e do melhor interesse da criança. Tais categorias são analisadas a partir dos textos normativos que regulam a adoção internacional.

Para uma melhor compreensão da subsidiariedade da adoção internacional no sistema jurídico nacional, faz-se uma contextualização da regulamentação desta modalidade de adoção no Direito pátrio³. Tanto o Código Civil de 1916 como o Código de Menores de 1927 não continham previsão legal sobre adoção internacional, facilitando-a para estrangeiros não residentes no País, ocasionando um grande contingente de crianças que deixou o Brasil durante o século passado, época em que o único documento exigido para que se realizasse a adoção internacional de uma criança brasileira era uma escritura pública, feita em qualquer cartório, sem o conhecimento do Poder Judiciário; também não havia necessidade da presença dos postulantes a adotar, uma vez que podiam ser representados por procuradores, favorecendo, na maioria das vezes, o comércio, quando não estavam sujeitas a serem vítimas de tráfico internacional de crianças. Essa lacuna legislativa fez com que juízes brasileiros, no início da

² A exemplo dos argumentos apresentados no texto escrito por Marisa Herrera e Natalia de la Torre, manifestando-se a respeito da adoção e do direito da criança a viver em uma família (HERRERA; LA TORRE, 2012, p. 208-2012).

³ Sobre a *historicidade* da adoção internacional, interessante ver Tânia da Silva Pereira (2019, p. 409-412), Guilherme de Souza Nucci (2018, p. 162-164), Inês Mota Randal Pompeu (2016, não paginado), dentre outros autores.

década de 70 do século passado, criassem “diretrizes básicas”⁴ em matéria de adoção internacional (CAVALLIERI, 1998, p. 203).

Desde a segunda metade do século XX, o instituto jurídico da adoção internacional tem sido objeto de estudos e discussões para a criação de normas mínimas comuns para o reconhecimento das sentenças de adoções de crianças nos Estados receptores, dando às crianças a oportunidade de viver uma relação jurídica pai/mãe-filho(a) permanente, independente do lugar onde tenham domicílio. “Os diplomas legislativos que abordam o instituto foram editados em 1979, 1990, 2002 e 2009” (CAVALLIERI, 2017, p. 25).

O Código de Menores de 1979, primeira lei brasileira que fez referência à adoção internacional, restringindo-a em parte, no sentido de reduzir o envio de crianças brasileiras para o exterior sem qualquer controle pelo Estado; não revogou o Código Civil de 1916, portanto, pouco contribuiu para estabelecer efetivas mudanças. O caráter contratual da adoção restringia seus efeitos ao adotante e ao adotado, cujo vínculo estabelecido não atingia outros parentes, pois não determinava o rompimento dos vínculos naturais do infante e seus parentes biológicos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe modificações significativas, a exemplo do direito da criança e adolescente ser criado no seio de uma família (art. 227), do princípio da não discriminação dos filhos, do direito da criança à ação conjunta de autoridades nacionais de diferentes países com objetivos comuns e a obrigatoriedade de a adoção internacional ser assistida pelo Poder Público.

Em consonância com a Carta Magna/88 é aprovado, em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90, que revogou o Código de Menores, alterando paradigmas e conceitos. Com isso, estabelece novos requisitos e procedimentos para a adoção, prescrevendo a permissão da adoção de crianças brasileiras por estrangeiros residentes ou domiciliados fora do país, em caráter excepcional (art. 31), devendo ser considerada como subsidiária (art. 51, § 1º, II). No mesmo ano, também foi promulgado o Decreto nº 99.710/90, que aprovou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989, e introduziu no ordenamento brasileiro o ‘princípio do melhor interesse da criança’, que retrata o novo padrão da adoção, estabelecendo que a adoção deixa de ser um instituto jurídico voltado para quem não tem filhos biológicos e passa a ser visto como um instrumento legal para dar uma família à criança que não a tem (DIAS, 2010, p. 477).

⁴ O magistrado fluminense Alyrio Cavallieri, para fundamentar suas decisões referentes à adoção internacional, estabeleceu três condições: a) requerer a lei do país do adotante para possibilitar uma avaliação de que as crianças brasileiras não seriam consideradas pessoas de segunda classe naquele país; b) requerer um estudo sobre a família adotante nos mesmos moldes que o exigido para adotantes brasileiros; c) permitir a adoção de crianças por estrangeiros residentes no exterior somente em ultimíssima condição.

Na perspectiva de que a comunidade internacional vive a busca pela unidade harmônica da humanidade, onde a discussão que se estabelece é em virtude do “primado da razão de humanidade sobre a razão de Estado” num enfoque humanista do Direito Internacional contemporâneo, via consciência humana decorrente de uma visão antropocêntrica deste ramo do Direito (TRINDADE, 2006), em 1993 é assinada a Convenção da Haia⁵, relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional, que foi incorporada na legislação do Brasil pelo Decreto nº 3.087/1999, a qual declara em seu preâmbulo que reconhece que a criança, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer em um ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão; que cada país deve adotar, com carácter prioritário, medidas adequadas para permitir a manutenção da criança na sua família de origem; e que há necessidade de adotar medidas para garantir que as ações internacionais sejam feitas no interesse superior da criança e no respeito dos seus direitos fundamentais.

Em atenção aos preceitos da Convenção da Haia/93, em 03 de agosto de 2009, foi aprovada a Lei nº 12.010, que dispõe sobre adoção, alterando o ECA. Essa nova lei da adoção regulamenta as “autoridades responsáveis pelos trâmites da adoção internacional” (art. 51, § 3º do ECA), os organismos credenciados, o acompanhamento pós-adoptivo e o acolhimento familiar, que destaca a presença do afeto como essencial para o pleno desenvolvimento da criança, pois é a família o lugar ideal para que ela inicie o ciclo de socialização, considerada um “lugar privilegiado para um aprendizado permanente e para uma orientação afetiva, capaz de gerar adultos seguros, conscientes e equilibrados”, uma vez que as “instituições de acolhimento não têm condições de oferecer esse intercâmbio afetivo, próprio das relações familiares” (PEREIRA, 2019, p. 425).

Em 2017, é promulgada a Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017, que altera a Lei nº 8.069/90 (ECA), para dispor sobre entrega voluntária, destituição do poder familiar, acolhimento, apadrinhamento, guarda e adoção de crianças, enfatizando a subsidiariedade da adoção internacional, ao exigir a comprovação nos autos do processo de que não há família brasileira que queira adotar aquela criança. Assim, a adoção internacional, de acordo com a legislação brasileira vigente, que tem sua natureza definida no art. 51, do ECA, só poderá acontecer quando ficar comprovado que a colocação em família adotiva é a solução adequada ao caso concreto e que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança em família adotiva brasileira, demonstrando que se trata de medida excepcional/subsidiária, logo,

⁵ Visou unificar as regras internacionais de adoção nos Estados contratantes, assim como assegurar o respeito aos direitos das crianças adotadas, cf. art. 23.1 que equipara os efeitos da adoção em todos os Estados-parte.

o primeiro requisito para deferir esta adoção, é que fique comprovado que não existe nenhum adotante brasileiro para adotar o infante.

A adoção internacional é direcionada para as crianças, que tendo uma ‘medida de adotabilidade’ não encontram no Brasil uma família adotiva, trata-se do último estágio que se pode chegar na busca pela efetivação da convivência familiar, uma vez que a lei, além de privilegiar a tentativa de manutenção da criança na família natural, estabelece a excepcionalidade da família substituta e a subsidiariedade da adoção por adotantes residentes fora do Brasil. Mesmo havendo uma regulamentação internacional e uma rígida regulamentação interna, a adoção internacional é tema de controvérsias, em razão do deslocamento do adotado, isto é, há entendimentos que defendem que a adoção deve ser estimulada entre nacionais, para que a criança cresça no seu país de origem, em ambiente familiar adequado, como também coíbe as adoções irregulares, o tráfico e a venda de crianças. Por outro lado, há entendimentos de que a adoção por estrangeiros é uma forma de viabilizar uma família para aqueles que se encontram em instituições de acolhimento, sem perspectivas de serem adotados, podendo, portanto, ser criados no seio de uma família com afeto, carinho, assistência e amparo. Diante de tal ‘polêmica’, traz-se nesta tese a reflexão do princípio da subsidiariedade, do melhor interesse da criança e do direito fundamental à convivência familiar.

O estudo proposto para a construção da presente tese foi no sentido de identificar a repercussão do princípio da subsidiariedade na adoção internacional em virtude do direito à convivência familiar da criança, em razão do seu melhor interesse, onde ela deve ser criada no seio de uma família e, quando ela não tem essa família, a lei estabelece que o Estado deve encontrar um meio alternativo de sua colocação em família substituta, sendo que o mais adequado é a adoção, onde ela passará a pertencer a essa família. Portanto, quando a adoção internacional é subsidiária e colocada como último recurso, a burocracia que se constitui retarda a medida até ficar comprovado que não há quem queira adotar aquela criança em seu país de origem. Diante de tal contexto, a pergunta problematizadora desta pesquisa é: **em que medida a subsidiariedade da adoção internacional no Brasil repercute na efetivação do direito à convivência familiar da criança na perspectiva do seu melhor interesse?** Desse modo, procurou-se elucidar, ainda nesta pesquisa, as seguintes questões: qual o grau de efetividade do direito à convivência familiar da criança/adolescente por meio da adoção internacional? O que significa último recurso na adoção internacional? As práticas adotadas nos procedimentos de adoção internacional atendem o melhor interesse da criança/adolescente e o direito à convivência familiar? Em que aspectos o princípio da subsidiariedade dificulta a efetividade do superior interesse da criança/adolescente na adoção internacional? A institucionalização é

preferível à adoção internacional? Como a legislação vigente no Brasil favorece e/ou dificulta a adoção internacional, tendo em vista que esta contribui para o direito à convivência familiar, considerando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente? Possíveis pais brasileiros podem invocar o requisito do “último recurso” para conseguir preferência categórica sobre, e acima qualquer perspectiva, de pais adotivos estrangeiros?

A subsidiariedade da adoção internacional é raramente pesquisada, sendo corriqueira a utilização da excepcionalidade da adoção para explicar a subsidiariedade que a lei estabelece. A originalidade da pesquisa está na reflexão dos efeitos da adoção internacional estabelecidos pelo princípio da subsidiariedade quando a coloca como último recurso e na repercussão da efetivação do direito à convivência familiar da criança sem família.

O objetivo da pesquisa é investigar os entraves para a adoção internacional e obstáculos da efetiva convivência familiar na perspectiva do princípio da subsidiariedade, quando a coloca como último recurso, tendo como objetivos específicos: analisar os tratados internacionais e a legislação interna brasileira que disciplina a adoção internacional, na perspectiva do direito à convivência familiar e dos princípios do melhor interesse da criança e da subsidiariedade; estudar a normativa da adoção internacional, com enfoque nos seus princípios jurídicos, para construção dogmática do princípio do melhor interesse da criança/adolescente, a partir da doutrina e jurisprudência, buscando a comprovação dos problemas da aplicação desse princípio quando a adoção internacional é colocada como último recurso; analisar a efetivação do direito à convivência familiar da criança no Brasil, por meio da adoção internacional; investigar as causas da diminuição dos pedidos de adoção internacional no Brasil, demonstrados nos registros da ACAF; e identificar se as práticas para a adoção internacional estão em consonância com a legislação vigente.

As hipóteses levantadas foram: as práticas da adoção internacional, consoante a legislação brasileira vigente, que estabelece o princípio da subsidiariedade, é um entrave para a efetividade do direito à convivência familiar da criança em situação de adotabilidade; e a diminuição dos pedidos de adoção internacional também é decorrente dela ser tratada como último recurso.

Na investigação realizada utilizou-se a pesquisa bibliográfica, analisando a fonte primária, que é a legislação, passando para a jurisprudência e, posteriormente, a doutrina, a fim de demonstrar um raciocínio que valorize a investigação a ser apresentada, no sentido de conhecer o objeto do estudo e identificar a repercussão da subsidiariedade da adoção internacional quando a coloca como último recurso.

Após a pesquisa bibliográfica, foi realizada a pesquisa de campo, para conhecer a opinião dos profissionais, que atuam na adoção internacional, sobre a subsidiariedade. Para tanto, foram realizadas entrevistas semiestruturadas e aplicados formulários, via *e-mail*, junto às Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional, à ACAF, em varas da infância e juventude, Ministério Público, como também em organismos credenciados para atuar na adoção internacional.

Com o intuito de realizar uma investigação com rigor científico e resultar na produção desta tese, buscou-se a orientação nas obras de Monebhurrin (2015) e Pasold (2008) para construir a metodologia utilizada na elaboração e realização desta pesquisa jurídica, que teve como referência a apresentação dos entraves para a adoção internacional e obstáculos da efetiva convivência familiar na perspectiva do princípio da subsidiariedade.

As fontes para a pesquisa bibliográfica se iniciaram com a legislação pátria e tratados internacionais, simultaneamente, com a doutrina sobre o instituto da adoção e direitos das crianças; após, buscou-se a jurisprudência para entender como a legislação foi oficialmente interpretada e aplicada pelos tribunais brasileiros.

Para interpretação do texto aplicável, partiu-se da compreensão estrutural da legislação referente à adoção internacional, via explicação conceitual⁶ das principais categorias usadas na pesquisa e dos princípios contidos nos textos normativos, que regulam a adoção internacional, passando pelo percurso histórico da sua legislação no cenário brasileiro. Para tanto, foi realizado o mapeamento e o rol das categorias do instituto da adoção internacional, para que a pesquisa bibliográfica fosse desenvolvida por meio de uma construção metodológica, não sendo objeto de mera reprodução daquilo que já foi discutido sobre a subsidiariedade da adoção internacional, pois se buscou uma nova compreensão e abordagem, voltada para o momento histórico atual e o melhor interesse da criança em crescer no seio de uma família, a garantia do direito à convivência familiar, a fim de se chegar a conclusões inovadoras.

Em relação à jurisprudência, a pesquisa referente ao melhor interesse da criança, em caso de adoção, foi junto ao *site* do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para investigar se existem decisões referente a adoções internacionais e qual foi o tratamento dado aos casos, com ênfase no princípio do melhor interesse da criança e do direito à convivência familiar para identificar a desenvolvimento jurisprudencial, entendê-la e contextualizá-la. Para tanto, foram elaborados fichamentos (*vide* apêndice A, desta tese) que resultaram em “comentários” que

⁶ No sentido de clarificar os conceitos operacionais para as palavras ou expressões utilizadas, tendo cuidado na identificação e definição das *categorias* (refere-se “a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia” (PASOLD, 2008, p. 25) a serem trabalhadas.

subsidiaram a elaboração de um entendimento, à luz da jurisprudência, do significado do princípio do “melhor interesse da criança”, a partir da vigência da Lei nº 12.010/09.

Ao realizar a verificação junto a Terceira e demais Turmas do STJ, só foram encontrados Acórdãos, no período de 2010 a abril de 2020, desta modalidade de adoção, sobre a homologação de sentenças estrangeiras de adoção unilateral de criança brasileira pelo cônjuge da genitora, os quais foram julgados por “Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça”, limitando, portanto, a referida análise a casos, para compreensão do melhor interesse da criança, de adoção nacional, conforme delineado nesta tese.

Visando o alcance dos objetivos propostos para obtenção dos resultados da pesquisa, também foi realizada pesquisa de campo exploratória⁷ e descritiva⁸, tendo como técnica de coleta de dados a entrevista semiestruturada e o formulário com perguntas mistas⁹ (*vide* Apêndice B), junto as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional (CEJA/CEJAI) sediadas nas capitais dos Estados brasileiros, Varas da Infância e da Juventude, Ministério Público Estadual, assim como em organismos credenciados e organizações sociais de apoio à adoção. As questões não estruturadas (abertas) do formulário foram voltadas para saber a opinião pessoal, decorrente da atividade desenvolvida no processo de adoção internacional, referente à esta modalidade de adoção ser utilizada como último recurso e o direito fundamental da criança à convivência familiar. As respostas, também apresentadas em gráficos, deram pressupostos para identificar em que medida a subsidiariedade da adoção internacional repercute na efetivação do melhor interesse da criança e do seu direito à convivência familiar, com o escopo de conhecer os argumentos pertinentes ao entendimento da existência ou não de entraves para adoção internacional e obstáculos à efetivação da convivência familiar na perspectiva do princípio da subsidiariedade.

A tese está dividida em três capítulos, iniciando pela apresentação da subsidiariedade da adoção internacional e o melhor interesse da criança para garantia da convivência familiar, onde são analisadas as principais categorias da tese, via aspectos jurídicos do conceito dado à adoção internacional, à subsidiariedade na adoção internacional, ao direito fundamental da criança à convivência familiar e ao melhor interesse da criança na adoção internacional. O capítulo seguinte trata da adoção internacional e o direito à convivência familiar da criança, na perspectiva do seu melhor interesse, apresentando as normas que regem a adoção internacional,

⁷ A pesquisa exploratória estabelece critérios e instrumentos de coleta de dados para oferecer riqueza de informações sobre o tema em análise.

⁸ A pesquisa descritiva interpreta os fatos por meio de estudos sem a interferência do pesquisador.

⁹ Perguntas estruturadas (com alternativas) e não estruturadas (respostas pessoais). Para compreensão e construção do questionário buscou-se informações nos *sites do Wikihow, Science buddies, Science direct e Survey monkey.*

seus princípios jurídicos e os procedimentos estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que vão desde a habilitação até o acompanhamento pós-adoptivo; também, traz-se uma análise jurisprudencial, via acórdãos da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do princípio do melhor interesse da criança em casos de adoção, estando assim distribuído: o direito à convivência familiar e o melhor interesse da criança na regulamentação da adoção internacional; os procedimentos para adoção internacional no viés do melhor interesse da criança; análise jurisprudencial do melhor interesse da criança em casos de adoção, fazendo comentários dos acórdãos analisados e estabelecendo um entendimento do princípio do melhor interesse da criança no processo da adoção. O último capítulo traz o relato com os resultados da pesquisa de campo realizada para subsidiar argumentos pertinentes ao entendimento da existência ou não de entraves para adoção internacional e obstáculos à efetivação da convivência familiar, na perspectiva do princípio da subsidiariedade (art. 51, § 1º, II do ECA), estando intitulado como “a subsidiariedade na adoção internacional: avanços e entraves para efetiva convivência familiar”, e subdividido em: a) “pesquisa de campo”, que explica como foi realizada a pesquisa, b) o perfil das pessoas que responderam o formulário e como se posicionam em relação à adoção internacional, c) opiniões das pessoas que trabalham com adoção internacional, e d) compreensão dada pelos entrevistados a respeito da subsidiariedade na adoção internacional.

No final da pesquisa, chegou-se ao entendimento de que a essência da concessão da adoção internacional está na prioridade em proteger a criança, garantindo-lhe o direito à convivência familiar, viabilizando seu desenvolvimento saudável e sua proteção integral, que enquanto não forem aplicadas políticas públicas que garantam o direito à convivência familiar da criança no Brasil, a subsidiariedade da adoção internacional, que a coloca como último recurso a qualquer outro tipo de cuidado alternativo, não está condizente com o princípio do melhor interesse da criança no viés do direito fundamental à convivência familiar.

2 A SUBSIDIARIEDADE DA ADOÇÃO INTERNACIONAL E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA PARA GARANTIA DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O presente capítulo apresenta os conceitos atribuídos às principais categorias trabalhadas nesta tese, para melhor compreensão do problema¹⁰ que ensejou a pesquisa realizada, no que diz respeito à adoção internacional, quando colocada como último recurso, em face da previsão normativa do princípio da subsidiariedade (art. 51, 1º, II do ECA)¹¹, do direito fundamental à convivência familiar (art. 227, § 5º da CF/88¹² e art. 19 do ECA) da criança/adolescente¹³ e do seu melhor interesse. Assim, sob o viés da compreensão de que “o estudo dos institutos abordados pelas ciências, iniciam-se pela sua conceituação” (CAVALLIERI, 2017, p. 23), traz-se neste capítulo o entendimento que se dá ao instituto da adoção internacional, à “subsidiariedade” na adoção internacional, ao direito fundamental da criança à “convivência familiar” e ao “melhor interesse da criança” na adoção internacional.

O instituto da adoção, no momento histórico atual, tem caráter humanitário e está focado em oferecer à criança, que não pode ser criada por sua família natural, um ambiente que lhe garanta os mesmos direitos de um(a) filho(a) biológico(a), priorizando-se o vínculo afetivo¹⁴. Diferente do que muitos entendem, adotar não é um direito, mas uma concessão que

¹⁰ O problema levantado para a presente pesquisa foi querer saber “em que medida a subsidiariedade da adoção internacional, no Brasil, repercute na efetivação do direito à convivência familiar da criança na perspectiva do seu melhor interesse?”.

¹¹ 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 n.3.087, de 21 junho de 1999, e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção (BRASIL, 2018).

§ 1º A adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil somente terá lugar quando restar comprovado: [...] II - que **foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família adotiva brasileira**, com a comprovação, certificada nos autos, da inexistência de adotantes habilitados residentes no Brasil com perfil compatível com a criança ou adolescente, após consulta aos cadastros mencionados nesta Lei; (BRASIL, 2018, grifo nosso).

¹² “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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) [...] § 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, grifo nosso).

¹³ A legislação internacional trata da nomenclatura criança para pessoas de 0 a 18 anos incompletos, conforme art. 3 da Convenção da Haia de 1993, sobre adoção internacional; já para a legislação brasileira, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), art. 2º, *caput*, “considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. **Nesta pesquisa**, de forma genérica, **não** se fará distinção entre criança e adolescente, salvo em casos específicos, **tratando-se por criança pessoa de 0 a 18 anos incompletos**.

¹⁴ A adoção é o ato jurídico de tornar uma pessoa filha, pelo afeto, em virtude de ela ter perdido, ou nunca tido, a proteção de quem a gerou. No dizer do Padre Antônio Vieira “O filho por natureza se ama porque é filho; o filho por adoção é filho porque se ama”. Acredita-se que independente de ser biológico ou não, todo filho é adotado pelo amor.

o Estado dá para as pessoas interessadas, que preenchem os requisitos exigidos por lei, pois o direito à convivência familiar¹⁵ é, em primeiro lugar, da criança, cabendo, portanto, ao Estado-Juiz agenciar a sua colocação em lar substituto¹⁶, e os que possuem o sonho de adotar têm que se submeter à legislação e a avaliações técnicas, via Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA)¹⁷ de crianças.

No Brasil, há 43,6 mil pretendentes registrados no Cadastro Nacional de Adoção, para 8,7 mil crianças disponíveis. A demora ocorre porque enquanto 90% dos pais/mães procuram crianças de até 6 anos, somente 27% das crianças disponíveis têm essa idade. Além disso, há falta de estrutura do poder público para dar andamento aos processos daquelas que ainda estão em abrigos e aguardam indicação judicial para ficarem disponíveis à adoção. “Para esses 40 mil acolhidos (em abrigos), não existem equipes técnicas suficientes nas Varas da Infância para indicar a reinserção familiar ou a adoção”, alerta Silvana, do IBDFAM. (ESPECIALISTAS..., 2020, não paginado.).

Diante do expressivo número de pretendentes aptos a adotar e de crianças disponíveis para adoção em instituições de acolhimento, mas que não atendem o perfil desejado pelos pretendentes brasileiros, entende-se ser a adoção internacional uma opção “necessária” para dar uma família a quem não tem, garantindo o direito à convivência familiar e atendendo o princípio do melhor interesse da criança¹⁸. Daí a reflexão crítica da subsidiariedade da adoção internacional, enquanto medida de último recurso.

Assim, o entendimento expresso na pesquisa ora relatada é, destarte, de que não se deve insistir nos ‘pensamentos já pensados’¹⁹, quando se tem que buscar soluções para

¹⁵ Trata-se do direito da criança de ser criada e educada no seio de uma família, seja natural ou substituta.

¹⁶ A adoção é uma medida excepcional, que só poderá ser utilizada quando esgotadas todas as possibilidades de manutenção ou retorno da criança junto ao seu grupo familiar de origem, em decorrência do direito fundamental à convivência familiar (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019, p. 372).

¹⁷ Esse “sistema” foi implantado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), via **Resolução nº 289 de 14/08/2019**, com a finalidade de consolidar dados fornecidos pelos Tribunais de Justiça referentes ao acolhimento institucional e familiar, à adoção, incluindo as *intuitu personae*, e a outras modalidades de colocação em família substituta, bem como sobre pretendentes nacionais e estrangeiros habilitados à adoção. Determina que a inserção de pretendentes à adoção internacional no SNA é das Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção (CEJAS/CEJAIS). Assegurada à Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF) o acesso ao sistema para inserção de dados sobre organismos internacionais e autoridades estrangeiras, bem como para visualização dos dados referentes ao cadastro dos pretendentes à adoção domiciliados no exterior, brasileiros que desejam adotar no exterior, crianças aptas à adoção internacional e adoções internacionais realizadas.

¹⁸ Vide TJMG, 4ª C., Ag. 22.528-4, rel. Des. Alves de Melo, j. 2.4.92, (Minas Gerais II 5.12.92, p.1, ementa oficial). ADOÇÃO – Disputa com estrangeiros – Prevalência do interesse do menor. Adoção de criança brasileira por estrangeiro – Caráter supletivo – Interesse do menor – Prioridade. O Estatuto da Criança e do Adolescente não faz discriminação entre brasileiros e estrangeiros. O que a lei quer é que se dê supremacia à criança ou ao adolescente, seu bem-estar, seus direitos, dignidade, convivência familiar etc., e, estando brasileiros e estrangeiros nas mesmas condições, sendo ambos convenientes à criança ou ao adolescente, deve-se preferir o brasileiro ao estrangeiro. Se, porém, as condições oferecidas pelo casal estrangeiro forem melhores e trouxerem vantagens ao menor, a medida excepcional deve ser aplicada.

¹⁹ A subsidiariedade foi prevista nas Convenções internacionais referentes aos direitos das crianças que ocorreram em 1989 e 1993, quando o mundo vivia outra realidade, bem diferente da atualidade.

problemas existentes, que neste caso foi investigar a subsidiariedade²⁰ da adoção internacional, e a efetivação do direito à convivência familiar da criança, via adoção internacional²¹, estar acima da institucionalização²² de crianças em situação de adotabilidade, considerando a fragilidade e o melhor interesse da criança sem pais (família).

2.1 Aspectos jurídicos do conceito dado à adoção internacional de criança

O tratamento legal²³ dado à adoção, na atualidade, é de que se trata de um instituto jurídico em que a filiação é amparada pela afetividade, se dá por sentença judicial²⁴, independente de vínculo sanguíneo, criando relações de maternidade/paternidade e filiação entre duas pessoas. A adoção é, portanto, uma forma de colocação em família substituta definitiva, tratando-se de uma filiação civil e afetiva; um instituto jurídico que data de mais de dois mil anos na história da humanidade, reconhecido pela maior parte das legislações e culturas, que no passado resguardava mais os interesses do adotante (dar um filho a quem não tinha) e, hodiernamente, deve prevalecer os interesses do adotando (inserir a criança em uma família – direito à convivência familiar), em consonância da doutrina da “proteção integral”²⁵, que deve ser aplicada às pessoas em desenvolvimento (VENOSA, 2010, p. 275).

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 452) conceitua a adoção como “o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”, tendo “o caráter de uma *factio iuris*”, tratando-se, portanto, de um parentesco eletivo, por não resultar de uma relação biológica e ser decorrente de uma manifestação de vontade regulada em lei. A essência do ato adotivo está expressa nas palavras de Tânia da Silva Pereira (2019, p. 413):

²⁰ A ideia de subsidiariedade gera um ‘porque’, o qual buscou-se compreender, uma vez que o entendimento é de que o critério a ser considerado deve ser o melhor interesse da criança.

²¹ A partir da década de 1970 surge a adoção internacional, na Europa, decorrente das guerras (a de Biafra e a do Vietnã), sendo classificada, pelo “mundo social”, como “boa” por tirar a criança da fome, miséria, guerra etc.; ou “ruim” devido ao tráfico de crianças por ex-potências coloniais, responsáveis pela fome, pela miséria, pela guerra (ABREU, 2002, p. 11). Interessante o histórico da adoção internacional na perspectiva de Abreu (2002, p. 19-32).

²² Aqui se faz referência às instituições de acolhimento e orfanatos; às situações em que as crianças são colocadas nessas instituições e esquecidas. *Vide* a série “um olhar sob a adoção” e o “projeto crianças invisíveis”, que consta no site do IBDEFAM: <http://www.ibdfam.org.br/>.

²³ Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 39 e ss; seguindo a Constituição Federal de 1988 (CF/88) e o Decreto nº 3.087/99, que promulgou a “Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993”.

²⁴ ECA – Art. 47, *caput*. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial [...].

²⁵ “A Doutrina da Proteção Integral reconhece que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, compreendidos como pessoas em processo de desenvolvimento e que, em razão disto, gozam de absoluta prioridade na consolidação de seus direitos fundamentais, principalmente no campo das políticas públicas” (LIMA; VERONESE, 2012, p. 9).

A adoção é um ato de amor e cuidado, que consagra a garantia da convivência familiar a crianças e adolescentes, possibilitando o seu desenvolvimento pleno e sadio, e a concretização da dignidade humana e do cuidado como valores-base do ordenamento no que se refere ao direito à família.

Também nesse viés²⁶, o entendimento normativo da “adoção internacional”, que é medida excepcional²⁷ de colocação de criança em família substituta permanente, distinguindo-se da adoção “nacional”, no caso do postulante ser residente ou domiciliado no estrangeiro, sendo permitida apenas quando estabelecido que não haja disponível nenhuma família substituta ou outro ambiente de cuidado no país de origem da criança²⁸, o que demonstra sua natureza subsidiária²⁹, que se refere ao “esgotamento dos interessados no Brasil” (NUCCI, 2018, p. 248), ou seja, sua colocação como “último recurso”.

O que define a “modalidade” da adoção, se nacional ou internacional, é o deslocamento da criança do seu país de origem para o país que a receberá (critério da territorialidade), sendo caracterizada pelo lugar de residência do adotante, ou seja, pelo fato do adotado ir residir no exterior, conforme definição dada pelo art. 51 do ECA, decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³⁰, e homologação de sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

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 n. 3.087, de 21 junho de 1999, **e deseja adotar criança em outro país-parte** da Convenção (BRASIL, 1990, não paginado, grifo nosso).

Ementa: APELAÇÃO. ADOÇÃO. PEDIDO DE HABILITAÇÃO. Se os **recorrentes são brasileiros, mas residem na China**, então se mostra descabido o pedido de habilitação para adoção no Brasil, pois seu pleito deverá ser submetido às

²⁶ Os requisitos gerais da adoção internacional se assemelham à adoção nacional.

²⁷ Vide ECA – art. 31. A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção. Considera-se, portanto, que se trata da subsidiariedade da adoção internacional que é a “exceção da exceção”.

²⁸ Em regra geral, a legislação pátria estabelece alguns requisitos para que a criança seja encaminhada para adoção internacional: 1) situação jurídica definida, ou seja, criança órfã ou cujos genitores tenham sido destituídos do poder familiar; 2) inclusão dos dados da criança no Sistema Nacional de Adoção (SNA); 3) inexistência de pretendentes brasileiros habilitados no SNA, residentes no Brasil, com disponibilidade compatível com o perfil da criança e que manifeste interesse pelo acolhimento com vistas à adoção.

²⁹ ECA – art. 51, II. Nesse diapasão, traz-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ): ADOÇÃO INTERNACIONAL. Cadastro Geral. **Antes de deferida a adoção para estrangeiros, devem ser esgotadas as consultas a possíveis interessados nacionais.** Organizado no Estado um cadastro geral de adotantes nacionais, o juiz deve consultá-lo, não sendo suficiente a inexistência de inscritos no cadastro da comarca. Situação já consolidada há anos, contra a qual nada se alegou nos autos, a recomendar que não seja alterada. Recurso não conhecido. (grifo nosso) (BRASIL. STJ, DJU. 17 dez.1999. REsp. 180.341/SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar)

³⁰ Trata-se do indeferimento de pedido de habilitação no CNA por casal de brasileiros natos com residência habitual na China [...] acórdão do TJRS.

regras aplicáveis à **adoção internacional**. Inteligência dos arts. 51 e 52 do ECA. Recurso desprovido. (Apelação Cível n. 70048242648, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/05/2012) (grifos nosso)

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 7.634 - EX (2011/0280250-1)
RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO; [...]

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. ADOÇÃO UNILATERAL DE MENOR BRASILEIRA PELO NOVO CÔNJUGE DE SUA MÃE BIOLÓGICA. ANUÊNCIA EXPRESSA DO PAI BIOLÓGICO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NOS ARTS. 216-A A 216-N DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE. REGULARIDADE DA CITAÇÃO EDITALÍCIA. NOVA FAMÍLIA QUE CONVIVE HÁ MAIS DE 15 ANOS COM O ADOTANDO. PRECEDENTES: SEC 6.345/EX, REL. MIN. ARI PARGENDLER, CE, DJE 28.2.2013 E AGRG NA SE 3.731/FR, CE, Rel. MIN. CESAR ASFOR ROCHA, DJE DE 1o.3.2010. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO DEFERIMENTO. SENTENÇA DE ADOÇÃO HOMOLOGADA. [...] 2. **As normas atinentes à adoção internacional**, previstas na Convenção de Haia e incorporadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicam-se aos casos em que **o adotante seja domiciliado fora do Brasil e seja necessário o deslocamento do adotando para outro país**, bem como haja inserção completa em outra unidade familiar (ou seja, casos em que o adotando passe a conviver com novos pais). [...] 4. Sentença estrangeira homologada. (BRASIL, 2016, não paginado, grifo nosso).

Nesse diapasão, a adoção é dita internacional ou transnacional, portanto, quando trata do “processo de adoção de criança”³¹, que é transferida do seu país de residência habitual³² para o país da residência habitual do(s) adotante(s), com vistas de lhe conceder uma família. O atual conceito foi se construindo, tanto no âmbito nacional como no internacional, a partir da segunda metade do século XX, quando a adoção internacional passou a ter maior incidência, causando certa preocupação aos organismos internacionais, pela ausência de legislação específica para solucionar problemas complexos que surgiam, a exemplo dos ganhos financeiros, que “incentivavam” adoções fraudulentas e abusos como raptos, coerção, subornos e venda de crianças, desconsiderando o bem-estar do adotando (COLLAÇO, 1963, p. 210; CAVALLIERI, 1984, p. 266-272)³³.

Tem-se que a prática da adoção internacional no Brasil apresentou pouca expansão até os anos de 1970, sendo que a partir da década de 1980, passou a ter maior incidência,

³¹ Tal processo possui duas fases: a primeira é administrativa, via habilitação do(s) adotante(s), e a segunda é judicial, via ação na Vara da Infância e Juventude.

³² Entende-se por residência habitual do adotando o seu país de origem, e por residência habitual do(s) adotante(s) o país de acolhida da criança.

³³ Refere-se às irregularidades existentes, ao tratamento que a criança teve para sair de seu Estado de origem e qual tratamento teria no país de recepção, inclusive se seria reconhecida a adoção. O que gerou discussões na sociedade internacional, especialmente na Europa, resultando em estudos que fundamentaram a Convenção da Haia de 1993. *Vide* Collaço (1963, p. 210) ao emitir um parecer sobre adoção internacional; e Cavallieri (1984, p. 266-272) ao escrever sobre a “reunião de especialistas em adoções”, ocorrida de 08 a 11/03/1983, em Quito, organizada pelo Instituto Interamericano da Criança, órgão consultivo da OEA, cuja “motivação maior” se pautou no aumento da prática da adoção internacional, em que algumas foram realizadas via fraude à lei, com desrespeito ao princípio do melhor interesse da criança.

reclamando da necessidade de legislação específica, pois na esfera internacional, naquela época, o pluralismo de regras estabelecidas pelos ordenamentos jurídicos nacionais causava transtorno e insegurança para os adotantes e, principalmente, em relação ao adotado quando do seu ingresso no país de recepção, requerendo um ordenamento que colmatasse as lacunas, reduzisse a fragmentação de normas e induzisse a cooperação³⁴ entre os Estados (de origem e de recepção) (CAVALLIERI, 1984, p. 267-268), de tal modo que o art. 23.1 da CH/93³⁵ equiparou os efeitos da adoção internacional nos Estados-parte. De tal situação resultaram Convenções³⁶ internacionais voltadas para a proteção da infância, demonstrando ser a adoção um ato de amor, respaldado na afetividade e por normas jurídicas de caráter universal, voltadas para o melhor interesse da criança.

O instituto jurídico da adoção internacional foi e continua sendo objeto de estudos e discussões, para a criação de “normas mínimas comuns”³⁷ para o reconhecimento das sentenças de adoções de crianças nos Estados receptores, dando às crianças a oportunidade de viver uma relação jurídica “pai/mãe-filho(a)” permanente, independente do lugar onde tenham domicílio. No dizer de Fábio Macedo (2011, p. 1):

Nas últimas três décadas, o mundo conheceu um aumento constante da prática da adoção internacional de crianças, ou seja, da transferência, via contratos de adoção firmados juridicamente, de crianças oriundas de países ditos subdesenvolvidos ou em desenvolvimento em direção a países ditos desenvolvidos. No início dos anos 1980, a prática é quantificada em cerca de dez mil crianças por ano no mundo. No final dos anos 2000 esse número se eleva a quarenta mil. Esse crescimento coincidiu com uma maior regulamentação internacional, notadamente através da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989 e da Convenção de Haia Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional de 1993. No Brasil, país de origem, entre outros, das crianças adotadas, o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 e a Lei Nacional de Adoção de 2009 integraram conteúdos

³⁴ Seguindo o que leciona Sabino Cassese (2010, p. 15), quando se refere à “falta de un ordenamiento jurídico superior que imponga el orden entre los ordenamientos ‘inferiores’, cada uno de los sistemas debe encontrar dentro de sí mismo los instrumentos de cooperación con el resto”, como demonstração da preocupação em relação ao reconhecimento do estado de filiação da criança no país de recepção, ou seja, no sentido de garantir que as adoções internacionais sejam realizadas no melhor interesse da criança adotada, tendo em consideração os seus direitos fundamentais.

³⁵ CH/93, Capítulo V – Reconhecimento e Efeitos da Adoção – “Artigo 23. 1. Uma adoção certificada em conformidade com a Convenção, pela autoridade competente do Estado onde ocorreu, será reconhecida de pleno direito pelos demais Estados Contratantes. O certificado deverá especificar quando e quem outorgou os assentimentos previstos no artigo 17, alínea c).”

³⁶ Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança de 1989 (instrumento de Direitos Humanos mais aceito na história universal, sendo ratificado por 196 países); Convenção da Haia Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional de 1993.

³⁷ Cf. estudos realizados pela *Hague Conference on Private International Law/ Conférence de La Haye de droit international privé*. A Conferência tem, dentre outras, como missão estatutária trabalhar pela “unificação progressiva” dessas regras, no sentido de descobrir enfoques internacionalmente reconhecidos para questões como a proteção de crianças e jovens, passando a ser, na atualidade um centro de cooperação jurídica internacional e de cooperação administrativa na área de direito privado, principalmente nas áreas da proteção à criança e à família.

significativos dessas legislações, mudando consideravelmente o perfil da adoção internacional praticada, bem como, das políticas públicas de proteção social da infância.

A Convenção da Haia, de 29 de maio de 1993, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional³⁸, foi criada com a finalidade de desenvolver medidas que garantissem a adoção internacional e salvaguardassem o melhor interesse da criança e seus direitos fundamentais, foi ratificada pelo Brasil em 10 de março de 1999 e promulgada pelo Decreto nº 3.087, de 21 junho de 1999, passando a vigorar para o Brasil em 1º julho de 1999. Para Claudia Lima Marques (2004, p. 458-459, grifo nosso):

A adoção internacional significa no Brasil, hoje, um "des-enraizamento" cultural e social da criança, que é levada para outra sociedade, outra cultura, outra família e outra língua. É a adoção internacional dos anos 90, que ficou conhecida como 'adoção intercultural', para se opor à adoção dos anos 50-70 do século XX, conhecida como adoção 'humanitária'. **Atualmente, a preocupação maior do Direito Internacional Privado não é somente 'dar uma nova chance' para esta criança ou indicar a melhor lei para regular a formação desta nova família, visualiza-se muito mais os perigos da transferência internacional e do "des-enraizamento" social das crianças**, voltando-se o Direito para assegurar respeito, segurança e bem-estar desta criança, assim como a realização plena de seus direitos fundamentais. [...] **a lei interna, o Estatuto da Criança e Adolescente-ECA (Lei 8.069/1990), impõe a subsidiariedade da adoção internacional frente às outras medidas nacionais**, destaca a importância de tentar-se a manutenção dos vínculos com a família original e impõe, para qualquer adoção, o princípio do bem estar da criança.

Conforme leciona esta autora, seguindo o previsto na referida Convenção (CH/93), a adoção internacional foi disciplinada internamente, pela Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, a qual dispôs sobre adoção e alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), estabelecendo um complexo de atos divididos em fase preparatória (habilitação) e judicial, enfatizando sua subsidiariedade, ao exigir que deve ser comprovado que “não foi possível”³⁹ colocar a criança em família substituta brasileira, como também, diferenciando os procedimentos para pretendentes residentes no Brasil (art. 52)⁴⁰, para pretendentes residentes

³⁸ A CH/93 – Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (*Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*) –, foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 3.087 de 21 de junho de 1999; está voltada para a proteção das crianças e suas famílias contra os riscos de adoções ilegais, irregulares, prematuras ou mal preparadas no exterior. Dispõe sobre um sistema de Autoridades Centrais nacionais, reforça a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (art. 21) e procura assegurar que as adoções internacionais sejam feitas no melhor interesse da criança e com respeito por seus direitos fundamentais. Também visa prevenir o rapto, a venda ou o tráfico de crianças.

³⁹ Com a Lei nº 13.509/2017, o art. 51, 1º, II do ECA, passou a exigir a comprovação certificada nos autos do processo de adoção, que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança em família adotiva brasileira.

⁴⁰ Os procedimentos previstos na legislação pátria são estabelecidos conforme o país que ratificou ou que não ratificou a Convenção da Haia de 1993. “Art. 52. A adoção internacional observará o procedimento previsto

no exterior (art. 52-B)⁴¹ e para adoções realizadas em outros casos, consoante o que prevê o artigo 52-D do ECA⁴². O procedimento analisado nesta pesquisa é o de pretendentes residentes no exterior, que será abordado no próximo capítulo desta tese.

Constata-se que os procedimentos da adoção internacional demandam uma conexão de ações de proteção e cooperação entre os países de origem e recepção da criança adotada. Mesmo com todo o “aparato legal” que disciplina a adoção internacional, o preconceito relativo a ela é latente, sob, entre outras, a justificativa da mudança de língua, perda da cultura e tráfico internacional de crianças⁴³.

Considerando que com o passar do tempo, desde a CH/93 até os dias atuais, os avanços dos meios de comunicação e de transportes, decorrentes do desenvolvimento da tecnologia mundial, ocorridos nas últimas décadas, têm propiciado influências mútuas em áreas da cultura, economia e política da sociedade internacional, uma vez que a tecnologia diminui a distância entre as pessoas e as culturas sofrem influências mútuas, a exemplo da *internet (e-mail, facebook, whats app, instagram)*, que tem viabilizado intercâmbios e relações afetivas entre

nos arts. 165 a 170 desta Lei, com as seguintes adaptações: I - a pessoa ou casal estrangeiro, interessado em adotar criança ou adolescente brasileiro, deverá formular pedido de habilitação à adoção perante a Autoridade Central em matéria de adoção internacional no país de acolhida, assim entendido aquele onde está situada sua residência habitual; II - se a Autoridade Central do país de acolhida considerar que os solicitantes estão habilitados e aptos para adotar, emitirá um relatório que contenha informações sobre a identidade, a capacidade jurídica e adequação dos solicitantes para adotar, sua situação pessoal, familiar e médica, seu meio social, os motivos que os animam e sua aptidão para assumir uma adoção internacional; III - a Autoridade Central do país de acolhida enviará o relatório à Autoridade Central Estadual, com cópia para a Autoridade Central Federal Brasileira; [...]; VII - verificada, após estudo realizado pela Autoridade Central Estadual, a compatibilidade da legislação estrangeira com a nacional, além do preenchimento por parte dos postulantes à medida dos requisitos objetivos e subjetivos necessários ao seu deferimento, tanto à luz do que dispõe esta Lei como da legislação do país de acolhida, será expedido laudo de habilitação à adoção internacional, que terá validade por, no máximo, 1 (um) ano; VIII - de posse do laudo de habilitação, o interessado será autorizado a formalizar pedido de adoção perante o Juízo da Infância e da Juventude do local em que se encontra a criança ou adolescente, conforme indicação efetuada pela Autoridade Central Estadual.” No Brasil, a Autoridade Central Federal Brasileira é representada pela ACAF, sediada em Brasília; a Autoridade Central Estadual é representada pelas CEJA/CEJAI de cada estado da federação, sediadas nas capitais dos estados.

⁴¹ “Art. 52-B. A adoção por brasileiro residente no exterior em país ratificante da Convenção de Haia, cujo processo de adoção tenha sido processado em conformidade com a legislação vigente no país de residência e atendido o disposto na Alínea “c” do Artigo 17 da referida Convenção, será automaticamente recepcionada com o reingresso no Brasil. [...] § 2º O pretendente brasileiro residente no exterior em país não ratificante da Convenção de Haia, uma vez reingressado no Brasil, deverá requerer a homologação da sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça.” (PROCEDIMENTOS..., 2018, não paginado).

⁴² “Art. 52-D. Nas adoções internacionais, quando o Brasil for o país de acolhida e a adoção não tenha sido deferida no país de origem porque a sua legislação a delega ao país de acolhida, ou, ainda, na hipótese de, mesmo com decisão, a criança ou o adolescente ser oriundo de país que não tenha aderido à Convenção referida, o processo de adoção seguirá as regras da adoção nacional”. No entendimento da Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF), este artigo abre três possibilidades diferentes para pretendentes residentes no Brasil que desejam adotar uma criança que resida em país não ratificante da CH/93: adoção a partir do Brasil; adoção no exterior; e conclusão da adoção no Brasil. Atualmente não há organismo brasileiro credenciado junto à ACAF para atuar em matéria de adoção internacional (PROCEDIMENTOS..., 2018, não paginado).

⁴³ Cf. Luiz Carlos Castro (2019), Guilherme de Souza Nucci (2018), Lidia Natália D. Weber (2011) e Maria Berenice Dias (2010).

peessoas de diferentes países, assim, pode-se dizer que a adoção internacional pode ser vista como um dos reflexos disso, desconstruindo a justificativa do “trauma” que a mudança de cultura pode causar, inclusive a questão da mudança de língua, que de acordo com a entendimento do sistema educacional brasileiro, o ensino da língua estrangeira é obrigatório.

Entende-se, portanto, que a adoção internacional deve ser interpretada como um “intercâmbio entre diferentes culturas e países”, que têm em comum a observância do “caráter universal dos direitos fundamentais da criança”, pois, na atualidade, em que se vive a globalização, onde o Estado é considerado transnacional, a aproximação de culturas e valores sociais, a exemplo da influência da Convenção da Haia de 1993 (CH/93), sobre adoção internacional, na legislação pátria que a regula, assim como a proteção universal dos direitos humanos, viabilizam maior aproximação entre as nações e seus valores.

A distinção estabelecida, pela legislação estatutária, entre nacionais e estrangeiros e o domicílio do(s) adotante(s) para o processo de adoção internacional, que deve ser observada desde a habilitação no Sistema Nacional de Adoção, tem uma conotação de protecionismo que coloca a subsidiariedade⁴⁴ como último recurso, estendendo o tempo para a consolidação de um processo de adoção pelas vias legais, o que ocasiona um lapso temporal que vai de encontro ao direito à convivência familiar da criança e ao seu melhor interesse, mesmo quando é dito que a adoção internacional “representa oportunidade para infantes acolhidos” (Resolução nº 190/2014-CNJ)⁴⁵.

Embora o ECA estabeleça a preferência do acolhimento familiar ao acolhimento institucional, consoante §1º, do art. 34, isso só no caso da adoção seguir o procedimento da adoção doméstica, pois o acolhimento familiar não é concedido para família que tem domicílio fora do Brasil, ficando demonstrado que a criança disponibilizada para adoção internacional é aquela institucionalizada, sendo, portanto, a imposição da “subsidiariedade” da adoção internacional, a exceção da exceção (BRASIL, 1994).

Em suma, a compreensão para adoção internacional, dada nesta tese, é da adoção de uma criança com residência habitual em um Estado (Estado de origem), por pessoa(s) com

⁴⁴ Interessante ler as críticas de D’Antonio, que fazem referência aos quatro últimos incisos (*b,c,d,e*) do artigo 21 da Convenção sobre os Direitos da Criança de 20/11/1989, os quais foram motivo de reserva por parte da Argentina. Ele inicia com a excepcionalidade da adoção internacional como caráter essencial, mas não aparece com uma definição clara [...] também sobre a vagueza “quando o menor não pode ser atendido de maneira adequada em seu país de origem” e a adoção não dar lugar a benefícios financeiros para aqueles que participam dela ... (D’ANTONIO, 2012, p. 242-245).

⁴⁵ “Considerando a necessidade de tornar acessível a todos os magistrados da infância e juventude do país a lista dos pretendentes à adoção domiciliados fora do Brasil, para eventual início do processo de adoção internacional, nos termos dos arts. 50, §10, 51 e 52 da Lei n. 8.069/90-ECA; Considerando que a adoção internacional, esgotada a possibilidade da adoção nacional, representa oportunidade, para **infantes acolhidos**, de colocação em família substituta” (grifo nosso).

residência habitual em outro Estado (Estado de recepção), isto é: adoção internacional é um ato jurídico solene, que reconhece entre duas pessoas (criança e adulta) uma relação de filiação, onde a criança fixará domicílio em outro país (domicílio do adotante). Assim, trata-se de um ato jurídico, por ser um acontecimento regulado em lei; solene, por prescindir de formalidades legais; relação de filiação, por dar uma família a uma criança, e uma criança a uma família; deslocamento do adotado, por este passar a residir em um país que não é o seu de origem, causa da internacionalização do fenômeno adotivo hodierno (adoção internacional).

2.2 A subsidiariedade na adoção internacional

O Estatuto da Criança e Adolescente prescreve a permissão da adoção de crianças brasileiras por nacionais e estrangeiros residentes ou domiciliados fora do país, em caráter excepcional (art. 31) e subsidiário⁴⁶ (art. 51), colocando a adoção internacional como última medida de colocação da criança em família substituta permanente.

O processo de adoção internacional só poderá ser iniciado quando a criança estiver registrada em cadastro de adoção (§§ 6º e 10, do art. 50, do ECA), como também, após haver a comprovação, nos autos do processo, do esgotamento de todas as possibilidades de colocação da criança em família adotiva brasileira e da inexistência de adotantes habilitados residentes no Brasil. Diante de tais exigências, as crianças disponibilizadas para adoção internacional estão em instituições de acolhimento, são as chamadas crianças “inadotáveis”, mais “velhas”, “pretas” e com “necessidades especiais” (WEBER, 2011, p. 125). Isto posto, entende-se que tais medidas são decorrentes do princípio da subsidiariedade, cujo objetivo é privilegiar a adoção por brasileiros, pois somente após esgotar as vias da adoção por nacionais, é que se poderá deferir à família estrangeira, dando preferência aos estrangeiros residentes no Brasil, a fim de proporcionar a permanência do adotando no Brasil (SILVEIRA, 2008).

Nesse sentido, a compreensão que se estabelece é de que pelo sistema normativo da adoção internacional, a subsidiariedade está posta como último recurso, devendo somente ser admitida quando não for possível a adoção da criança no seu país de origem, conforme

⁴⁶ A subsidiariedade não deve ser confundida com a excepcionalidade da adoção internacional, o que se quer dizer é que a excepcionalidade é da adoção como modalidade de colocação da criança em família substituta (tanto nacional como estrangeira), já a subsidiariedade é exclusiva da adoção internacional, que só poderá ser viabilizada quando não houver possibilidade da adoção nacional. “Excepcionalidade da excepcionalidade”, que representa seu caráter subsidiário por representar a última solução para colocação em família substituta (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019, p. 369). É expressamente permitida a adoção de brasileiros por estrangeiros, residentes ou domiciliados fora do país, ainda que em caráter excepcional e subsidiário, assim, ao mesmo tempo, deve ser considerada como alternativa e exceção, consoante art. 31 do ECA: “A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção”.

disciplinado no artigo 21, b⁴⁷ da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, aprovada pelo Decreto nº 99.710/1990; no artigo 4, b⁴⁸, da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993, promulgada pelo Decreto nº 3.087/1999; e no artigo 51, § 1º, II, da Lei nº 8.069/1990 (ECA), que exige a comprovação certificada nos autos do processo (Lei nº 13.509/2017)⁴⁹ da inexistência de família adotiva brasileira. Justificando tal prescrição, leciona Tânia da Silva Pereira (2015, p. 404), que esse requisito é importante para a criança, pois ajuda a “preservar” suas raízes culturais, tornando o processo de adoção menos impactante, pois na adoção internacional a criança passará por um choque cultural, climático, linguístico entre outros aspectos.

Diante desse conjunto de normas reguladoras da adoção internacional, buscou-se conhecer alguns dos estudos/discussões/argumentos que antecederam sua aprovação. Ao analisar os escritos resultantes da *Reunión de Expertos sobre Adopción de Menores*, convocada pelo Instituto Interamericano da Criança para celebrar a Terceira Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP III)⁵⁰, que se reuniu em Quito, Equador, de 07 a 11 de março de 1983, percebeu-se, em resumo, a associação da adoção internacional ao tráfico internacional de crianças (D’ANTONIO, 2012, p. 233-239):

A adoção internacional e o tráfico de crianças.

As circunstâncias a que nos referimos anteriormente e que nos mostram a necessidade de considerar a adoção internacional como uma solução excepcional, só procede quando resulta comprovadamente da impossibilidade de encontrar soluções ao abandono do menor no âmbito do seu próprio país, vindo somar-se a ele o desprestígio dado a esta espécie adotiva pelas ações daqueles que, priorizando seus lucros sobre os interesses do menor, questionando a própria essência da adoção. (D’ANTONIO, 2012, p. 237, tradução nossa)⁵¹

⁴⁷ “b) a adoção efetuada em outro país possa ser considerada como outro meio de cuidar da criança, no caso em que a mesma não possa ser para o melhor interesse da criança? A adoção doméstica deve sempre ter preferência sobre as outras opções de cuidado?”

⁴⁸ “b) tiverem verificado, depois de haver examinado adequadamente as possibilidades de colocação da criança em seu Estado de origem, que uma adoção internacional atende ao interesse superior da criança;”.

⁴⁹ Esta lei definitivamente coloca o princípio da subsidiariedade, na adoção internacional, como a última *ratio* (último recurso).

⁵⁰ A Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado, denominada CIDIP-III, foi celebrada em La Paz, Bolívia, em 1984, dentre outros documentos internacionais, adotou a “*Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores (B-48)*”. A “sigla CIDIP designa, simultaneamente, a Conferência e seus frutos, as Convenções”, para melhor compreensão, ver artigo de Carolina Magalhães Rech, orientado por Nadia de Araujo, disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2008/relatorios/ccs/dir/dir_carolina_magalhaes_rech.pdf.

⁵¹ *La adopción internacional y el tráfico de niños. A las circunstancias a que hemos efectuado referencia con anterioridad y que nos evidencian la necesidad de considerar a la adopción internacional como una solución excepcional, sólo procedente cuando resulta comprovadamente imposible encontrar soluciones al abandono minoria em el ámbito de su propio país, viene a sumársele el desprestigio que a esta especie adoptiva ha acarreado el acionar de quienes, priorizando sus afanes de lucro sobre el interés del menor, contravierten la propia esencia de la adopción.*

Nesse sentido a sociedade internacional tem combatido a prática do tráfico de crianças⁵² por meio da adoção internacional, tanto que foram tomadas várias medidas, como assinatura de tratados e elaboração de leis, que buscam viabilizar a proteção de crianças que são submetidos ao processo de adoção internacional. Embora a discussão acerca do tema não se encontra esgotada, haja vista a existência do crime de tráfico de pessoas em geral, com maior predominância nas crianças, tendo por finalidade a exploração sexual, trabalho escravo ou mercado de órgãos (PEREIRA, 2010).

Entende-se, portanto, que como na segunda metade do século passado, ainda hoje a subtração/tráfico de crianças nos países com populações em difícil situação econômica é uma realidade que deve ser combatida, mas, hodiernamente, a sua associação à adoção internacional é uma forma ‘equivocada’ de fazê-lo, pois o tráfico internacional de criança é uma questão de “polícia”, ato ilícito, já a adoção internacional é uma questão social, uma possibilidade de dar uma família a uma criança, em atenção ao seu melhor interesse e ao direito fundamental à convivência familiar, além de ser, na atualidade, rigorosamente regulamentada e haver o acompanhamento pós-adoptivo, que se dá via ACAF e organismos credenciados, por, no mínimo, 2 anos.

Nos registros dos “trabalhos preparatórios” que antecederam a Convenção da Haia/93, sobre adoção internacional, a *Oficina Permanente de la Conferencia de la Haia de Derecho Internacional Privado*, em 19 de janeiro de 1988, submeteu para a consideração da “Comissão Especial de Assuntos Gerais e Política da Conferência” o tema da cooperação internacional em matéria de adoção internacional, que foi aceita por todos os países participantes, por entenderem que a adoção internacional tinha muitos problemas de natureza e grau, distintos de quando foi aprovada a Convenção da Haia de 1965 sobre competência de autoridades, lei aplicável e reconhecimento de decisões em matéria de adoção; inclusive foi sugerida e acatada a participação dos países de origem das crianças, que não eram Estados membros da Conferência,

⁵² A relação do tráfico internacional de crianças com a subsidiariedade da adoção internacional se deu, também, em razão do comércio internacional de crianças (crime de tráfico de pessoas para fins de adoção ilegal); por exemplo, além da pobreza, são inúmeros os fatores que incidem no tráfico de crianças, como as questões sociais, econômicas e falta de oportunidades, refletindo na inobservância e fraude na legislação, inviabilizando, assim, a intervenção e o controle da autoridade judiciária de forma rigorosa. Somado a isto, é que além da pobreza nas famílias, existe, igualmente, uma autoridade pública ou alguém que se vincule a qualquer cargo, que facilite, ou ainda, auxilie os criminosos, prosseguindo com o crime de tráfico de crianças, utilizando seu cargo, para ajudar nessa ação cruel e desumana. “Diante de inúmeros problemas vinculados ao tráfico de crianças, existe uma cadeia de pessoas envolvidas: hospitais, funcionários públicos, membros do judiciário, sem afastar a atuação dos profissionais liberais inescrupulosos, participantes deste sistema milionário de comércio de crianças” (Pereira, 2010, p. 419).

e de outras organizações especializadas que tratavam desta matéria (ARANGUREN, 1994, p. 1-2).

A Oficina Permanente apresentou razões para a prioridade ao tema adoção internacional na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, alegando o “aumento espetacular das adoções internacionais que tinham acontecido desde finais dos anos sessenta, passando a ser um fenômeno mundial caracterizado pela migração de crianças vindas de grandes distâncias e de sociedades com culturas muito diferentes”, como também, a existência de problemas humanos sérios e complexos (a exemplo do sequestro, venda ou tráfico de crianças), a “insuficiência dos instrumentos legais internos e internacionais existentes e a necessidade de uma aproximação multilateral” (ARANGUREN, 1994, p. 3-4).

A aprovação da Conferência da Haia/93, sobre adoção internacional, se deu na décima sétima sessão, que ocorreu entre os dias 10 e 29 de maio de 1993, na qual o Brasil participou como Estado não membro e foram analisados os artigos apresentados pelo anteprojeto da Convenção, sendo relator, vinculado ao Comitê de redação, Sr. G. Parra Aranguren (Venezuela).

No Informe Explicativo da CH/93, de G. Parra-Aranguren (1994, p. 14), em relação ao segundo parágrafo do Preâmbulo da CH/93⁵³, foi apresentado o Documento de Trabalho nº 21, propondo que cada país colocasse em caráter prioritário medidas para que a criança permaneça em sua família biológica, com destaque implícito do caráter subsidiário à adoção; sendo este documento retirado, pela Indonésia, via Documento de Trabalho nº 46, que foi aprovado por ampla maioria, ficando estabelecido: “Recordando que cada país deveria tomar, com caráter prioritário, medidas adequadas para permitir a manutenção da criança em sua família de origem”; embora considerada desnecessária, por alguns países participantes, sob o argumento de que o “princípio da subsidiariedade” já estava contemplado no “artigo 4, *b* da Convenção”⁵⁴. O *caput* do art. 4 “estabelece as condições que devem ser observadas em qualquer caso, seja qual seja o conteúdo da lei aplicável” (ARANGUREN, 1994, p. 32), no caso do interesse desta pesquisa “o respeito ao princípio da subsidiariedade” e o melhor interesse da criança, em caso de adoção internacional.

⁵³ Estabelece o Preâmbulo da CH/93: “[...] Recordando que cada país deveria tomar, com caráter prioritário, medidas adequadas para permitir a manutenção da criança em sua família de origem; Reconhecendo que a adoção internacional pode apresentar a vantagem de dar uma família permanente à criança para quem não se possa encontrar uma família adequada em seu país de origem; [...]”.

⁵⁴ Assim dispõe a CH/93 no seu Capítulo II - Requisitos Para As Adoções Internacionais – “Artigo 4. As adoções abrangidas por esta Convenção só poderão ocorrer quando as autoridades competentes do Estado de origem: [...] *b*) tiverem verificado, depois de haver examinado adequadamente as possibilidades de colocação da criança em seu Estado de origem, que uma adoção internacional atende ao interesse superior da criança;”

Percebe-se uma insistência na consideração da natureza excepcional e subsidiária da adoção internacional, em virtude do interesse prioritário da criança em ser criada por seus pais e no seu país de origem, o que se entende ser o mais adequado, daí a excepcionalidade da adoção (nacional e internacional) como meio alternativo de colocação em família substituta⁵⁵. O que se traz para reflexão, portanto, é que se isto não for possível, deve-se priorizar a colocação da criança em uma família substituta permanente independente de ser em seu Estado de origem ou não⁵⁶, sem priorizar sua subsidiariedade, sempre levando-se em conta o interesse primordial da criança⁵⁷.

Mesmo com todo aparato legal que prescreve o princípio da subsidiariedade⁵⁸ da adoção internacional e o princípio do melhor interesse da criança, hodiernamente, são poucas as pesquisas sobre qual seu verdadeiro significado (ou qual deveria sê-lo), e quais as suas implicações para a política de bem-estar da criança (MEZMUR, 2009, p. 85). Adoção internacional é tema controvertido, as opiniões estão divididas entre a necessidade e a conveniência desta prática, alguns países têm se mostrado resistentes à retirada de crianças do seu território (país de origem) para serem colocadas em casas de famílias no exterior⁵⁹.

Assim se expressa o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

ADOÇÃO INTERNACIONAL. Cadastro Geral. **Antes de deferida a adoção para estrangeiros, devem ser esgotadas as consultas a possíveis interessados nacionais.** Organizado no Estado um cadastro geral de adotantes nacionais, o juiz deve consultá-

⁵⁵ ECA, “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, não paginado, grifo nosso)”.

⁵⁶ Interessante ver proposta da Colômbia apresentada no Documento de Trabalho n. 2, que pretendia assegurar que a criança fosse sempre colocada em uma família antes de ser internada em uma instituição ou outro tipo de meio não familiar (ARANGUREN, 1994, p. 15). A recusa dessa proposta está muito relacionada com as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que os países devem adotar para coibir o tráfico internacional de crianças.

⁵⁷ Ver “princípio da absoluta prioridade” ou “melhor interesse” da criança.

⁵⁸ O Comitê dos Direitos da Criança reafirmou essa posição ao concluir que “a adoção internacional deve ser considerada à luz do Artigo 21, especificamente como medida de último recurso”. (COMITÊ CRC, 2004, §47), assim como o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), tendo o mesmo entendimento. De acordo com um dos princípios fundamentais que sustentam a prática da adoção internacional – o princípio de subsidiariedade – a adoção internacional é prevista apenas quando estabelecido que não há disponível nenhuma família substituta ou outro ambiente de cuidado no país de origem da criança. Mezmur (2009, p. 86) ao analisar a “adoção internacional como medida de último recurso” faz os seguintes questionamentos: “é a adoção internacional ou o encaminhamento da criança aos cuidados de uma instituição que deverá ser considerada como medida de “último recurso”? O que pode e deve realmente significar “último recurso” para o melhor interesse da criança? A adoção doméstica deve sempre ter preferência sobre as outras opções de cuidado?”

⁵⁹ Mezmur (2009, p. 88-89) expressa que “é fato que alguns grupos (algumas vezes a nação como um todo) considera que reclamar o direito de custódia ou controle sobre suas crianças é um assunto (WOODHOUSE, 1995, p. 112) que tem prevalência em detrimento à proteção dos melhores interesses dessas crianças”. Nesse viés, nas leituras realizadas até o presente momento, o que se compreende é a preocupação (vaidade) no sentido de que o Estado será *julgado* por não conseguir “dar conta” de suas crianças, se sobrepondo à preocupação de que o melhor para a criança é ser criada por uma família que a cuide e lhe dê afeto e amor.

lo, não sendo suficiente a inexistência de inscritos no cadastro da comarca. Situação já consolidada há anos, contra a qual nada se alegou nos autos, a recomendar que não seja alterada. Recurso não conhecido (BRASIL, 1999a, não paginado, grifo nosso). ADOÇÃO INTERNACIONAL. CADASTRO DE ADOTANTES NACIONAIS. PREFERÊNCIA. QUARTA TURMA. Embora não conhecido o recurso, a Turma consignou que a **prévia consulta pelo magistrado ao Cadastro Central de Adotantes nacionais** constitui **medida obrigatória** para a adoção de menor impúbere em lar substituto nacional, **antes de deferir a guarda a casal estrangeiro**. Precedentes citados: REsp 196.406-SP e REsp 27.901-MG, DJ 12/5/1997. REsp 202.295-SP, Rel. Min. Ruy Rosado, julgado em 18/5/1999. (BRASIL, 1999b, não paginado, grifo nosso)

Mesmo com a resistência estabelecida para a colocação da criança em família estrangeira, há o reconhecimento de que a adoção internacional visa proporcionar ao adotando um ambiente familiar adequado, ainda que fora de seu país de origem, e fornecer-lhe condições para que possa vir a exercer seus direitos, embora tida como medida alternativa, que substitui a adoção nacional, sendo expressamente exigido o interesse da criança.

Essa possibilidade da mudança da nacionalidade da criança, ao ser adotada por estrangeiro, gera debates⁶⁰, cujos entendimentos contrários se posicionam no sentido de que estudos comprovam que é na sociedade em que o adotando nasceu, que ele encontrará mais facilidade em ser adaptado em uma família substituta (PEREIRA, 2015, p. 408). Por sua vez, os entendimentos favoráveis expressam que independente de nacionalidade “o que interessa é construir uma família com todas as características psicossociais da família natural” (DIAS, 2010, p. 486), pois a inclusão em família estrangeira pode ocorrer com maior facilidade e em melhores condições, não devendo “existir hierarquia absoluta entre casal estrangeiro residente fora do país e casal brasileiro” (NUCCI, 2018, p. 249). Daí a pergunta: será preferível correr o risco da dúvida a deixar a criança em uma “instituição de abandonados”?

Interpretando a “visão atual brasileira” referente à subsidiariedade da adoção internacional, assim se expressa Cláudia Lima Marques:

Na visão atual brasileira, a adoção nacional e, especialmente, a manutenção dos vínculos familiares da criança devem ter preferência. A decisão de transferir a criança, através da adoção internacional deve só ser tomada, se não é possível ou recomendável uma solução nacional [...] podemos afirmar que o princípio da subsidiariedade significa, em matéria de adoção internacional, "tempo e ordem", isto é, que as Autoridades centrais, os juízes de Estados estrangeiros de residência dos pais adotivos e os interessados (por exemplo, pais adotivos ou intermediários das agências) **somente poderão ser ativos, quando e se as autoridades centrais e os juízes do país de residência da criança estabelecerem com clareza que uma solução nacional para aquela criança não é mais possível ou desejável** sempre tendo em

⁶⁰ Trata-se de entendimentos controversos “a favor e contra” a adoção internacional, colocados pela doutrina pátria. Cf. Dias, 2010, p. 486; Weber, 2011; Pereira, 2015, p. 408; Nucci, 2018, p. 248. Analisando essas opiniões, acredita-se que a adoção internacional pode e deve ser uma medida utilizada para diminuir o número de crianças em situação de abandono.

vista seu bem-estar concreto e o respeito ao direito de manutenção do vínculo familiar de origem. Visto sob esta ótica, o princípio assegura tempo, para que as autoridades do país de residência da criança organizem e verifiquem da possibilidade de uma solução nacional e ordem, pois garante que a competência para solucionar o problema da criança é da autoridade do país de sua residência. **O princípio combate o tráfico**, pois - mesmo pagando - os pais adotivos estrangeiros nunca estarão certos de receber aquela criança, dada a possibilidade de sua adoção nacional por adotantes brasileiros, que nada pagaram. E significa ainda uma decisão política de dar preferência aos casais brasileiros ou com residência no Brasil, face à **manutenção da criança em seu ambiente cultural e social** (MARQUES, 2004, p. 487-488, grifo nosso).

Teorizando sobre a justificativa da inserção do princípio da subsidiariedade no procedimento da adoção internacional, entende-se que a preocupação também está sob o argumento de se precaver em relação ao tráfico internacional de crianças e a maior facilidade de adaptação da criança em uma família do seu país de origem. De forma diversa da referida autora, acredita-se que, no momento histórico atual, a subsidiariedade estabelece uma “reserva” de crianças em situação de adotabilidade para pretendentes brasileiros, sem levar em conta a prioridade do princípio do melhor interesse da criança e seu direito fundamental à convivência familiar, de tal modo, que foi a problemática levantada para a realização da presente pesquisa: “em que medida a subsidiariedade da adoção internacional, no Brasil, repercute na efetivação do direito à convivência familiar da criança, na perspectiva do seu melhor interesse?”.

No viés da adoção internacional ser colocada como último recurso, busca-se identificar a sua repercussão, procurando argumentos que demonstrem que se está dificultando a adoção internacional em decorrência da burocracia e do tempo, portanto, se está “condenando”⁶¹ a criança a permanecer em instituição de acolhimento, por consequência à sua invisibilidade, pois é comprovado que são encaminhadas para adoção internacional as crianças denominadas de inadotáveis (WEBER, 2011), uma vez que “os adotantes com residência ou domicílio no exterior fazem menos exigências no tocante aos adotados do que os adotantes que residem no Brasil” (CAVALLIERI, 2017, p. 3).

Neste diapasão, questiona-se, também, se a subsidiariedade da adoção internacional não está distanciada da realidade social atual, especialmente no sentido do ser humano como “cidadão do mundo”, corroborado pelos intercâmbios de estudantes e a onda imigratória que se vive, que miscigena as culturas, assim como a segurança jurídica estabelecida no processo de

⁶¹ Ver artigo “Os filhos abandonados da Pátria que os pariu”, escrito por Maria Berenice Dias. “[...] retrata a triste realidade de milhares de crianças e adolescentes que, abandonados pelos pais ou deles afastados por maus tratos ou abusos, restam literalmente depositados em abrigos. E lá permanecem por anos, até atingem a maioridade, quando são postos porta a fora. No mais das vezes, eles acabam envolvidos com drogas e elas, na prostituição. [...] Conclusão: sobram bebês, crianças, adolescentes e sobram pessoas com desejo de adotar. É urgente atender ao comando constitucional que assegura aos cidadãos de amanhã, com prioridade absoluta, o direito à convivência familiar, que não é sinônimo de família biológica.”. (DIAS, 2018, não paginado).

adoção, inclusive pelo acompanhamento pós adotivo⁶², ou seja, se a subsidiariedade como está posta não está defasada pelo tempo⁶³ e, assim, não atende o melhor interesse da criança, causando um entrave⁶⁴ à adoção internacional e dificultando o direito à convivência familiar.

O que se busca nesta pesquisa é fundamentar o entendimento de que a subsidiariedade deve ser considerada em relação aos diversos fatores que regem os “princípios da adoção internacional”⁶⁵, que cada caso deve ser investigado de forma contextualizada, sendo conduzido por agentes responsáveis pela proteção infantil e por “equipes peritas nos princípios envolvidos”⁶⁶, considerando, principalmente, que o princípio da subsidiariedade não é o principal fator governante nas adoções internacionais, pois é o princípio do melhor interesse da criança que foi acordado pela legislação como sendo o principal fator governante no que concerne à criança⁶⁷.

2.3 O direito fundamental da criança à convivência familiar

⁶² O acompanhamento pós-adotivo trata do atendimento realizado por profissionais vinculados aos organismos credenciados ou aos serviços sociais e de saúde do local de residência das famílias adotantes; tem início após seis meses da chegada da família no país de acolhida do adotado e tem duração de dois anos. Está previsto na CH/93 e no ECA, art. 52, § 4º, V. Nas entrevistas realizadas, foi colocado pelas CEJAI's que a realização de um acompanhamento psicossocial adequado após a chegada da família no país de acolhida da criança é de muita importância para que a adoção internacional seja bem sucedida. Nesse sentido, o artigo escrito por Cristiane da Silva Sarmiento Moreira (2005).

⁶³ O que se quer dizer é que a realidade dos anos 80 não é a mesma, especialmente em relação a associação do tráfico internacional de criança com a adoção internacional, pois esta, na atualidade está amparada por uma legislação rígida e uma rede de acompanhamento.

⁶⁴ Este aspecto será tratado no último capítulo desta tese, que trata da pesquisa de campo, no que se refere aos avanços e entraves da legislação que regula a adoção internacional.

⁶⁵ Os princípios orientadores da adoção internacional são: *a)* subsidiariedade: a adoção internacional só é permitida quando não seja possível encontrar uma colocação familiar permanente para a criança no seu país de residência habitual; *b)* cooperação internacional: o processo exige a participação e colaboração obrigatória e comprometida das autoridades centrais e competentes dos países envolvidos; e *c)* colaboração interinstitucional: o processo exige, a nível interno, a colaboração entre a Autoridade Central e outras autoridades, nomeadamente, diplomáticas e policiais. (Esta classificação foi apresentada pela Dra. Isabel Pastor no “3º curso breve de pós-graduação em Direito Internacional Privado dos Menores”, cujo tema foi: “Adoção Internacional, a Participação das Autoridades Centrais: sucessos e dificuldades”. Na Universidade de Coimbra, em abril de 2016).

⁶⁶ Aqui está se fazendo referência, principalmente, às equipes multidisciplinares que trabalham com adoção, especialmente nas Varas da Infância e Juventude, a exemplo de psicólogos, assistentes sociais, pedagogos e terapeutas.

⁶⁷ Nesse sentido traz-se a Apelação Cível Nº 594039844, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 26/05/1994. ADOÇÃO INTERNACIONAL. Pressupostos. Excepcionalidade. Cabimento mesmo havendo casais nacionais. A releitura da norma menorista não conduz a interpretação de que o casal estrangeiro, que preenche os pressupostos legais deva ser arrendado, invariavelmente quando existem pretendentes nacionais, principalmente quando já desenvolveram forte afeto ao menor, cujo interesse deve ser preservado. Casos isolados que abalaram o Instituto de Adoção Internacional, não devem servir como escusa para frustrar o pedido, sendo injusto obstar que o infante desfrute de melhor qualidade de vida em país desenvolvido. Inteligência dos arts. 28, 31, e 198, VII, ECA. Apelação Provida. Decisão Unânime.

O direito à convivência familiar está previsto no art. 227 da Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental diretamente aplicável, para garantir à criança um desenvolvimento sadio e integral. O que se trata aqui é como esse direito é interpretado⁶⁸ e aplicado em atenção às normas que disciplinam a adoção internacional de crianças brasileiras, considerando ser “a convivência familiar” um conceito desprovido de conteúdo inequívoco, mas com um amplo consenso no sentido de priorizar a família natural⁶⁹ e o acolhimento familiar em relação à institucionalização.

Busca-se neste tópico colocar a importância do direito à convivência familiar da criança, que está “sem” família, numa perspectiva jurídica, pois a legislação pátria regula, prioritariamente, o direito à convivência familiar no sentido da manutenção da criança na família natural; que só no caso da criança ter que ser retirada da sua família natural, é que será encaminhada, de forma provisória, para programas de acolhimento familiar ou institucional, bem como para famílias substitutas, na modalidade de guarda ou de tutela, pois após certo lapso temporal, a situação da família natural deverá ser reavaliada e, caso esteja reestruturada, receberá novamente a criança, ao passo que ao contrário, ela será encaminhada à adoção. Nesse sentido, leciona Luciano Alves Rossatto:

Ao se tratar do direito à convivência familiar é imprescindível a abordagem da Lei Nacional da Adoção (Lei n. 12.010/2009). Isso porque, em verdade, apesar do título consagrado, a Lei n. 12.010/2009 é uma verdadeira Lei de Convivência Familiar. Aos que pensavam que o novo diploma viria para facilitar a adoção e diminuir o número de crianças que permanecem acolhidas pelo Estado em instituições disciplinadas pelo Estatuto restou conformarem seus pensamentos a uma lógica que torna ainda mais rigoroso o procedimento de adoção, e mais: reserva à colocação de criança e

⁶⁸ No entendimento de Luciano Alves Rossatto (2019, p. 244): “O Estatuto eleva ao nível de direito fundamental a convivência familiar e comunitária.”, dizendo que a justificativa está na consideração da criança como pessoa em desenvolvimento, que necessita de valores éticos, morais e cívicos para complementar sua formação em busca da vida adulta; que “Os laços familiares têm o condão de manter crianças e adolescentes amparados emocionalmente, para que possam livre e felizmente trilhar o caminho da estruturação de sua personalidade. A comunidade, por sua vez, propiciará à pessoa em desenvolvimento envolver-se com os valores sociais e políticos que irão reger a sua vida cidadã, que se inicia, formalmente, aos 16 anos, quando já poderá exercer o direito de sufrágio por meio do voto direto”.

⁶⁹ O Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), via 2ª Câmara de Direito Civil, acolheu o pedido de um casal que havia perdido o poder familiar sobre seus dois filhos menores; de sete e nove anos, em decisão proferida na Comarca de Porto União. O Ministério Público (MP) acusou os pais de negligenciarem os direitos das crianças. Em defesa do casal, foi arguido que eles jamais agrediram os filhos, que por eles possuem profundo afeto, e que se forem enviadas para adoção não terão muitas chances, já que são crianças maiores, de pele escura e uma delas apresenta problemas mentais; que a solução seria haver uma assistência à família para sair da miséria – a mãe não consegue emprego por ser analfabeta, e o pai encontra-se na informalidade, tendo um rendimento precário. Na época da ação, as circunstâncias apresentavam-se desfavoráveis aos pais e houve a suspensão do poder familiar; mas a situação mudou, atualmente, o estudo social apresentou conclusão favorável, pois a família está sendo assistida pela prefeitura. Ficou comprovado os esforços dos pais para que seus filhos retornem ao lar, demonstrando a possibilidade da família se reestruturar e criar um ambiente adequado para criação dos filhos; o relator do processo, desembargador Monteiro Rocha expressa que “O direito à convivência familiar constitui direito fundamental da criança, assegurado pela CF/88 e no ECA e, nesse contexto, a manutenção da criança na família de origem deve ser priorizada” (IBDFAM, 2021).

adolescente em família substituída adotiva a última alternativa entre as políticas públicas voltadas para o atendimento de seus interesses. Em verdade, o novel diploma tem como **primeiro objetivo a manutenção da criança e do adolescente junto à sua família natural** (formada pelos pais e irmãos), para tanto elabora regras que consigam atingir esse mister, tais como as que disciplinam os programas de acolhimento familiar e institucional, acompanhadas de outras medidas de proteção e assistência às famílias naturais (§ 3.º do art. 19 do Estatuto). Sendo assim, entende-se que a retirada da pessoa em desenvolvimento do seio de sua família natural, quando o ambiente não esteja sendo propício ao seu crescimento físico, intelectual e moral, deve ser medida excepcional e temporária, que será revogada se, e assim que, a família natural for reestruturada e, portanto, estiver apta a receber novamente a criança ou o adolescente. **Somente se as políticas públicas tendentes à reestruturação da família natural para receber a pessoa em desenvolvimento não surtirem efeitos é que se buscará a adoção** (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019, p. 245-246, grifo nosso).

A convivência familiar se estabelece pela relação afetiva diuturna e duradoura entre as pessoas que compõem o grupo familiar, em razão de laços de parentesco ou não, em ambiente compartilhado; trata-se de um direito “dirigido à família e a cada membro dela, além de o Estado e à sociedade como um todo”, indo “além da relação paterno filial” (LOBO, 2019, p. 126-127). A importância “sociojurídica” do direito à convivência familiar da criança é que se trata tanto de um “direito humano” como de um “direito fundamental” (SARLET, 2012, p. 29). Nesse âmbito, entende-se ser a convivência familiar um “direito humano” outorgado internacionalmente, conforme estabelecido nos preâmbulos da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 e da Convenção da Haia de 1993⁷⁰ (sobre adoção internacional), ao prescreverem que os Estados reconhecem que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão; e que a adoção internacional pode apresentar a vantagem de dar uma família permanente a uma criança que não encontra uma família conveniente no seu Estado de origem⁷¹; também, a convivência familiar é um direito fundamental previsto no *caput* do art. 227 da Constituição brasileira de 1988, que dispõe: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito [...] à convivência familiar e comunitária [...]”. Assim, entende-se que o direito à convivência familiar é um “direito humano transformado em direito fundamental”, ao se manifestar como “direito positivo de matriz constitucional” (SARLET, 2012, p. 32).

⁷⁰ O “Informe explicativo” da CH/93 (ARANGUREN, 1994, p. 13-14) expressa que a finalidade do primeiro parágrafo do Preâmbulo é ressaltar o papel da família na educação e no desenvolvimento da criança; reconhece o direito da criança a uma família para o melhor desenvolvimento harmônico da sua personalidade.

⁷¹ Em relação à adoção por estrangeiros, Abreu (2002, p. 101-137) escreve sobre “A lógica da dádiva e da dívida na adoção internacional”, também, “As ‘verdades’ jornalísticas sobre a adoção internacional: Entre a vergonha e a salvação” (ABREU, 1994, p. 140-153), onde traz o viés antropológico dessa modalidade de adoção, que se entende interessante para a compreensão do fenômeno adotivo.

Numa perspectiva sociológica, o ser humano se viabiliza no grupo social e a família é seu primeiro agrupamento, onde supera as adversidades da natureza e se constrói. A organização familiar é entendida como espaço privilegiado para o desenvolvimento da criança, de tal forma que a Convenção das Nações Unidas de 1989, sobre os direitos da criança, dispõe no seu preâmbulo “que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão”. Tal perspectiva embasa o entendimento da convivência familiar ser um direito inerente à condição humana da criança, portanto, um direito humano.

A família deve ser o espaço de acolhimento, da realização da afetividade e da dignidade das pessoas. Neste viés, é dada sua importância na formação psíquica do indivíduo e do “direito fundamental à convivência familiar”⁷², sua compreensão prescinde da sua “origem e evolução”⁷³, para tanto, historicamente foram adotadas muitas teorias, dentre as quais a “judaico-cristã”⁷⁴, a “matriarcal”⁷⁵, a “patriarcal”⁷⁶ e, hodiernamente no Brasil, a “pluralidade de entidades familiares”⁷⁷ (MACIEL, 2013, p. 117-119). Internacionalmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado” (art. 16.3).

Diante da sua historicidade, se percebe a família como uma instituição jurídica de extrema relevância social, que tem passado por modificações, “quer na sua formação, quer na sua estrutura” (KREUZ, 2012, p. 27), decorrentes da influência religiosa, de valores éticos, sociais, morais, culturais e econômicos que se exteriorizam no fato social. Hodiernamente, é tão valiosa a existência da entidade familiar, que passou a ser matéria constitucional (Constituição Federal Brasileira/1988, art. 226), com normas específicas para sua proteção, além de princípios gerais também aplicáveis ao Direito de Família. Dentre os princípios específicos, encontram-se os princípios da “solidariedade familiar” e da “afetividade”, que

⁷² Trata-se de uma proteção aos direitos fundamentais da criança, no caso desta tese o direito à convivência familiar, que se dará com **absoluta prioridade** e de forma compartilhada entre a família, o Estado e a sociedade. “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.” (Redação dada Pela Emenda Constitucional n. 65, de 2010).

⁷³ A significação da família no contexto social, desde os tempos mais remotos, justifica a preservação da sociedade, o que impõe ao Estado intervenção nas relações familiares.

⁷⁴ Deus criou o homem e a mulher e mandou que se multiplicassem (Gn.1:27-28), instituindo a família.

⁷⁵ A genitora passou a ser o centro da ordem familiar (certeza da maternidade).

⁷⁶ O pai como eixo da organização familiar.

⁷⁷ A Constituição Federal de 1998 passou a reconhecer a família a partir de seus membros, ampliando seu conceito, reconhecendo “a possibilidade da sua origem na informalidade, na uniparentalidade e, principalmente, no afeto”. (MACIEL, 2013, p. 118).

modificou a ideia de família como instituição formada por pai, mãe e filho(a), passando a outras configurações cujo “elo de ligação” é, essencialmente, o afeto (PEREIRA, 2012, p. 58-59).

No caso desta pesquisa, priorizou-se a convivência familiar, também colocada como “princípio informativo da fundamentalidade dos direitos da criança” (KREUZ, 2012, p. 76-79), em razão da importância da família para o pleno desenvolvimento da criança.

As mudanças de configuração da família, que têm ocorrido nas últimas décadas, fazem com que o ordenamento jurídico se adeque, especialmente no trato com os novos formatos de família, a exemplo do § 4º, do art. 226, da Constituição Federal/88, que define como entidade familiar a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes; e o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 25, por sua vez, que define família natural como a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, reconhecendo outras formas de arranjo familiar, cujo conceito foi ampliado⁷⁸, estabelecendo como família extensa aquela que vai além de pais e filhos, incluindo a formada por “parentes próximos” e “pessoas”⁷⁹ com os quais as crianças tenham vínculos de afinidade ou afetividade.

Assim, a família passa a ser representada pelos membros que a formam, no caso desta tese, cujo “foco” é a criança, e visualiza-se ser dela o direito fundamental à convivência familiar⁸⁰, traz-se que na concepção jurídico-protetiva para a infância e adolescência existem na sua base de estruturação duas premissas específicas: a primeira se refere ao reconhecimento da criança como sujeito de direitos; e a segunda faz referência à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Levando-se em conta que estas premissas são norteadoras da nova prática político-social que deve ser implementada a essa parcela da população, “esse novo modelo de proteção jurídica precede da adequação do campo de incidência das normas ao caso concreto para que se alcance fundamentalmente uma completa satisfação jurídica” (LIMA; VERONESE, 2012, p. 55).

⁷⁸ Art. 25, parágrafo único do ECA – “Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

⁷⁹ A exemplo de madrastas e padrastos, padrinhos e madrinhas da criança, ou seja, pessoas que têm intimidade com a família a ponto de serem consideradas parentes.

⁸⁰ É de suma importância pensar acerca do papel da família, principalmente dos pais, na formação psíquica da criança enquanto sujeito, entende-se que a importância da família na formação da criança é tal, que o ECA prevê no § 3º do art. 50, que a habilitação à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica dos adotantes [...] com o apoio de técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar; que os municípios, portanto, devem criar políticas específicas para garantir a convivência familiar, nas suas mais diferentes formas, com o escopo da integração e reintegração da criança à família de origem e caso não der, inseri-la em família substituta.

Dada a importância da família, como dito acima, a convivência familiar é estabelecida como “direito fundamental da criança” (CF/88, art. 227), pois ela é imprescindível para o adequado desenvolvimento do ser humano em formação, a fim de que este possa integrar, como cidadão, uma sociedade complexa e em constante transformação. A lei prevê que, sendo viável, deve-se procurar manter os vínculos da família biológica, pois o sentimento de abandono pode deixar sequelas irremediáveis; faz-se necessário pensar o papel da família, principalmente dos pais, na formação psíquica da criança enquanto sujeito. Daí o entendimento da necessidade de colocação em família substituta permanente de crianças que porventura tenham perdido seus pais, seja por morte, por ausência, abandono ou simplesmente porque estes não tinham condições de fornecer um ambiente seguro e favorável ao desenvolvimento dos filhos⁸¹.

De acordo com os preceitos legislativos vigentes, “o acolhimento em abrigos tem que ser excepcional e provisório, tendo sempre em vista o retorno da criança à sua família de origem no mais breve prazo possível”⁸², portanto, durante a permanência das crianças nos abrigos deve ser assegurado o direito à convivência familiar e comunitária (art. 92 do ECA), que pode lhes ser garantido, também, pela colocação em família substituta ou pela vivência em instituições acolhedoras e semelhantes a residências, proporcionando um atendimento individualizado e personalizado.

Numa perspectiva jurídica, confirmando a importância da família na formação da criança, reforçando o que foi mencionado anteriormente, surgiu a Lei nº 12.010/09, que determinou “nova sistemática legal voltada ao respeito efetivo do direito de crianças e adolescentes à convivência familiar, na forma de orientação, apoio e promoção social da família natural, ressaltando a importância da manutenção de crianças e adolescentes no ambiente

⁸¹ Em razão da medida protetiva de acolhimento institucional ou familiar ter caráter excepcional e provisório, com duração máxima de 18 meses, como determina o art. 101, parágrafo 1º do ECA, o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM elaborou e encaminhou um pedido de providências ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que “apresenta proposta de normativa para procedimentos de Busca Ativa. O objetivo da solicitação é a padronização da Busca Ativa, em nível nacional, de modo a reduzir o período de abrigamento de crianças e adolescentes e garantir o direito de adoção com celeridade. A iniciativa integra as ações do projeto do IBDFAM Crianças Invisíveis” (PEDIDOS..., 2020, não paginado).

⁸² Conforme estabelecido em lei, as crianças abrigadas “têm o direito de manter os vínculos com suas famílias e estas necessitam de apoio para receber seus filhos de volta e conseguir exercer suas funções de forma adequada”, o Estado deve estabelecer políticas públicas para garantir esses direitos. Interessante publicação a respeito no *site* do Ministério Público Federal – “Turminha do MPF” – na qual está expresso que “[...] ao contrário do que muitos podem pensar, a maioria dos abrigados (86,7%) tinha família e apenas 5,2% eram órfãos. No entanto, apesar de tantos terem família, somente 58,2% mantinham vínculos familiares. Os outros 28,5% que tinham família, mas viviam totalmente afastados dela, não estavam impedidos pela justiça de ver seus pais. Apenas 5,8% estavam nessa condição. Por que então ficavam nos abrigos sem contato com seus familiares? O que se constatou foi que muitos abrigos não incentivavam o convívio familiar recomendado pelo ECA, permitindo que os pais fossem visitar os filhos ou que estes fossem passar os finais de semana em casa, como também que alguns pais abandonaram totalmente seus filhos ou estavam doentes e não tinham como ir visitá-los” (O DIREITO..., 2014, p. 16).

familiar” (O DIREITO..., 2014, p. 10), só podendo ser afastadas em situações excepcionais legalmente previstas, considerando a criança como sujeito de direitos, de maneira indissociável do seu contexto sociofamiliar e comunitário. Assim, o art. 1º da referida Lei, denominada “Lei da Convivência Familiar e Comunitária”⁸³ ou “Nova Lei da Adoção”, dispõe que:

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.

§ 2º Na impossibilidade de permanência na família natural, a criança e o adolescente serão colocados sob adoção, tutela ou guarda, observadas as regras e princípios de direito contidos na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e na Constituição Federal. (BRASIL, 2009, não paginado).

O entendimento que a legislação pátria coloca, é de que as crianças têm o direito de viver numa família, que deve ser, preferencialmente, a biológica, havendo a proteção dos vínculos desta pela sociedade, pelo Estado e pela comunidade, em todas as situações, com a finalidade de evitar ou abreviar o afastamento do convívio familiar e garantir o direito fundamental à convivência familiar⁸⁴.

O Estado tem estruturado políticas públicas na defesa dos direitos da criança “em situação de fragilização de vínculos familiares e comunitários”, dando prioridade ao “resgate dos vínculos originais na família natural ou extensa (ampliada) ou, na impossibilidade, que permitam e favoreçam a formação de novos vínculos, de forma a garantir o direito à convivência familiar e comunitária” (O DIREITO..., 2014, p. 11). Trata-se, portanto, da busca em aperfeiçoar a sistemática prevista no ECA para a garantia do direito à convivência familiar, em suas mais variadas formas.

Assim, para fortalecer e proteger os vínculos familiares biológicos e/ou designar “novos arranjos”, foram criadas “redes sociais de apoio”⁸⁵ constituídas para dar conta da

⁸³ Antes desta Lei, o direito à convivência familiar era pouco respeitado, as crianças eram retiradas das suas famílias mediante “a invocação do princípio do “superior interesse da criança” para justificar abrigamentos indevidos, muitas vezes “calcados na pobreza” (O DIREITO..., 2014, p. 16).

⁸⁴ É por meio da ação articulada entre família, Estado e sociedade que será possível a construção de mecanismos políticos democráticos capazes de implementar de forma permanente os direitos fundamentais inerentes à criança, por consequência o direito à convivência familiar.

⁸⁵ As redes sociais de apoio são “uma importante ferramenta para trabalhar a inclusão social das famílias”, assim como a proteção, a defesa e a garantia dos direitos das crianças à convivência familiar e comunitária. A função “das políticas sociais deve incluir o reconhecimento, a mobilização e a orientação dessas redes de apoio, fortalecendo os vínculos existentes, sejam afetivos ou simbólicos” (O DIREITO..., 2014, p. 13).

sobrevivência, do cuidado e da socialização da criança⁸⁶. Esta, portanto, só será afastada da família natural após serem adotadas todas as medidas de proteção previstas nos arts. 98⁸⁷ e seguintes do ECA⁸⁸, pois, caso não cessar a situação violadora dos direitos da criança, o

⁸⁶ Vide art. 87 do ECA. “São linhas de ação da política de atendimento: [...] VI - políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do **convívio familiar** e a garantir o efetivo exercício do **direito à convivência familiar** de crianças e adolescentes; VII - campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à **adoção**, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.” (BRASIL, 1990, não paginado, grifo nosso).

⁸⁷ O artigo citado dispõe sobre as medidas de proteção: “**art. 98.** As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta.”

⁸⁸ Os referidos artigos tratam das medidas específicas de proteção: “**art. 99.** As medidas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo”; “**art. 100.** Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. **Parágrafo único.** São também princípios que regem a aplicação das medidas: I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: [...]; II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares; III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais; IV - **interesse superior da criança** e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto; [...] IX - responsabilidade parental: a **intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança** e o adolescente; X - **prevalência da família**: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às **medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa** ou, se isso não for possível, que **promovam a sua integração em família adotiva**; [...]; XII - oitiva obrigatória e participação:[...]”; “**art. 101.** Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: [...] VII – **acolhimento institucional**; VIII - inclusão em **programa de acolhimento familiar**; IX - colocação em **família substituta**. § 1º. O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade. § 2º. Sem prejuízo da tomada de medidas emergenciais para proteção de vítimas de violência ou abuso sexual e das providências a que alude o art. 130 desta Lei, **o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é de competência exclusiva da autoridade judiciária** e importará na deflagração, a pedido do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, de procedimento judicial contencioso, no qual se garanta aos pais ou ao responsável legal o exercício do contraditório e da ampla defesa. § 3º. Crianças e adolescentes **somente poderão** ser encaminhados às instituições que executam programas de acolhimento institucional, governamentais ou não, por meio de uma Guia de Acolhimento, expedida pela autoridade judiciária, na qual obrigatoriamente constará, dentre outros [...] § 4º. Imediatamente após o acolhimento da criança ou do adolescente, a entidade responsável pelo programa de **acolhimento institucional ou familiar** elaborará um plano individual de atendimento, **visando à reintegração familiar**, ressalvada a existência de ordem escrita e fundamentada em contrário de autoridade judiciária competente, caso em que também deverá contemplar sua **colocação em família substituta**, observadas as regras e princípios desta Lei. § 5º. O plano individual será elaborado sob a responsabilidade da equipe técnica do respectivo programa de atendimento e levará em consideração a opinião da criança ou do adolescente e a oitiva dos pais ou do responsável. [...] § 7º. O **acolhimento familiar ou institucional** ocorrerá no local mais próximo à residência dos pais ou do responsável e, **como parte do processo de reintegração familiar**, sempre que identificada a necessidade, a família de origem será incluída em programas oficiais de orientação, de apoio e de promoção social, sendo facilitado e estimulado o contato com a criança ou com o adolescente acolhido. § 8º. Verificada a possibilidade de reintegração familiar, o responsável pelo programa de acolhimento familiar ou institucional fará imediata comunicação à autoridade judiciária, que dará vista ao Ministério Público, pelo prazo de 5 (cinco) dias, decidindo em igual prazo. § 9º. Em sendo constatada a **impossibilidade de reintegração** da

Conselho Tutelar deverá acionar o Ministério Público do Estado para os fins constantes na lei, viabilizando o procedimento judicial para afastamento do convívio familiar e determinação de medidas de: inclusão em programa de acolhimento familiar, acolhimento institucional ou colocação em família substituta definitiva.

As legislações pátrias asseguram, em tese, o direito à família e à convivência familiar, contudo, crianças e adolescentes em acolhimento, em muitos casos, não recebem visitas, vivendo em situação de abandono total, no aguardo de um remoto reatamento de vínculos, que, em verdade, jamais existiram. Foram literalmente apagadas de suas famílias biológicas, existindo apenas em estatísticas de um poder.

Comumente, crianças abandonadas são acolhidas em tenra idade, porém seus interesses não são priorizados, vez que o Estado-Juiz insiste em reatamento de vínculos que jamais existiram, compactuando para que essas crianças sejam esquecidas e depositadas em instituições de acolhimento. O tempo para os abrigados é cruel e a cada dia suas chances de adoção diminuem.

Nossas crianças e adolescentes em acolhimentos são frutos de uma sociedade medfócre e hipócrita, que os esquece como filhos do Estado impiedoso e cruel. A situação é ainda mais alarmante para aqueles institucionalizados que aguardam tratamento médico ou uma cirurgia que nunca é realizada, e que poderiam estar em famílias substitutas, sendo amados e cuidados. Nega-se a essas crianças e adolescentes o direito à convivência familiar, retira-lhes a dignidade humana. Vivemos uma letargia, em que a cada dia perdemos a capacidade de nos indignar, esquecemos de nos colocar no lugar do outro e fazer a pergunta: E se fosse eu? E se fosse meu filho? Meu irmão? Crianças evoluem diariamente, estão em constante aprendizagem e são como esponjas, absorvem o que o meio em que estão inseridas lhes ensina (CALIL, 2019, p. 102).

O que se denota é que o direito à convivência familiar é um “direito humano” da criança, significando que todas as crianças têm o direito a uma família, seja ela composta pela forma tradicional (pai, mãe e filho), por uma ou duas mães, um ou dois pais, mas que os membros se entendam como sua família (vínculo afetivo). Tem sido notório o “excessivo apego aos vínculos biológicos, onde inúmeras idas e vindas para tentativas de reatamento com a

criança ou do adolescente à **família de origem**, após seu encaminhamento a programas oficiais ou comunitários de orientação, apoio e promoção social, será enviado relatório fundamentado ao Ministério Público, no qual conste a descrição pormenorizada das providências tomadas e a expressa recomendação, subscrita pelos técnicos da entidade ou responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, para a **destituição do poder familiar**, ou destituição de tutela ou guarda. §10. Recebido o relatório, o Ministério Público terá o prazo de 15 (quinze) dias para o ingresso com a ação de destituição do poder familiar, salvo se entender necessária a realização de estudos complementares ou de outras providências indispensáveis ao ajuizamento da demanda. §11. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um **cadastro** contendo informações atualizadas sobre as crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar e institucional sob sua responsabilidade, com informações pormenorizadas sobre a situação jurídica de cada um, bem como as providências tomadas para sua reintegração familiar ou colocação em família substituta, em qualquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. §12. Terão acesso ao cadastro o Ministério Público, o Conselho Tutelar, o órgão gestor da Assistência Social e os Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente e da Assistência Social, aos quais incumbe deliberar sobre a implementação de políticas públicas que permitam reduzir o número de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e abreviar o período de permanência em programa de acolhimento” (BRASIL, 1990, não paginado, grifo nosso).

família biológica acabaram por impor à criança uma grave penalidade”⁸⁹, considerando que, muitas das vezes, os chamados vínculos afetivos nunca se estabeleceram, o abandono acaba sendo sua realidade, fazendo com que “as crianças abandonadas de hoje serão os adultos desajustados e abandonados de amanhã, carinho e afeto não se impõem, o amor é o alimento para todos, principalmente para crianças, seres em formação” (CALIL, 2019, p. 101). Portanto, a busca pela família de origem pode ser prejudicial, pois é inviável diante da burocracia imposta pelas normas de proteção, que acaba dificultando a real proteção necessária: dar uma família a quem não tem, para crescer e se desenvolver no seio de uma família que ame e cuide. Tal entendimento fica demonstrado no decorrer da análise jurisprudencial do melhor interesse da criança, exposta no capítulo terceiro, por meio dos comentários do voto dos relatores.

Para Alexy (2015, p. 181), uma das dimensões da “dogmática dos direitos fundamentais” diz respeito às questões normativas, “aquilo que é válido no sistema jurídico”. Nesse sentido, o direito à convivência familiar permeia todo sistema normativo que regula a infância e juventude, entende-se ser um direito subjetivo, mas também uma questão em aberto, pois no caso concreto a “burocracia” da lei não lhe concede uma família, colocando-a em uma instituição. Tratando-se, portanto, de direito fundamental à convivência familiar, entende-se ser a adoção a melhor opção de tirar crianças institucionalizadas do esquecimento, pois elas sonham em ser filhos(as), e não crianças abandonadas ou deixadas em segundo plano.⁹⁰ No que diz respeito à adoção internacional, ela “[...] foi conceituada por seus protagonistas como uma maneira de, simultaneamente, resolver problemas de desejo (por uma criança) e necessidade (de uma família), mas nos dois casos a solução – ‘a família’ – era a mesma” (FONSECA, 2001, p. 24-43).

O fundamento da convivência familiar é demonstrado pelo sentimento de pertença estabelecido via laços primários formados a partir dos investimentos pulsionais recíprocos, entre os pais e o(a) filho(a), que fornecem o substrato para tal pertencimento, sendo necessário, portanto, lembrar que a formação dos laços depende de uma legitimação sólida das referências que serão dadas à criança para seu amadurecimento psíquico. Nesse sentido, o entendimento de Maria Consuêlo Passos (2011, não paginado):

⁸⁹ “O ECA tem como princípio a manutenção do vínculo da criança com os pais biológicos, que será tentada através de ações positivas do Conselho tutelar, guarda provisória pelo juiz e colocação em família substituta (art. 19 e seg. do ECA). Segundo o artigo 31, a colocação em família substituta é medida excepcional, a ser tentada só quando a adoção nacional não é possível para aquela criança. Em outras palavras, o ECA impõe a subsidiariedade da adoção internacional frente às soluções nacionais” (MARQUES, 2004, p. 464).

⁹⁰ Ver *site* do IBDFAM referente a iniciativas como a do “Projeto *Missão e Diversão*”, em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6893/Jovem+cria+projeto+visando+ado%C3%A7%C3%A3o+tardia+de+crian%C3%A7as+em+Porto+Alegre>; *Filhos do Silêncio* e adoção tardia.

A necessidade original do bebê de se situar no mundo a partir de um outro que sustente seu desamparo, exige a presença consistente de uma mãe que marque, dessa forma, a limitação da criança. Ao mesmo tempo em que ela adquire um pertencimento social, inicia seu processo de humanização baseado em uma rede de laços, tecida inicialmente, no espaço da família.

Como ser social que a pessoa humana é, na perspectiva da psicologia, a parentalidade é considerada como “referência primordial na constituição psíquica da criança”⁹¹, em razão dos pais serem o seu primeiro contato com o “outro”, dando-lhe afeto e cuidado, iniciando o processo de “parentalização” (parentalidade primária). Na ausência dos pais, é preciso criá-los, buscando quem deseje assumir esse lugar, pois deve-se reconhecer na criança a capacidade para mobilizar elementos substitutivos (família substituta). Pode acontecer que, ao procurar os pais, a criança encontre o vazio, o qual tenta preencher com os poucos recursos psíquicos que tem, e estes esgotados, levam-na “a agir no ambiente sem que suas forças de autocontenção tenham amadurecido, pois essas forças dependem sobremaneira da presença do outro (mãe/pai) que, sustentando os excessos pulsionais da criança, permite a esta pouco a pouco exercer sua própria contenção”. A eficácia desses “primeiros exercícios da lei parental” possibilita à criança criar seus limites diante do outro e amadurecer sua posição subjetiva com a qual será um novo elo em uma cadeia de vários outros, isso significa que “a criança precisa de alguém, com quem possa se identificar e adquirir as condições de amadurecimento necessárias à sua autonomia”, pois “precisa depender desse alguém e a partir daí conquistar, paulatinamente, sua relativa independência no mundo” (PASSOS, 2011, não paginado).

[...] alguns estudos (Eiguer, 2000; Passos, 2007; Parseval, 2008) apontam que a ausência de laços parentais e, portanto, de um outro como princípio do reconhecimento do(a) filho(a) e do lugar que este(a) deve ocupar na cadeia familiar, pode dar origem a um sofrimento psíquico gerador de violência, dirigida a si mesmo e/ou ao mundo externo. Essa violência também estaria associada às ações, efeitos da impossibilidade de uma elaboração simbólica. Nesse caso, os indivíduos estariam agindo como única forma de expulsarem a força pulsional, cujo alvo não foi possível atingir. Assim, um ato de violência traz consigo não só uma impossibilidade de simbolização, mas também a emergência de impulsos em um fluxo que o sujeito não foi capaz de conter. (PASSOS, 2011, não paginado)

⁹¹ As necessidades do recém-nascido e o “desamparo original e a imaturidade física tornam o bebê totalmente dependente da mãe que precisa adaptar-se às suas necessidades, e oferecer os cuidados por meio dos quais ele obtém não só a satisfação física, como também os recursos psíquicos para dar continuidade ao seu amadurecimento” (PASSOS, 2011, não paginado).

Esse entendimento demonstra os reflexos da violência sofrida pela criança mediante a negação do seu direito à convivência familiar⁹², daí a prescrição jurídica da sua “proteção integral”⁹³ e a colocação em “família substituta”⁹⁴. Na legislação pátria, a adoção doméstica (ECA, art. 39, § 1º) está no alto da hierarquia das opções disponíveis como cuidado alternativo permanente para crianças privadas de seu ambiente familiar, sendo a adoção internacional colocada como último recurso, embora ambas consigam mudar o destino de crianças que têm seu direito fundamental à convivência familiar violado. Assim, o “direito fundamental à convivência familiar”, trata do direito da criança em crescer e se desenvolver no seio de uma família⁹⁵, indiferentemente de ser sua família biológica ou adotiva, para ser criada com amor, afeto e cuidado, em respeito ao princípio da dignidade humana, da liberdade e do melhor interesse da criança.

2.4 O melhor interesse da criança na adoção internacional

A adoção internacional existe para dar uma família à criança que não a tem, em consonância com o “princípio do melhor interesse da criança”⁹⁶, que “é aplicado como um padrão que considera, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses dos pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto” (PEREIRA, 2005, p. 44).

A Lei nº 8.069/90 (ECA), cuja filosofia salvaguarda a prioridade absoluta e o melhor interesse da criança, destacando sua situação peculiar de pessoa em desenvolvimento, surge com a mudança da estrutura familiar⁹⁷. O artigo 3 da Convenção das Nações Unidas sobre os

⁹² ECA, “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, não paginado, grifo nosso).

⁹³ ECA, “art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, [...], a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.” O parágrafo único deste artigo estabelece que “os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças” indiscriminadamente (BRASIL, 1990, não paginado)

⁹⁴ Trata-se da substituição da família natural (ECA, art. 25), e esta também pode ser “extensa ou ampliada” (ECA, parágrafo único do art. 25); ECA, “art. 28. A colocação em **família substituta** far-se-á mediante guarda, tutela ou **adoção**, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.” (BRASIL, 1990, não paginado, grifo nosso).

⁹⁵ A exemplo dos argumentos apresentados no texto escrito por Marisa Herrera e Natalia de la Torre, manifestando-se a respeito da adoção e do direito da criança a viver em uma família (HERRERA; LA TORRE, 2012, p. 208-2012).

⁹⁶ O princípio do melhor interesse da criança estabelece que “a adoção será deferida quando apresentar **reais vantagens** para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. (ECA, art. 43), resguardando a garantia do direito fundamental à convivência familiar (art. 227, *caput* da CF/88; art. 4º, *caput* e art. 19, *caput* do ECA).

⁹⁷ O melhor interesse da criança decorre da valorização da pessoa humana em todos os ambientes, inclusive no núcleo familiar, onde a família deve preservar seus membros, em especial aqueles que se encontram em situação de fragilidade (PEREIRA, 2012, p. 149).

Direitos da Criança/1989, que contempla o princípio do “melhor interesse da criança”, ratificado pelo Brasil, segundo o qual “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”, não estando limitado à interpretação e aplicação da lei, mas também estender-se à construção e orientação das políticas públicas, assim como nas ações administrativas e na execução de medidas de proteção pela rede de atendimento à criança (KREUZ, 2012, p. 73).

Em relação a esta pesquisa, no que diz respeito ao direito à convivência familiar, em atenção ao melhor interesse, a criança tem o direito de ser ouvida e sua opinião considerada, de acordo com seu grau de maturidade. Embora a decisão não lhe caiba, deve estar voltada para a solução que melhor atenda seu interesse, isto é, acima dos interesses de seus responsáveis, vislumbrando o que é melhor no presente e futuro (KREUZ, 2012, p. 74), a exemplo da filiação afetiva que tem prevalecido à filiação biológica, pois antes de atender os interesses dos pais biológicos, deve atender o que é melhor para a criança⁹⁸.

O melhor interesse da criança vem a ser um *standard* da sua proteção integral; é originário do *parens patrie*⁹⁹, está vinculado à concepção de que as crianças são sujeitos titulares de direitos com sua dignidade e suas necessidades especiais de proteção. Esse princípio tem suas raízes na mudança ocorrida na família, que na atualidade é considerada o lugar do amor, cuidado e afeto, em face da família ter a sua importância enquanto “veiculadora da

⁹⁸ Vide art. 39, § 3º do ECA – “Em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando”. Interessante argumento do Recurso Especial n. 1.627.609 – MS (2014/0137560-1), Relatora Ministra Nancy Andrighi - Recorrente: V V N; Recorrente: V A dos S; Advogado: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul; Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso Do Sul **EMENTA:** CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABANDONO DOS MENORES. POSSIBILIDADE. I. Diploma legal incidente: Código Civil de 2002 II. Controvérsia: **Dizer se atende ao melhor interesse dos menores, o pedido de destituição de poder familiar feito pelo Ministério Público Estadual, em face do reiterado abandono das crianças e adolescentes.** III. De regra, o sopesar dos elementos probatórios que definem a conveniência ou necessidade de adoção da medida extrema de destituição do poder familiar, não estão sob o crivo do STJ, na estreita via do recurso especial, por força do óbice da Súmula 7/STJ. IV. No entanto, dados objetivos que alteram a conjuntura podem e devem ser avaliados, sempre na busca do atendimento ao **melhor interesse dos menores.** V. Nessa linha se encontra a combinação da idade atual dos menores; a busca, mesmo que trôpega, dos pais, de reestabelecerem o convívio familiar e o reconhecido vínculo afetivo entre filhos e pais. VI. Quanto à idade, estando os três filhos ainda menores, já na adolescência, verifica-se, de um lado, a quase inviabilidade de uma adoção tardia e, de outra banda, a possibilidade deles mesmos, contribuir, agora, de maneira efetiva, na reestruturação desse lar desfeito. VII. Recurso provido. (Grifo nosso) Embora o indicativo fosse de destituição do poder familiar, em atenção ao melhor interesse das crianças, a decisão foi julgar improcedente o pedido originário de destituição do poder familiar, e que elas retomassem o convívio familiar com os genitores.

⁹⁹ Instituto jurídico do direito anglo-saxônico, que determinava que o Estado assumia a responsabilidade pelos indivíduos considerados juridicamente limitados, que eram os loucos e os menores. No século XVIII o instituto foi dividido separando assim a proteção infantil da proteção do louco e assim, no ano de 1836, o princípio do melhor interesse foi oficializado pelo sistema jurídico inglês. (PEREIRA, 2008).

valorização do sujeito e a dignidade de todos os seus membros”, especialmente pelo fato da criança precisar dos pais, para se desenvolver até o ponto de saber se “conduzir ao exercício de sua autonomia” (PEREIRA, 2012, p. 148-149).

No âmbito do Direito, o princípio do melhor interesse da criança foi consolidado pela Declaração dos Direitos da Criança” de 1959¹⁰⁰; e, mesmo sob a égide da doutrina da situação irregular, esse princípio se fez presente no Código de Menores de 1979, em seu art. 5º; está, também, disciplinado nos artigos 3, 9 (§§ 1 e 3) e 21 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças¹⁰¹, aprovada na Resolução nº 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 (CONVENÇÃO..., 2017); assim como no artigo 43 do ECA; e no artigo 1, alínea *a*, da Convenção da Haia de 1993 (CH/93)¹⁰².

Dessa forma, esse princípio tornou-se tanto orientador para o legislador, como para o aplicador da norma jurídica, possuindo força normativa *prima facie*¹⁰³, já que determina a primazia das necessidades infante-juvenis como critério de interpretação da norma jurídica ou mesmo como forma de elaboração de futuras demandas, está em consonância com o que prescreve o preâmbulo da CH/93: “Convencidos da necessidade de prever medidas para garantir que as adoções internacionais sejam feitas no interesse superior da criança e com respeito a seus direitos fundamentais, [...]”; estabelece, assim, que todas as condutas devem ser tomadas levando em consideração o que é melhor para a criança, por isso a “jurisprudência” pátria¹⁰⁴ e

¹⁰⁰ A Declaração dispõe que “A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. **Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.**” (DECLARAÇÃO..., 1959, não paginado, grifo nosso).

¹⁰¹ O preâmbulo desta Convenção prescreve: “Convencidos de que **a família, como grupo fundamental da sociedade** e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade; Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, **deve crescer no seio da família**, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão;” (grifo nosso), estabelecendo que crescer no seio de uma família atende o melhor interesse da criança.

¹⁰² Referente à adoção internacional. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions>.

¹⁰³ São princípios que irradiam uma força provisória, dissipável em razão de princípios contrários; assim, quando se analisa a “força normativa dos princípios”, é pela Teoria do Direito que se identifica “se os princípios podem ser *definidos* como normas “carecedoras de ponderação”, no sentido restrito de normas que se submetem a um sopesamento diante do caso concreto, por meio do qual podem ser derrotadas por princípios colidentes” (ÁVILA, 2016, p. 149).

¹⁰⁴ RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. AÇÃO DE ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. - (STJ - RHC: 106091 GO 2018/0322237-0, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 09/04/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/04/2019) – (BRASIL, 2019, não paginado). No próximo capítulo desta tese serão apresentadas Decisões da 3ª Turma do STJ que estão fundamentadas no princípio do melhor interesse da criança, em processos de adoção. *Vide* também Decisão “Adoção. Destituição do poder familiar. Melhor interesse da criança”. Relator: Caetano Levi Lopes. TJMG, em 18/01/2017, Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/6956/>.

internacional¹⁰⁵ tem se manifestado nesse sentido, pois quando se trata da adoção, entre as possíveis pessoas a adotarem, deve-se levar em consideração o que é melhor para o adotando, a exemplo das decisões abaixo:

TJRS, em 17 de maio de 2018 – AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CUMULADA COM COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL E SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR DETERMINADO PELO JUÍZO. INSERÇÃO IMEDIATA NO ROL DE CRIANÇAS APTAS PARA ADOÇÃO. POSSIBILIDADE. Caso dos autos em que o infante, nascido em 05/01/2018, foi entregue pelos pais para pessoas não habilitadas para adoção. Suspensão do poder familiar e determinado acolhimento institucional. Pais usuários de drogas e moradores de rua, que não reúnem as mínimas condições para criar e educar o filho, o qual nasceu com sífilis e problema ortopédico congênito bilateral. Cuidados especiais. **Melhor interesse da criança** que permite a sua colocação imediata em família substituta. Direito da criança previsto no artigo 227 da Constituição Federal, **devendo ser-lhe assegurada a convivência familiar**. Agravo provido. AGRAVO DE INSTRUMENTO OITAVA CÂMARA CÍVEL Nº 70076485424 (Nº CNJ: 0013754- 72.2018.8.21.7000) MP/RS - MINISTERIO PUBLICO DO AGRAVANTE.¹⁰⁶ (RIO GRANDE DO SUL, 2018, não paginado, grifo nosso).

DIREITO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA - AÇÃO DE ADOÇÃO - **MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA** - DIREITO AO CONVÍVIO FAMILIAR - VÍNCULO FAMILIAR ESTABELECIDO - MANUTENÇÃO DA GUARDA PROVISÓRIA - POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* - REFORMA DA DECISÃO - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O Juízo *a quo*, considerando as circunstâncias do caso, determinou a busca e apreensão e acolhimento [...]. 2. Irresignados com a decisão, os agravantes interpuseram o presente recurso, arguindo que a criança em questão, encontra-se inserida no seio de sua família e que a r. Decisão não observou o **princípio do melhor interesse da criança**, pugnando pela reforma da decisão para que seja revogada a busca e apreensão, bem como que seja concedida a guarda provisória aos agravantes. 3. Em sede de liminar foi concedido efeito suspensivo ao recurso, para restabelecer a criança ao **convívio familiar** dos agravantes até o julgamento do presente recurso. 4. Em minuciosa análise ao caso, conclui-se que o recurso deve ser provido, uma vez que **deve ser preservado o melhor interesse da criança, direito esse resguardado pela própria Constituição**. Preservação do vínculo familiar. **Entendimento firmado pela jurisprudência e doutrina pátrias de que é plenamente possível a adoção *intuitu personae***. 5. Reforma da decisão para que seja revogada a busca e apreensão e que seja mantida a guarda criança com os agravantes, até o julgamento da ação originária. 5. Recurso conhecido e provido. (TJ-AM 40049293020178040000 AM 4004929-30.2017.8.04.0000, Relator: Jorge Manoel Lopes Lins, Data de Julgamento: 24/07/2018, Conselho da Magistratura) (AMAZONAS, 2018, não paginado, grifo nosso).

¹⁰⁵ Vide Acórdão do TEDH: HARROUDJ C. FRANCE, em 04/10/2012, “37. O Governo lembra que a Convenção não garante o direito de adotar e que **a adoção deve levar em conta o superior interesse da criança**, a adoção é "dar uma família a uma criança e não uma criança uma família" (Fretté v France, nº 36515/97, § 42, CEDH 2002 I ;. Pini e outros contra a Roménia, 78028/01 e 78030/01 nosso, § 151, CEDH 2004 V.)” (grifo nosso). Também o artigo escrito por HERRERA (2012, p. 212), que traz a “*adoptión e interés superior del niño*”, onde analisa uma decisão da Suprema Corte de Justiça da província de Buenos Aires (Argentina), com data de 13/07/2011: “[...] *el juego del interés superior del menor tiene un mayor ámbito de aplicación, entendido como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene [...] para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (del voto del Dr. Pettigiani).*”

¹⁰⁶ Cf. decisão do TJRS, em 17 de maio de 2018 – AGRAVO DE INSTRUMENTO (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Ementa: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PARA O *HABEAS*, CONSTRANGIMENTO ILEGAL APONTADO NO JUÍZO DE 1º GRAU. ABRIGAMENTO DE MENORES. *ADOÇÃO INTERNACIONAL*, SUSPENSÃO DO PROCESSO. **SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR DOS PAIS BIOLÓGICOS, RESTABELECIMENTO NEGADO.** TUTELA REQUERIDA PELOS TIOS, INDEFERIMENTO. COAÇÃO ILEGAL, RETARDO NO PERÍODO DE ABRIGAMENTO. PRETENSÃO, PORÉM, NÃO DE LIBERAR OS INFANTES, MAS, SIM, DO DESENVOLVIMENTO E CONCLUSÃO DO PROCESSO DE *ADOÇÃO*. INVIABILIDADE NA VIA DO REMÉDIO HERÓICO, IMPOSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL DETERMINAR A CONCLUSÃO DA *ADOÇÃO*, EM DESENVOLVIMENTO NO JUÍZO DE ORIGEM. ETAPAS A CUMPRIR, PRINCIPALMENTE ENVOLVENDO *ADOÇÃO INTERNACIONAL*. JULGAMENTO DE RECURSO, SENTENÇA QUE NEGOU O RESTABELECIMENTO DO PODER FAMILIAR E A TUTELA CONFIRMADA. ENTRAVES À *ADOÇÃO* ARREDADOS, PROCEDIMENTO A SER DESENVOLVIDO. *HABEAS CORPUS* CONHECIDO E DENEGADO. (*Habeas Corpus*, Nº 70016023780, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em: 14-09-2006) (RIO GRANDE DO SUL, 2006, não paginado, grifo nosso).

Fica demonstrada a importância da aplicabilidade do melhor interesse da criança, cujo “conteúdo pode sofrer variações culturais, sociais e axiológicas”, portanto, seu mérito deve ser estabelecido de acordo com o caso concreto, sob o argumento de que se trata de pessoa humana em desenvolvimento, que se encontra em situação de fragilidade e vulnerabilidade, necessitada de especial proteção de forma a equilibrar sua desigualdade jurídica. Trata-se de um “princípio” cujo teor é bastante relativo, tendo um conteúdo “aberto”, que deve ser “preenchido em cada circunstância da vida” (PEREIRA, 2012, p. 150-154), no sentido de atender o que é melhor para a criança.

No que diz respeito à adoção (nacional e internacional), entende-se que o melhor interesse da criança tem um conceito aberto, que será contemplado se o procedimento disciplinado em lei viabilizar o crescimento/desenvolvimento da criança no seio de uma família, cercada de cuidado, garantindo seu direito à convivência familiar, independentemente de ser adotada por nacional ou estrangeiro, assim como se residir no Brasil ou em outro país, pois zelar pelo seu interesse é cuidar da sua boa formação moral, social e psíquica, ou seja, sua proteção integral.

Apresentadas as principais categorias trabalhadas na pesquisa, o próximo capítulo traz a normativa da adoção internacional, com enfoque aos seus princípios jurídicos, para construção dogmática do princípio do melhor interesse da criança/adolescente, a partir da doutrina e jurisprudência, investigando os problemas da aplicação desse princípio quando a adoção internacional é colocada como último recurso (princípio da subsidiariedade), assim como a legitimação do direito a uma família pela intermediação do princípio do melhor interesse da criança.

3 A ADOÇÃO INTERNACIONAL E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DA CRIANÇA, NA PERSPECTIVA DO SEU MELHOR INTERESSE

Este capítulo trata das normas que regem a adoção internacional, com enfoque em seus princípios jurídicos e nas práticas¹⁰⁷ adotadas, especialmente nos procedimentos estabelecidos para adoção de crianças brasileiras que irão residir no exterior. Para tanto, serão abordados os procedimentos estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹⁰⁸ e pelas CEJA/CEJAI's¹⁰⁹, que vão desde a habilitação até o acompanhamento pós-adoativo. Também, traz-se uma análise jurisprudencial, via acórdãos da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do “princípio do melhor interesse da criança em casos de adoção”, com o escopo da compreensão do seu conteúdo e construção dogmática do seu conceito.

3.1 O direito à convivência familiar e o melhor interesse da criança na regulamentação da adoção internacional

Este tópico analisa a legislação brasileira que regula o direito à convivência familiar estabelecido no art. 227, *caput* e § 5º, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), como direito fundamental, que deve possibilitar a uma criança crescer em um ambiente cercado de amor, afeto e cuidado, independente de laços biológicos, evidenciando sua absoluta prioridade, como também, dar a uma pessoa a condição de pai ou de mãe sem ter gerado, como é o caso do instituto da adoção (nacional e internacional), regulado pelo art. 39 e ss. do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). A adoção viabiliza o direito à família, pois “depois do direito à vida, talvez nada seja mais importante do que o direito à família, lugar idealizado onde é possível, a cada um, integrar sentimentos, esperanças e valores para a realização do projeto pessoal de felicidade” (DIAS, 2011, p. 476).

¹⁰⁷ As “práticas”, as quais se refere esta pesquisa, são as condutas a serem realizadas para haver a adoção (interna e internacional), que vão desde a habilitação do adotante até o acompanhamento pós-adoativo. Tanto a fase administrativa como a judicial. Ex. habilitação, inserção (adotante e adotando) no SNA; busca ativa de crianças; processo judicial; ações das CEJA/CEJAIs, ACAF, dos organismos credenciados etc.

¹⁰⁸ Art. 152 e ss do ECA, que está inserido no seu “Capítulo III – Dos Procedimentos”.

¹¹⁰ As Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional, também denominadas “Autoridades Centrais Estaduais” (CEJAs/CEJAIs), foram criadas pelo Decreto nº 3.174, de 16 de setembro de 1999, cuja finalidade é dar cumprimento às obrigações estabelecidas pela Convenção da Haia/93 (CH/93). Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, que também criou o Conselho das Autoridades Centrais Administrativas Brasileiras, composto pela Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF), Autoridades Centrais Estaduais, Departamento de Polícia Federal e Ministério das Relações Exteriores, consoante art. 6º da CH/93.

A proteção integral da criança é uma obrigação da família, da sociedade e do Estado¹¹⁰, priorizando a criança em todo e qualquer cenário que, em relação a esta pesquisa, se trata do direito à convivência familiar via adoção internacional em atenção ao princípio do melhor interesse da criança sem família, ou seja, na perspectiva da proteção integral, a legislação pátria regulamenta a adoção com a “finalidade primordial de atender ao aspecto da política social de proteção da infância, independentemente de nacionalidade dos sujeitos, porquanto o que interessa é construir uma família com todas as características psicossociais da família natural” (DIAS, 2010, p. 486), cujo fundamento está “na proteção integral e na real vantagem para o adotando” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 1055). O mesmo acontece com a regulamentação da convivência familiar e comunitária, que foi influenciada pela Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990. Nesse sentido, “há que se reconhecer o quanto a legislação brasileira é abrangente na garantia dos direitos de crianças e adolescentes e sua ênfase na visão multidisciplinar e intersetorial para dar respostas à complexidade da situação” (NERY, 2010, não paginado).

Pode-se dizer que a efetivação da adoção internacional se dá mediante “três perspectivas”: a da família, mediante o consentimento dos pais ou do representante legal do adotando (art. 45 do ECA)¹¹¹; a do Estado, quando dos procedimentos da adoção e seu deferimento, cujo vínculo constitui-se por sentença judicial (art. 47 do ECA) ; e a do adotante, que se habilita em seu país e no SNA na busca da materialização da “relação de filiação” estabelecida pela convivência, pelo amor, afeto, pelos conselhos e ensinamentos (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 1056). Entende-se, portanto, que em tais perspectivas deve predominar o bem-estar do adotando, pois é a partir do seu “melhor/superior interesse”¹¹² que todo o processo é norteado, para assegurar a essa pessoa em crescimento uma segurança que lhe permita atingir um desenvolvimento articulado com os preceitos culturais vigentes, garantido pelo “princípio da proteção integral”¹¹³, previsto no art. 1º. do ECA.

¹¹⁰ Cf. disposição do art. 227, § 5º da CF/88 e art. 4º do ECA.

¹¹¹ “Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento”.

¹¹² Trata-se do princípio norteador da legislação e da sua aplicação em matéria que envolve criança. *Vide* artigo publicado pelo Superior Tribunal de Justiça – “Princípio do melhor interesse da criança impera nas decisões do STJ”, que traz o entendimento de “Quando se trata de disputas por guarda de menores, **processos de adoção** e até **expulsão de estrangeiro que tem filho brasileiro**, o que tem prevalecido nas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é o melhor interesse da criança.” (PRINCÍPIO, 2009, não paginado, grifo nosso).

¹¹³ É em virtude do princípio da proteção integral que crianças são consideradas sujeitos de direitos, e não objeto de proteção (ROSSATTO, 2019, p. 340).

A adoção internacional utiliza procedimentos rígidos estabelecidos por lei, com a verificação de compatibilidade e adaptabilidade entre os atores envolvidos.

O Brasil acompanhou os passos mundiais, criando legislação que contempla as possibilidades de atender ao melhor interesse da criança (*the best interest of the child*), princípio utilizado pelos países e que norteia as atividades de proteção, humanização e engrandecimento das jovens pessoas, mundo afora (CAVALLIERI, 2017, p. 135).

As principais normas que regulam a adoção internacional, no Brasil, estão na seguinte legislação:

- a) Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, com as alterações estabelecidas pela Lei nº 12.010/2009 e Lei nº 13.509/2017;
- b) Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999, que promulgou a Convenção Relativa à Proteção das Crianças à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída em Haia em 29 de maio de 1993;
- c) Decreto nº 3.174, de 16 de setembro de 1999, que designou as Autoridades Centrais encarregadas de dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção da Haia de 1993;
- d) Decreto nº 5.491, de 18 de julho de 2005, que regulamenta a atuação de organismos credenciados (estrangeiros e nacionais) para atuarem na adoção internacional;
- e) Portaria nº 2.832, de 26 de dezembro de 2018, que instituiu os procedimentos para a concessão e renovação de credenciamento de organismos nacionais e estrangeiros para intermediarem pedidos de adoção internacional no Brasil e no exterior;
- f) Resolução nº 289, de 14 de agosto de 2019, que regulamenta o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA)¹¹⁴;
- g) Decreto nº 10.064, de 14 de outubro de 2019, que (re)institui o Conselho das Autoridades Centrais Brasileiras para Adoção Internacional de Crianças e Adolescentes (CACB).

A legislação, acima citada, é comum a todos os Estados da federação brasileira e cada CEJA/CEJAI agrega a ela suas normas internas, estabelecidas nas Resoluções, Portarias,

¹¹⁴ O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), instituído pelo Ato Normativo nº 5538-25/2019, e implantado nacionalmente em 12 de outubro de 2019. Este sistema é o resultado da fusão de outros dois cadastros preexistentes: o Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos (CNCA).

Termos de Compromisso etc., embora na “22ª Reunião do Conselho das Autoridades Centrais Brasileiras para adoção internacional de crianças e adolescentes (CACB)”¹¹⁵, foram aprovadas, por unanimidade, duas resoluções do CACB, uma sobre “uniformização de procedimentos de habilitação em adoção internacional” e a outra sobre “uniformização de informes/relatórios médicos e formulário de relatório médico da criança ou adolescente”, no sentido de agilizar a adoção internacional, em face desta ter diminuído progressivamente no Brasil¹¹⁶, considerando ser, a adoção internacional, uma forma das crianças terem garantido o direito à convivência familiar.

De acordo com a lei, a adoção é medida excepcional e só deve ocorrer quando esgotados todos os recursos de manutenção da criança na família natural ou extensa (art. 39, § 1º e art. 100, parágrafo único, X, do ECA).

A legislação brasileira preconiza que toda criança e adolescente tem direito a uma família, cujos vínculos devem ser protegidos pelo Estado e pela sociedade. Diante da vulnerabilidade social ou pessoal, da fragilização familiar, as estratégias de apoio ou de intervenção no atendimento à família devem priorizar ações que visem refazer os vínculos originais ou estimular a formação deles (se não existem), fortalecer esse núcleo, aliando apoio socioeconômico à elaboração de novas formas de interação e de acesso aos bens e serviços públicos (NERY, 2010, não paginado).

Isso significa que a lei dá preferência aos genitores e ao que o ECA denomina de “família extensa ou ampliada” (avós, tios, primos ou qualquer parente com o qual a criança ou o adolescente conviva e mantenha vínculos de afinidade e afetividade), fazendo com que a destituição do poder familiar demore muito, para que a criança esteja em situação de ser adotada¹¹⁷.

Em regra, portanto, só após destituído o poder familiar, a criança é cadastrada no sistema nacional de adoção; se não houver adotantes na região, o nome segue para o “cadastro nacional”, caso ainda não haja adotante interessado, o nome segue para adoção internacional,

¹¹⁵ Conforme o “Resumo da ata da 22ª Reunião do Conselho das Autoridades Centrais Brasileiras para adoção internacional de crianças e adolescentes – CACB”. Encontra-se em um *link* da página do Conselho das Autoridades Centrais, disponível em <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional/conselho-das-autoridades-centrais-brasileiras>.

¹¹⁶ Pode ser constatado nos gráficos das estatísticas divulgados pelas CEJA/CEJAIs, a exemplo da estatística realizada pela CEJAI do Rio de Janeiro, disponível em <http://infanciaejuventude.tjrj.jus.br/cejai/estatistica.html>.

¹¹⁷ A criança é considerada apta para adoção quando estiver em algumas das seguintes situações: 1º) Sentença de destituição, sem necessidade de trânsito: possuir processo de destituição do poder familiar com situação julgada procedente. 2º) Suspensão do poder familiar: ter processo de suspensão do poder familiar ou decisão de suspensão/antecipação de tutela no processo de destituição do poder familiar. 3º) Entrega voluntária: possuir processo de entrega voluntária. 4º) Óbito dos genitores. 5º) Genitores desconhecidos (SISTEMA NACIONAL DE ADOÇÃO E ACOLHIMENTO (SNA), Manual passo a passo, v.1.9, p. 07). Disponível em: <http://www.tjpa.jus.br/CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=908864>. Acesso em: 21 dez. 2020.

sendo esta a última opção. Todas essas etapas devem ser analisadas e avaliadas por equipe multidisciplinar, que tem a função de orientar a deliberação do juiz sobre a reintegração familiar ou a inserção em família substituta, na forma de guarda, tutela ou adoção (*in* “realidade brasileira sobre adoção”, no *site* do Senado Federal) (A NOVA..., 2020).

Diante de tal entendimento legal (busca pela família biológica e reintegração familiar) é que se diz que “um dos motivos pelos quais se encontram muito mais famílias querendo adotar do que crianças disponíveis” (CAVALLIERI, 2017, p. 3), pois o fato delas ficarem aguardando seu retorno à família de origem tem sido uma das causas da morosidade da colocação da “criança que está em acolhimento familiar institucional” em família substituta permanente.

Em relação à adoção internacional e ao direito à convivência familiar, aquela está definida no art. 51 do ECA, como medida excepcional e subsidiária de colocação em família substituta, onde o postulante é residente ou domiciliado no estrangeiro, sendo permitida apenas quando comprovado que não há disponível nenhuma família substituta ou outro ambiente de cuidado no país de origem da criança, o que demonstra, portanto, sua natureza subsidiária. Este entendimento também é o estabelecido pela Convenção da Haia/93 (CH/93)¹¹⁸, quando prescreve que cada país deve “tomar, com caráter prioritário, medidas adequadas para permitir a manutenção da criança em sua família de origem” e “prever medidas para garantir que as adoções internacionais sejam feitas no interesse superior da criança e com respeito aos seus direitos fundamentais, assim como para prevenir o sequestro, a venda ou tráfico de crianças” (*vide* preâmbulo). Nesse diapasão, os Estados devem designar uma “Autoridade Central” (art. 6 da CH/93) para promover a colaboração entre os países “a fim de assegurar a proteção das crianças e alcançar os demais objetivos da Convenção”. Além das Autoridades Centrais, a citada Convenção prevê a atuação de “organismos credenciados” (art. 9 da CH/93), para cooperação na troca de informações e acompanhamento nos procedimentos da adoção internacional.

No Brasil, o Decreto nº 3.174/99¹¹⁹ designou que as Autoridades Centrais são encarregadas de dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção, instituiu o Programa

¹¹⁸ CH/93 - Esta Convenção trata sobre a proteção de crianças e a cooperação em matéria de adoção internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993 (Convenção da Haia sobre Adoção) visa proteger as crianças e respectivas famílias contra os riscos de uma adoção ilegal, irregular, prematura ou mal preparada, em nível internacional. A Convenção tem o objetivo de reforçar os direitos consagrados na Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas (Artigo 21) e garantir que as adoções internacionais sejam realizadas no interesse superior das crianças, tendo em consideração os seus direitos fundamentais; também, prevenir o rapto, o comércio ou tráfico de crianças.

¹¹⁹ De acordo com o referido Decreto, o processamento das adoções de crianças brasileiras para o exterior, bem como a habilitação de residente no Brasil para adoção no exterior, é de responsabilidade das Autoridades Centrais dos Estados e do Distrito Federal (Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção/Adoção Internacional) (ADOÇÃO..., 2019).

Nacional de Cooperação em Adoção Internacional e criou o Conselho das Autoridades Centrais Administrativas Brasileiras, que foi reinstituído pelo Decreto nº 10.064, de 14 de outubro de 2019. O Conselho é um órgão colegiado que tem por finalidade:

- 1) traçar políticas e linhas de ação comuns, objetivando o cumprimento adequado, pelo Brasil, das responsabilidades assumidas por força da ratificação da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, assim como avaliar periodicamente os trabalhos efetuados pelas Autoridades Centrais dos Estados Federados e do Distrito Federal;
- 2) **garantir o interesse superior da criança e do adolescente brasileiros quanto à sua adotabilidade internacional**, observando a Doutrina Jurídica de Proteção Integral consubstanciada no artigo 227 e incisos da Constituição Federal, na Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), e na Convenção Relativa à Proteção das Crianças e a Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída em Haia em 29 de maio de 1993. (CONSELHO..., 2019, não paginado, grifo nosso).

De acordo com tal organização, o processamento das adoções de crianças brasileiras para o exterior é de competência das Autoridades Centrais dos Estados e do Distrito Federal (CEJA/CEJAI); sendo a ACAF um órgão federal administrativo, cuja competência é o credenciamento dos organismos nacionais e estrangeiros de adoção internacional, assim como o acompanhamento pós-adoptivo e a cooperação jurídica com as Autoridades Centrais estrangeiras; também a ela compete atuar como secretaria executiva para o Conselho das Autoridades Centrais Brasileiras.

O Decreto nº 5.491/2005 regulamenta o credenciamento¹²⁰ e a atuação de organismos estrangeiros e nacionais de adoção internacional, onde define os organismos nacionais, como “associações brasileiras sem fins lucrativos, que atuem em outros países exclusivamente na adoção internacional de crianças e adolescentes estrangeiros por brasileiros” (art. 2º), e os organismos estrangeiros, como “associações estrangeiras sem fins lucrativos, que atuem em adoção internacional de crianças e adolescentes brasileiros, no Estado brasileiro” (art. 3º). Os “organismos ou entidades internacionais” credenciados no Brasil¹²¹ são munidos de

¹²⁰ O credenciamento junto à ACAF é requisito para que qualquer entidade não governamental atue nas adoções internacionais, seja do Brasil para o exterior ou vice-versa, nos termos do Decreto nº 5.491, de 18 de julho de 2005. Esse credenciamento dos “organismos de adoção internacional é ato discricionário da Administração Pública e a ACAF poderá indeferir pedidos de credenciamento”, assim como limitar ou suspender, mediante ato fundamentado para tal. “Até o momento, não existem organismos nacionais credenciados para atuação no exterior, sendo que os pretendentes a adoção internacional residentes no Brasil, deverão buscar o apoio das Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção (CEJA)” (ORGANISMOS..., 2020).

¹²¹ Atualmente, estão credenciados pela ACAF 17 organismos estrangeiros, sendo que 02 estão suspensos. *Vide* lista apresentada no endereço eletrônico: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional/organismos-estrangeiros-credenciados-e-seus-respectivos-representantes-no-brasil.pdf>.

instrumentos eficazes na avaliação da adequação dos candidatos a adotantes, também “atuam na preparação dos relatórios e observação dos postulantes à adoção residentes no exterior” (CAVALLIERI, 2017, p. 2). Nesse sentido, traz-se, como exemplo, o caso de Lydia Mametez¹²², natural de Vigia de Nazaré/PA; que aos 7 anos foi adotada por um casal francês. Hoje, com 27 anos, vive na França, tem sua casa própria, onde mora com o filho de quatro anos, é formada em Comércio exterior, trabalha como gerente de caixas em um supermercado em Fontainebleau. Disse que quando morava com sua família biológica, tinha uma vida cercada de maus-tratos, tendo que mudar para o lar de acolhimento em Belém, para posteriormente ser disponibilizada à adoção internacional. Contou que, num encontro com a advogada Jaqueline Magaieski, teve sua vida transformada:

Para mim, ter sido adotada foi como nascer de novo. O processo foi rápido, desde que fui ao abrigo e meus pais me adotaram pouco tempo depois. Um dia a Jaqueline, minha advogada, foi ao abrigo e disse que arranjaría uma família para mim. Fiquei muito contente. Depois disso minha vida começou. Ela me tratou muito bem e me passou confiança. Primeiro meu pai veio sozinho me ver, me apaixonei muito por ele, porque para mim seria uma nova vida, uma pessoa que daria novas oportunidades de ser alguém melhor. Depois minha mãe veio junto com ele, e ficamos em um hotel um mês inteiro, onde aprendemos a nos comunicar juntos, porque eu não falava francês e eles não falavam português. Depois fui para a França e lá foi diferente e foi muito legal. [...] Para mim, o acesso à escola é algo que não teria tido oportunidade se não tivesse sido adotada, pois a primeira vez que fui à escola foi na França. [...] Hoje, não moro mais com meus pais, que se mudaram para uma casa perto da Alemanha. Agora tenho minha própria casa, moro com meu filho de quatro anos e trabalho também. Tenho uma vida muito boa (ENCONTROS..., 2020, não paginado).

Trata-se de uma adoção internacional bem-sucedida, como a maioria das adoções internacionais, conforme pesquisa realizada junto à ACAF e CEJAI, que será vista no próximo capítulo desta tese. A adoção internacional é feita em várias etapas, via procedimentos que obedecem a critérios rigorosos, que têm o controle de instituições, dentre as quais: as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional, a Autoridade Central Administrativa Federal, o Conselho Nacional de Justiça, as Varas da Infância e Juventude, a Polícia Federal, os Tribunais de Justiça e o Ministério Público. No período de adoção e pós-adoção, a CEJAI atua, conjuntamente com organismos internacionais credenciados no Brasil, no acompanhamento da criança adotada, que é feito por meio de um relatório semestral, pelo referido organismo, durante o período de dois anos.

¹²² Em visita ao Brasil, foi até a CEJAI/PA, onde foi recebida pela Corregedora Geral da Região Metropolitana de Belém, desembargadora Nazaré Saavedra, junto à secretária executiva da comissão, juíza Rubilene Silva Rosário e pela equipe técnica da CEJAI. Lydia relatou sua trajetória de adoção internacional (ENCONTROS..., 2020).

Na pesquisa ora relatada, em que o problema central da tese é responder sobre a repercussão da subsidiariedade da adoção internacional mediante a aplicação dos princípios do “melhor interesse da criança” e da “subsidiariedade da adoção internacional”, quando a institucionalização passa a ser obrigatória, sendo colocada hierarquicamente à frente da adoção internacional, o que pode prejudicar o direito fundamental à convivência familiar e não atender o melhor interesse da criança, principalmente se for considerado que o melhor interesse da criança é que haja a escolha de uma família para ela, e não o contrário. Enfim, o que se tem identificado no decorrer desta pesquisa, é que a subsidiariedade, quando coloca a adoção internacional como último recurso, “pode” não estar atendendo a principal finalidade da adoção, que é garantir o direito fundamental à convivência familiar da criança, no sentido de viabilizar uma política social de proteção da infância.

3.2 Os procedimentos de adoção internacional no viés do melhor interesse da criança

Este tópico trata dos procedimentos¹²³ da adoção internacional por adotantes residentes no exterior¹²⁴, fazendo menção à atuação dos organismos credenciados no Brasil e o acompanhamento pós-adotivo, enfatizando a legislação que disciplina o direito à convivência familiar, o melhor interesse da criança e a subsidiariedade na perspectiva desta modalidade de adoção.

A Justiça da Infância e Juventude, congregada aos procedimentos que lhe são estabelecidos em lei e à obrigatoriedade da atuação do Ministério Público, impõe mecanismos especiais para o atendimento à criança, onde, no caso da adoção, há necessidade de procedimento judicial próprio, para que se consolide o ato, necessitando da intervenção do Poder Judiciário com a presença permanente do Ministério Público (arts. 152 e 153 do ECA).

O ECA, em seu Capítulo III, estabeleceu os procedimentos especiais, aplicando-se “subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente” (art. 152) e ressaltando-se a prioridade absoluta na tramitação desses processos. No caso da adoção internacional, há a participação da Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF)¹²⁵ no

¹²³ Procedimento, nesta pesquisa, é usado no sentido das condutas/ações praticadas para que a adoção internacional aconteça, que estão presentes, por exemplo, na habilitação do adotante, no cadastro do adotando, no processo judicial da adoção, no acompanhamento pós-adotivo etc.

¹²⁴ Interessante ver cartilhas divulgadas pela CEJA/CEJAs dos Estados brasileiros, que fazem, de forma didática, a divulgação do rito para adoção internacional.

¹²⁵ A ACAF tem seu *lôcus* no Ministério da Justiça e Segurança Pública, é o órgão brasileiro, conforme Decreto nº 9.360/2018, incumbido da adoção de providências para o adequado cumprimento das obrigações impostas pela Convenção da Haia de 1993, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional. “A principal atividade de uma Autoridade Central é prestar cooperação internacional de maneira

sentido de prestar cooperação no que se relaciona com os procedimentos que devem ser seguidos por pretendentes residentes no exterior¹²⁶. Assim, a adoção internacional será tratada nas fases administrativa e judicial, disciplinadas pelo Direito material e convencional internacional, uma vez que são exigidos requisitos a serem cumpridos em ambos os países (de origem e de recepção da criança), nesse sentido, a lei dos dois países será utilizada para a concretização desta modalidade de adoção.

Na pesquisa ora apresentada, enfatiza-se, novamente, que se além aos países que aderiram a Convenção da Haia/93¹²⁷, relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional, cujas condições e procedimentos são colocados por esta, sendo combinados com os dispositivos estabelecidos pela legislação interna de cada Estado, que especificam os requisitos que devem ser cumpridos (CAVALLIERI, 2017, p. 113).

O Brasil adota os procedimentos¹²⁸ estabelecidos pelo art. 52 do ECA¹²⁹, para adoção internacional requerida por residentes no exterior, tanto brasileiros como estrangeiros, sendo que os procedimentos regulados no ECA aplicam-se subsidiariamente às normas gerais previstas na legislação processual pertinente (art. 152, *caput*) e é obrigatório que os documentos apresentados em língua estrangeira estejam traduzidos por tradutor público juramentado, podendo ser apresentados em cópias autenticadas pela autoridade consular brasileira com sede no país de origem do adotante (art. 52, V do ECA)¹³⁰. São eles:

célere e efetiva como decorrência da diminuição de etapas no processamento de demandas judiciais tramitadas entre países distintos, podendo-se, a depender do conteúdo do tratado que lhe incumbe implementar, inclusive dispensando o uso de outros mecanismos de cooperação jurídica internacional, como a homologação de sentenças estrangeiras ou o uso da carta rogatória. Compete à Autoridade Central, portanto, receber e transmitir os pedidos de cooperação jurídica internacional envolvendo seu país, após análise de seus requisitos de admissibilidade” (AUTORIDADE..., 2019).

¹²⁶ Os procedimentos para adoção internacional serão adotados conforme o país em que será pleiteada e no qual residem os pretendentes. No caso desta pesquisa, trata-se de adotantes residentes fora do Brasil, que queiram adotar criança brasileira (ADOÇÃO..., 2020).

¹²⁷ Note-se que a Convenção da Haia se aplica apenas às adoções realizadas entre países que a ratificaram; nos outros casos, é possível realizar a adoção seguindo o que prevê o artigo 52-D do ECA, pois nesses casos, não há obrigatoriedade da intervenção das autoridades centrais. Esta Convenção foi ratificada por 105 países.

¹²⁸ Os procedimentos estabelecidos para a concessão da adoção internacional são referentes ao ritual de atos sucessivos para a conclusão da adoção, vão além do processo de adoção, onde este se fere a relação estabelecida entre as partes e o juiz, quando promovida a ação de adoção internacional.

¹²⁹ Também arts. 52-A e 52-B.

Normas que regulam a adoção internacional: Lei n. 8.069, de 13/06/1990 – ECA; Decreto n. 3.087, de 21/06/1999 - Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída em Haia em 29/05/1993 (CH/93); Decreto n. 3.174, de 16/09/1999 - Designa as Autoridades Centrais encarregadas de dar cumprimento às obrigações impostas pela CH/93; Decreto n. 5.491, de 18/07/2005 - Regulamenta a atuação de organismos estrangeiros e nacionais; Portaria n. 2.832, de 26/12/2018 - Institui procedimentos para a concessão e renovação de credenciamento de organismos nacionais e estrangeiros para intermediarem pedidos de adoção internacional no Brasil e no exterior; Decreto n. 10.064, de 14 de outubro de 2019 - Institui o Conselho das Autoridades Centrais Brasileiras para Adoção Internacional de Crianças e Adolescentes (LEGISLAÇÃO..., 2020).

¹³⁰ Estão no endereço eletrônico: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional/adocao-por-residentes-no-exterior>. A Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF) é o

- a) Inicialmente a pessoa ou casal pretendente à adoção internacional deverá habilitar-se na Autoridade Central do país de seu domicílio¹³¹, consoante art. 52, I do ECA; assim, a(s) pessoa(s) interessada(s) em adotar criança brasileira deverá(ão) formular pedido de habilitação à adoção perante a Autoridade Central no Estado que acolherá o adotado, que é o país onde está situada a residência habitual do(s) adotante(s);
- b) Após a elaboração do dossiê na Autoridade Central do país de residência habitual do adotante (art. 52, II do ECA), este deverá escolher um Estado da federação para que seja feito o encaminhamento do processo por meio de organismo estrangeiro credenciado para atuar no Brasil, ou por via governamental, entre a Autoridade Central Estrangeira e a ACAF ou, ainda, diretamente para as Autoridades Centrais Estaduais – CEJAs ou CEJAIs (Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional) –, existentes em cada Tribunal de Justiça dos Estados brasileiros; caso os documentos e o pedido sejam encaminhados diretamente da Autoridade Central Estrangeira para a ACAF, é necessário que o relatório/dossiê indique qual Estado brasileiro o requerente pretende se habilitar para a adoção internacional, a fim de que o processo seja encaminhado para o Estado indicado;
- c) Todo o processo de habilitação para adoção internacional ocorre nos Tribunais de Justiça dos Estados brasileiros junto às CEJA/CEJAIs¹³², mediante rol de documentos¹³³.

órgão, no Brasil, incumbido da adoção de providências para o adequado cumprimento das obrigações impostas pela Convenção da Haia de 1993; pelo Decreto n. 9.360, de 07/05/2018, as suas atribuições passam a ser exercidas no âmbito do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

¹³¹ Os endereços e telefones das Autoridades Centrais dos países que aderiram a CH/93 - *Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption* – podem ser obtidos via *site* da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH), disponível em <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/authorities1/?cid=69>.

¹³² Foi aprovado na 22ª Reunião do Conselho das Autoridades Centrais Brasileiras para adoção internacional de crianças (CACB), ocorrida em 24 e 25 de outubro de 2019, por unanimidade, a Resolução nº 20/ 2019, sobre a adoção de procedimentos para uniformização da habilitação e convocação de pretendentes para efetivação de adoções internacionais de crianças e adolescentes com residência habitual no Brasil.

¹³³ Os documentos exigidos são: Requerimento para Habilitação na CEJAI (escolhida), assinada pelos requerentes ou por seus representantes, com assinaturas reconhecidas; Declaração sobre a gratuidade e sigilo da adoção no Brasil, devidamente assinada e com firma reconhecida (formulário próprio da CEJAI); Procuração (se constituir representante legal); Atestado de sanidade física e mental; Certidão negativa de antecedentes criminais; Certidão de residência expedida por órgão oficial; Certidão de renda (declaração de profissão e rendimentos); Certidão de casamento ou prova de união estável, conforme sejam os pretendentes casados ou companheiros; Certidão de nascimento; Passaportes; Autorização e/ou consentimento de órgão competente do país de origem para a adoção de uma ou mais crianças estrangeiras; Fotografias (dos pretendentes, da residência etc.); Estudo psicossocial realizado no país de origem; Legislação do país de origem atinente à adoção (inciso IV do art. 52 do ECA); Comprovação da existência ou não de filhos; Declaração de ciência de que não deverão estabelecer contato, no Brasil, com os pais da criança ou adolescente, ou qualquer pessoa que detenha a guarda da mesma antes que: a) tenha o Juízo da Infância e da Juventude examinado, adequadamente, e concluído pela impossibilidade de colocação do adotando em família substituta nacional, na sua jurisdição; b) tenha o Juízo

É importante registrar que a autoridade judiciária brasileira manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças em condições de adotabilidade e outro de pessoas interessadas em adotar, havendo cadastros estaduais e nacional (art. 50, *caput*, § 5º do ECA); e que, no caso de adoção internacional, haverá cadastros distintos para pessoas ou casais residentes fora do país, em decorrência da sua subsidiariedade (art. 50, § 6º e art. 51, § 1º, II do ECA), levando-se em conta que os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros (art. 51, § 2º), registre-se que tais cadastros, a partir de agosto de 2019, foram reestruturados pelo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA)¹³⁴, voltado para beneficiar as crianças em acolhimento familiar e institucional, que aguardam o retorno à família de origem ou a sua adoção.

Note-se que, as exigências/conduas, acima colocadas, são referentes aos procedimentos, nesta pesquisa, denominados administrativos (fase administrativa)¹³⁵, que antecedem o pedido da adoção internacional junto ao Poder Judiciário brasileiro, o qual tem a competência para conhecer os pedidos de adoção e seus incidentes, via Justiça da Infância e da Juventude (art. 148, III do ECA), pois o vínculo da adoção só pode ser constituído por sentença judicial (art. 47 do ECA). Nesse sentido, a adoção internacional está dividida:

Em um complexo de atos, envolvendo uma fase preparatória e de habilitação, na qual são efetivadas as providências necessárias junto às autoridades centrais com expedição de relatórios, e uma outra fase judicial, a ser cumprida perante o Poder Judiciário, por meio de ação, com intervenção do Ministério Público (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 1091).

Na perspectiva da observância dos princípios da proteção integral, melhor interesse da criança e do direito à convivência familiar, o procedimento para a concessão da adoção internacional não pode diferir do estabelecido na adoção interna, que é a busca de uma família para a criança (CAVALLIERI, 2017, p. 117). O pedido de adoção internacional só poderá ser formalizado mediante posse do “laudo de habilitação”, perante o Juízo da Infância e da Juventude do local em que se encontra a criança indicada pela Autoridade Central Estadual (art. 50, *caput*, VIII do ECA). Na fase do processo judicial da adoção internacional, ou seja, durante o período de análise do pedido, deverá haver o estágio de convivência entre o(s) adotante(s) e

definido estar a criança ou adolescente disponível para adoção, mediante o cadastro da CEJAI; c) tenha sido expedido o laudo de habilitação pela CEJAI. *Vide site* do Ministério da Justiça e Segurança Pública <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional/adocao-por-residentes-no-exterior>.

¹³⁴ Ver regulamentação técnica do SNA, *in* anexo I da Resolução nº 289, de 14 de agosto de 2019.

¹³⁵ Mudanças estabelecidas pelo Anexo II da Resolução nº. 289, de 14 de agosto de 2019. Minuta de Ato para dar Publicidade às Funcionalidades do SNA aos Pretendentes I – Da Habilitação para Adoção (BRASIL, 2019a).

o adotando. Para a adoção internacional, é exigido o estágio de convivência a ser cumprido em território nacional (art. 46, § 5º do ECA), por prazo de, no mínimo, trinta dias e, no máximo, quarenta e cinco dias, prorrogável uma única vez, por até igual período, mediante decisão fundamentada pela autoridade judiciária (art. 46, § 3º do ECA) e, ao final do prazo previsto, deverá ser apresentado laudo fundamentado pela equipe interprofissional da Vara da Infância e Juventude, que recomendará ou não o deferimento da adoção à autoridade judiciária (§ 3º-A), em outras palavras, o estágio de convivência deverá ser acompanhado por equipe interprofissional, de preferência com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida (art. 46 § 4º do ECA).¹³⁶

Outro requisito que deverá ser respeitado é o fato do adotando não ter permissão para sair do território nacional (art. 52, § 8º do ECA), pois só após o trânsito em julgado da sentença, “a autoridade judiciária determinará a expedição de alvará com autorização de viagem, bem como para obtenção de passaporte, constando, obrigatoriamente, as características da criança [...]” – art. 52, § 9º do ECA.

¹³⁶ Interessante ver a página do Conselho Nacional de Justiça sobre adoção internacional. Notícia datada de 11 de dezembro de 2015. “CNJ Serviço: entenda como funciona a adoção internacional, que ocorre, de maneira geral, quando não foi encontrada uma família brasileira disponível para acolher o menor. **A maioria dos casos de adoção internacional é feita com crianças maiores de 6 anos e, geralmente, com grupos de irmãos.** Entre 2008 e 2015, ocorreram 657 adoções de crianças do Cadastro Nacional de Adoção – gerido pela Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Dos 16 organismos estrangeiros credenciados junto à Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF), 13 são da Itália. [...] o país de acolhida precisa, assim como o Brasil, ser ratificante da Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, de 29 de maio de 1993, conhecida como Convenção de Haia. Apenas esses países poderão trabalhar com o Brasil nos moldes estabelecidos pelo ECA. O processo de adoção internacional, bem como a habilitação de residente no Brasil para adoção no exterior, é de responsabilidade das Autoridades Centrais dos Estados e do Distrito Federal (Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção / Adoção Internacional). O primeiro passo para realizar a adoção internacional é o casal estrangeiro se habilitar na Autoridade Central do país de residência, que será responsável por elaborar um dossiê sobre o casal ou pretendente. [...] (CNJ..., 2015).

Estágio de convivência – Durante os meses que antecedem a visita do casal estrangeiro ao país, a criança mantém contato periódico, quando possível por meio de videoconferência, e vai se habituando à ideia de morar fora do Brasil. No Distrito Federal, por exemplo, a CDJA pede que as famílias enviem uma mochila contendo vídeos, fotos, um bicho de pelúcia simbólico e uma carta dos pais à criança. Assim que os pais chegam para o estágio de convivência, encontram-se com a criança, geralmente em um local já conhecido por ela, e são acompanhados por um profissional da Comissão que atuou no preparo do menor, a fim de transmitir-lhe confiança no processo. Após realizarem passeios pela cidade, os pais conhecem o abrigo em que a criança reside, em geral no terceiro ou quarto dia de convivência. A criança também realiza visitas no hotel em que os pais estão hospedados. Se o processo estiver correndo de forma tranquila, geralmente no quinto dia a criança poderá dormir com os pais, se assim consentir. Os pais participam também da despedida da criança no abrigo em que vive e, se houver alguma dificuldade no momento da transição, são assistidos pela equipe da Comissão.

Cadastro Nacional de Adoção – Uma das inovações do novo Cadastro Nacional de Adoção (CNA) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), implantado em março, é justamente a inclusão de pretendentes estrangeiros. Atualmente, existem 46 processos de adoção por estrangeiros em andamento no âmbito do Cadastro Nacional de Adoção (CNA), ainda no modelo antigo, ou seja, processos vinculados a crianças cadastradas e pretendentes não cadastrados”. Registre-se que este cadastro, desde final de agosto de 2019, está inserido no SNA.

Após o processo judicial, para o deferimento da adoção internacional, deve haver o préstito da vida da criança adotada, conforme estabelece o artigo 51, §10 do ECA, que dispõe: “A Autoridade Central Federal Brasileira poderá, a qualquer momento, solicitar informações sobre a situação das crianças e adolescentes adotados”, que se refere ao acompanhamento pós-adotivo. Essa solicitação será encaminhada para a Autoridade Central do país de acolhida da criança, a qual poderá delegar o encaminhamento das informações ao organismo credenciado que intermediou/assessorou a referida adoção. Também, no caso de intermediação por organismo credenciado no Brasil, o ECA prevê, no art. 52, § 4º, V¹³⁷, que este deverá enviar relatório pós-adotivo semestral para Autoridade Central Estadual¹³⁸ com cópia para a ACAF, durante dois anos, no mínimo. Em tais relatórios devem constar a prova do estabelecimento da criança no país de acolhimento, que deve ser comprovada por meio do registro civil, bem como outras informações, como a adaptação à cultura e ao idioma e rotina escolar; o relatório, que cumpre a determinação da Lei nº 5491/2005, é enviado à CEJAI e à Autoridade Central Administrativa Federal (ACAF), que procedem à verificação dos dados informados; e caso o referido relatório não seja prestado no prazo, o organismo internacional pode até ser descredenciado.

Uma das questões procedimentais, que é preocupação e pode acontecer na adoção internacional, diz respeito à nacionalidade que a criança brasileira terá no país de acolhida, pois “apesar do progresso na área dos direitos humanos, alguns Estados ainda possuem legislação discriminatória em relação a estrangeiros e mulheres” (CAVALLIERI, 2017, p. 166). A nacionalidade vincula, jurídica e politicamente, o indivíduo ao Estado, o que faz com que este distinga o nacional do estrangeiro, assim, por exemplo, se uma criança brasileira do sexo feminino for adotada, via adoção internacional, e for residir em outro país, “pode sofrer uma séria diminuição em seus direitos civis, políticos, sociais, humanos se a autoridade brasileira não se assegurar de que as leis que serão aplicadas a esse adotando sejam garantidoras de direitos”, pois caso não for, “será considerada cidadão de segunda classe, perdendo uma série de oportunidades no país de seus adotantes” (CAVALLIERI, 2017, p. 166-167).

¹³⁷ Art. 52. A adoção internacional observará o procedimento previsto nos arts. 165 a 170 desta Lei, com as seguintes adaptações: [...]

§ 4 o Os organismos credenciados deverão ainda:

[...]

V – enviar relatório pós-adotivo semestral para a Autoridade Central Estadual, com cópia para a Autoridade Central Federal Brasileira, pelo período mínimo de 2 (dois) anos. O envio do relatório será mantido até a juntada de cópia autenticada do registro civil, estabelecendo a cidadania do país de acolhida para o adotado;

¹³⁸ Conforme informação prestada pela CEJAI/SP, no período de 2010 a 2019, foram realizados 554 acompanhamentos pós-adotivos.

O contrário acontece no Brasil, onde o filho(a) por adoção tem o mesmo tratamento jurídico que o filho(a) biológico, pois a adoção é uma forma de dar uma família a uma criança “sem família”, garantindo-lhe o direito à convivência familiar, balizada no seu melhor interesse, conforme dispõe a Constituição Federal do Brasil, quando coloca o direito à convivência familiar como fundamental e estabelece a igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º).

3.3 Análise jurisprudencial do melhor interesse da criança em casos de adoção

A análise proposta traz os comentários construídos a partir do fichamento dos relatórios e votos da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), apresentados nos Acórdãos¹³⁹ referentes aos recursos¹⁴⁰ de ações de adoção de crianças, para elaboração de um entendimento jurisprudencial do significado do princípio do “melhor interesse da criança”, a partir da vigência da lei da adoção aprovada em agosto de 2009 (Lei nº 12.010/09), a qual, em seu art. 1º, “dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças”.

Entende-se ser interessante registrar que na Terceira e demais Turmas do STJ não foram encontrados Acórdãos referentes a pedidos de adoção internacional, no período de 2010 a abril de 2020; os Acórdãos encontrados¹⁴¹, desta modalidade de adoção, foram sobre a homologação de sentenças estrangeiras de adoção unilateral de criança brasileira pelo cônjuge da genitora, sendo julgados por “Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça”¹⁴².

A escolha dos Acórdãos da Terceira Turma se deu em virtude de ser uma “Turma” que tem uma visão crítica do Direito, e dos posicionamentos da Sra. Ministra Nancy Andrighi (‘ministra progressista’), que desde 2012 tem despertado interesse como relatora de decisões “paradigmáticas”¹⁴³, disponíveis no *site* do STJ, a exemplo da “flexibilização das normas para

¹³⁹ Foram encontrados 44 Acórdãos no período de janeiro a abril de 2020.

¹⁴⁰ A legislação pátria prescreve que o sistema recursal do ECA, em linhas gerais, deve seguir as prescrições do CPC, então, contra a sentença que julgou o pedido de adoção, caberá o pedido de apelação, que será recebida no efeito devolutivo, salvo adoção internacional ou “se houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ao adotando”, o recurso deve ser recebido no duplo efeito (art. 199-A do ECA).

¹⁴¹ Pesquisa realizada no *site* do STJ .

¹⁴² As homologações de sentenças estrangeiras são julgadas pela Corte Especial do STJ, que é composta pelos 15 ministros mais antigos do Tribunal. A cooperação jurídica internacional é um compromisso assumido pelo Estado brasileiro com ampla repercussão no Superior Tribunal de Justiça, o qual tem competência para homologar decisão estrangeira, a fim de que seja cumprida no Brasil, isto é, o “STJ também é responsável pela homologação das decisões judiciais estrangeiras e pela concessão do exequatur às cartas rogatórias” (SUPERIOR..., 2020). Art. 105, I, *i* da CF/88.

¹⁴³ Trata-se de decisões inovadoras, que apresentam argumentos que fixam novos entendimentos/paradigmas a respeito do tema de que ela trata.

garantia da primazia do melhor interesse da criança”¹⁴⁴ e da “indenização por dano moral”¹⁴⁵. O período foi estabelecido a partir da aprovação da Lei da Adoção – Lei nº 12.010/2009 – entendendo ser conveniente pesquisar decisões a partir de janeiro de 2010 até abril de 2020, sendo selecionados 11 Acórdãos, um de cada ano, em virtude do pouco tempo para fazer a análise e os respectivos comentários, que simultaneamente foi realizada a pesquisa de campo, via formulários junto às CEJA/CEJAs, a qual será apresentada no próximo capítulo desta tese. O critério eleito foi de processos de adoção c/c destituição do poder familiar e/ou adoção unilateral, em decorrência das ementas apresentarem o princípio do melhor interesse da criança.

Entende-se necessário explicar o método utilizado para a análise e o registro dos comentários dos Acórdãos selecionados. Trata-se de uma pesquisa de ‘evolução’ jurisprudencial, a partir da vigência da Lei nº 12.010/2009 até abril de 2020; foi escolhido como problema jurídico a “adoção c/c destituição do poder familiar” e “adoção unilateral”; foram definidos indexadores para pesquisa e escolha de decisões/acórdãos de interesse (STJ, 3ª. Turma), via leitura da ementa. As orientações para a construção dos comentários dos acórdãos foram retiradas da obra de Nitish Monebhurrin (2015, p. 85-96), em “Proposta de Metodologia para Estudo de Casos”. O comentário foi embasado pelo “problema jurídico” e a “problemática”, pois o entendimento do referido autor é de que “O comentário implica análise e contribuição crítica de uma decisão sob uma perspectiva jurídica” (MONEBHURRUN, 2015, p. 85), que, no caso desta pesquisa, a contribuição foi em relação à adoção na perspectiva do melhor interesse da criança e o seu direito fundamental à convivência familiar.

O objetivo de construir os comentários dos Acórdãos da Terceira Turma do STJ foi o de fazer uma contribuição crítica do voto do(a) Relator(a) no viés do princípio do “melhor interesse da criança” nos casos de adoção, acompanhando a evolução jurisprudencial do referido princípio, trazendo um entendimento, se possível, “original” quando aplicado ao direito fundamental à convivência familiar. Para a elaboração dos comentários foram seguidos os seguintes “passos”: 1º. ver o problema jurídico da sentença; 2º. ler toda decisão; 3º. identificar todas as normas; 4º. estudar as normas aplicáveis (independentemente da interpretação do tribunal) para ver se foram interpretadas adequadamente; 5º. verificar se houve utilização da jurisprudência na petição e nos argumentos; 6º. fazer o fichamento do caso; 7º. formulação do

¹⁴⁴ REsp 1199465 (ACÓRDÃO) Ministra NANCY ANDRIGHI; STJ – Terceira Turma – Decisão: 14/06/2011 - DJe 21/06/2011.

¹⁴⁵ RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). Ministra NANCY ANDRIGHI; STJ – Terceira Turma. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, em que a filha alegou ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.

comentário. O fichamento completo das decisões/Acórdãos selecionados está no Apêndice A desta tese.

3.3.1 Análise dos Acórdãos¹⁴⁶

As conclusões/comentários de cada Acórdão foram construídas a partir da identificação do problema jurídico¹⁴⁷ e da definição da problemática¹⁴⁸ que lhe deram embasamento, sendo que esta é a mesma em todos os comentários, para dar fundamento ao que se entende por “melhor interesse da criança” nos casos de colocação em família substituta, na modalidade de adoção.

A importância de investigar como o Tribunal, *via* Terceira Turma, trata do princípio do melhor interesse da criança, é identificar se os procedimentos adotados nos processos judiciais de adoção atendem adequadamente à convivência familiar em razão do referido princípio. O “melhor interesse da criança” tem um conceito aberto, que reconhece a criança como sujeito de direito e declara sua prioridade, colocando-a como protagonista das questões que a envolvem (LÔBO, 2019, p. 128), pois ter um(a) filho(a) por adoção “é a consagração dos laços afetivos acima dos laços de sangue, dando mostra efetiva de que a entidade familiar é muito mais afinidade e amor do que liames físico-biológicos” (NUCCI, 2018, p. 159).

O ECA estabelece que nos procedimentos da Justiça da Infância e da Juventude, o sistema recursal a ser adotado é o previsto no Código de Processo Civil (CPC), com as adaptações dispostas nos incisos do art. 198 do ECA. Disciplina, também o art. 199-C, que:

Os recursos nos procedimentos de adoção e de destituição de poder familiar, em face da relevância das questões, serão processados com prioridade absoluta, devendo ser imediatamente distribuídos, ficando vedado que aguardem, em qualquer situação, oportuna distribuição, e serão colocados em mesa para julgamento sem revisão e com parecer urgente do Ministério Público (BRASIL, 1990, não paginado).

Na perspectiva ora relatada, traz-se a seguir, a identificação e os comentários dos Acórdãos analisados, que se referem aos recursos interpostos à Terceira Turma do STJ, os quais

¹⁴⁶ Foram construídos, conforme já exposto, a partir dos ensinamentos de Nitish Monebhurrin (2015, p. 85-96).

¹⁴⁷ O problema jurídico é a contenda que deu causa ao processo ou, mais especificamente, nesta pesquisa, a insatisfação que gerou o Recurso: “é a questão submetida ao tribunal” (MONEBHURRUN, 2015, p. 86 e 91).

¹⁴⁸ A problemática é a perspectiva que foi escolhida para examinar um assunto específico: “é a identidade de um trabalho” (MONEBHURRUN, 2015, p. 91). Nesta pesquisa é referente a adoção, o direito à convivência familiar e o melhor interesse da criança, no sentido de construir um *conceito dogmático* referente ao *melhor interesse da criança* em casos de adoção.

serão apresentados por “temas”¹⁴⁹: a) “aplicação do princípio do melhor interesse da criança em detrimento do interesse dos pais biológicos”; b) “aplicação do direito a convivência familiar e do princípio do melhor interesse da criança para sua permanência em família substituta”; e c) “excepcionalidade da institucionalização da criança”.

a) A aplicação do princípio do melhor interesse da criança em detrimento do interesse dos pais biológicos:

Esta previsão legal está no art. 39, § 3º, do ECA – “Em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando”¹⁵⁰, que garante o que é melhor para a criança, ou seja o bem-estar da criança, e não a vontade dos pais (pai e/ou mãe).

Nesse diapasão, traz-se as decisões analisadas, como é o caso do primeiro acórdão fichado, que trata do Recurso Especial (REsp) 1106637¹⁵¹, publicado no DJe em 01/07/2010, tendo como Relatora a Exma. Sra. Ministra Nancy Andrichi, num caso de adoção unilateral, com pedido preparatório de “destituição do poder familiar” formulado pelo padrasto em face do pai biológico da criança, onde este contestou alegando, em preliminar, “ilegitimidade ativa do autor”. Assim, o voto da Relatora, ora comentado, consistiu em verificar se o padrasto detinha legitimidade ativa e interesse de agir para propor a destituição do poder familiar do pai biológico, em caráter preparatório à adoção da enteada.¹⁵²

O “comentário” a seguir exposto, portanto, traz como “problema jurídico” o Recurso Especial (art. 541, CPC/73 - Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973), em processo de pedido de adoção c/c destituição do poder familiar, fundamentado pelo art. 41, § 1º, do ECA, em que o padrasto quer adotar sua enteada. Trata-se de “adoção unilateral”¹⁵³, para tanto, o pai afetivo invoca o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico, fundamentado

¹⁴⁹ Os temas a serem abordados foram definidos via agrupamento das decisões no mesmo sentido.

¹⁵⁰ Embora esta previsão tenha sido incluída pela Lei nº 13.509/2017, o STJ já aplicava tal entendimento, identificou-se que desde a primeira decisão analisada, que data de junho de 2010.

¹⁵¹ Fichamento completo colocado no Apêndice A desta tese.

¹⁵² **EMENTA** – Direito civil. Família. Criança e adolescente. Adoção. Pedido preparatório de destituição do poder familiar formulado pelo padrasto em face do pai biológico. Legítimo interesse. Famílias recompostas. Melhor interesse da criança. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>.

¹⁵³ É uma forma especial de adoção, em que apenas um dos genitores será substituído, conforme disposição do ECA, § 1º do art. 41: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, **desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes**, salvo os impedimentos matrimoniais. § 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.” (BRASIL, 1990, não paginado, grifo nosso).

na convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade socioafetiva, que representa a convivência afetiva e sua participação no desenvolvimento e formação da adotanda, sem a concorrência do vínculo biológico, pois alega que as bases para o pedido de adoção se encontram na relação afetiva mantida entre o adotante e a criança, em virtude de terem formado verdadeira entidade familiar alicerçada na paternidade responsável, juntamente com a mãe biológica e a irmã, considerando que o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos pais biológicos.

O recurso interposto foi negado, sendo reconhecida a legitimidade ativa do padrasto¹⁵⁴, mas em contrapartida ao pedido formulado, na inicial, a relatora traz no seu voto a necessidade de inequívoca comprovação de uma das causas de destituição do poder familiar, consoante art. 1.638 do CC/02¹⁵⁵, em que deve ser comprovado o risco social e pessoal a que esteja sujeita a criança ou de ameaça de lesão aos seus direitos, pois só assim o genitor poderá ser destituído do poder familiar, em caráter preparatório à adoção, a qual desfará quaisquer vínculos existentes entre a criança e sua família paterna.

Na análise das causas de destituição do poder familiar para posterior adoção, houve, no decorrer do processo, “Decisão em sede agravo de instrumento” via juízo de retratação, viabilizado pela interposição de agravo de instrumento e pedido de reconsideração contra decisão interlocutória, em que o Juiz acolheu a preliminar de ilegitimidade ativa e falta de interesse de agir do padrasto da criança, extinguindo o processo, sem apreciação do mérito, ao fundamento de que “a despeito dos pais biológicos estarem separados, a criança tem direito de manter os laços com o genitor e seus avós, sobretudo quando não há risco pessoal ou social à luz do ECA e do Código Civil”.

Também o Ministério Público Estadual, em seu parecer, entendeu que só após “minuciosa instrução”, possa ser alcançada “a solução que melhor atenda os interesses da criança”; assim como o Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), que conferiu parcial provimento ao apelo do padrasto da criança, determinou o prosseguimento da ação, para que os autos fossem instruídos com elementos de provas suficientes, sobretudo com laudos e estudos psicossociais, para que, ao analisar o mérito, ficasse comprovado ser caso de destituição

¹⁵⁴ Em seu voto a Relatora assim se manifesta: “O pedido de adoção, formulado neste processo, funda-se no art. 41, § 1º, do ECA, em que um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico, arvorado na convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade social, ou seja, à *socioafetividade*, que representa, um convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança, sem a concorrência do vínculo biológico.”

¹⁵⁵ A perda do poder familiar, por entender se tratar de medida extrema, somente será cabível após esgotadas todas as possibilidades de manutenção da criança no seio da sua família natural, pressupondo a existência de um procedimento contraditório, no qual deve ser apurado se a medida efetivamente atende o melhor interesse da criança.

de poder familiar e se, para fins de adoção, haveria motivos legítimos e reais vantagens à criança.

Diante da problemática¹⁵⁶ estabelecida nesta pesquisa, o direito fundamental da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio da sua família natural, preconizado no art. 19 do ECA, engloba a convivência familiar ampla (família extensa), para que a criança alcance em sua plenitude um desenvolvimento sadio e completo. Conforme voto da Relatora, que expressa, “atento a isso é que o juiz deverá colher os elementos para decidir consoante o melhor interesse da criança”, significando, no entender desta pesquisa, que o julgador deve se pautar, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos atitudes coerentes para garantir a harmonia familiar e consequente segurança às crianças introduzidas nas “diferentes composições familiares”¹⁵⁷.

Todos os passos do processo foram analisados, daí a inteligência do “Voto”¹⁵⁸ da Relatora que se manifestou no sentido de que as afirmações apresentadas tanto pelo autor como pelo réu precisam ser provadas e comprovadas diante de estudos e laudos necessários, elaborados pela equipe multidisciplinar da Vara da Infância e Juventude, para ser verificado se o motivo é legítimo e se a adoção apresentará reais vantagens à infante, conforme dispõe o art. 43 do ECA¹⁵⁹ e art. 1.638 do CC¹⁶⁰, o qual elenca as hipóteses autorizadoras para a perda do poder familiar dos genitores por ato judicial.

¹⁵⁶ No sentido de reforçar o que já foi colocado, a problemática trazida é referente à adoção que viabiliza direito à convivência familiar em atenção ao melhor interesse da criança, no sentido de entender a aplicação deste princípio em casos de adoção.

¹⁵⁷ “O novo formato de famílias que tem se apresentado, a exemplo das famílias pluriparentais, também conhecidas como famílias mosaicos, famílias *patchwork* (Alemanha), famílias *ensambladas* (Argentina), *step-families* (Estados Unidos), *familles recomposées* (França), representam o mais novo e desafiante modelo familiar já conhecido pelo Direito de Família; são famílias decorrentes da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo *recasamento*, seguidos das famílias não-matrimoniais e pelas desuniões.” (Nancy Andrighi, no voto do acórdão ora comentado).

¹⁵⁸ Tal voto é considerado um didático precedente da Jurisprudência superior, no que diz respeito às decisões serem norteadas pela “demonstração de vantagens reais para o adotado e o respeito à sua proteção integral” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 1.068).

¹⁵⁹ Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

¹⁶⁰ Diante dos fatos apresentados no Relatório e Voto da Relatora, pergunta-se: No caso apresentado, para adoção unilateral (adoção por cônjuge), a destituição do poder familiar prevista no art. 1.368 do CC/02 pode ser flexibilizada no melhor interesse do adotando?

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. V – entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;

O reconhecimento da legitimidade do padrasto em requerer a destituição do poder familiar do pai biológico e a adoção da criança, pela Relatora, em razão da relação socioafetiva entre o adotante e a adotanda, fez deste julgamento referência, sendo citado como precedente:

[...] o que deve nortear a decisão judicial é a demonstração de vantagens reais para o adotado e o respeito à sua proteção integral. Por isso, **entendemos que o magistrado precisa ter na tela da sua imaginação as circunstâncias concretas de cada caso para verificar a providência mais adequada ao melhor interesse da criança.** Exatamente na linha dessa compreensão, há um didático precedente da nossa jurisprudência superior [...] Direito civil. Família. Criança e adolescente. Adoção. Pedido preparatório de destituição do poder familiar formulado pelo padrasto em face do pai biológico. Legítimo interesse. Famílias recompostas. Melhor interesse da criança. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 1068, grifo nosso).
 [...] a 3ª Turma do STJ, no julgamento do REsp n. 1.106.637-SP, decidiu que “sob a tónica do legítimo interesse amparado na socioafetividade, ao padrasto é conferida legitimidade ativa e interesse de agir para postular a destituição do poder familiar do pai biológico da criança”. (PEREIRA, 2019, p. 432).

Diante dos argumentos apresentados no voto em análise, referente à destituição do poder familiar para adoção e na perspectiva desta pesquisa, entende-se que, em atenção ao melhor interesse da criança, deve ser respeitado seu direito fundamental de ser criada e educada no seio da sua família natural (art. 19 do ECA), considerando a convivência familiar ampla, envolvendo os avós, tios e primos (maternos e paternos), para que a infante alcance em sua plenitude um desenvolvimento sadio e integral, pois para excluir parentes e pessoas de referência próxima, não é o interesse dos genitores ou do “pai socioafetivo” que deve ser considerado, por isso tem que ser inequivocamente comprovada a causa da destituição da paternidade, uma vez que o fato de haver uma relação afetiva entre o padrasto e a enteada não dá àquele o direito de adotá-la, cortando os laços da criança com a família paterna, o que poderá causar efeitos desastrosos para sua formação. Assim, neste caso, o posicionamento da pesquisa é no sentido de que o que deve orientar a decisão final, referente ao pleito da inicial deste processo, é a demonstração das reais vantagens para a adotanda e o respeito à sua proteção integral, pois a realidade dos fatos pode se apresentar muito mais complexa do que a norma jurídica pode apreender.

Então, indo além do voto analisado, entende-se que no caso das famílias reconstituídas (*pluriparentais*)¹⁶¹ dentro do contexto da multiplicidade de vínculos estabelecidos e do melhor

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

¹⁶¹ Denominação dada às famílias construídas pela união entre duas pessoas que possuem filhos advindos de outros relacionamentos. “A família *pluriparental* ou *mosaico* são as famílias complexas, reconstituídas ou compostas, na qual um ou ambos os parceiros possuem filhos de uniões anteriores, resultando pluralidade das relações

interesse da criança, esta poderá ser beneficiada em afetividade numa ampla rede de cuidados, mas para isto acontecer, os familiares envolvidos (biológicos e socioafetivos) deverão ter consciência de que o melhor para todos é agregar muito amor e cuidado às crianças inseridas nessa nova realidade familiar, sem direito à exclusividade do amor de uns em detrimento dos outros. Nesse sentido, considerando que na época que tramitava esse processo já era permitida a inclusão do nome do pai afetivo¹⁶² na certidão de nascimento da criança (Lei nº 12.100/2009), conforme art. 57, § 8º, da Lei de Registros Públicos¹⁶³ (Lei nº 6.015/73), entende-se que deve ser muito bem pensada a adoção pelo padrasto, pois esta rompe com os laços da família natural extensa paterna (avós, tios, primos), que neste caso não quer perder o vínculo com a adotanda, demonstrando sua afetividade por esta, pelo simples fato de estar discutindo em juízo seu direito de pai. Portanto, em atenção ao melhor interesse da criança, pessoa em condição peculiar, em que deve ser priorizado seu interesse em detrimento do interesse de seus genitores, pois a aplicação da lei decorre de uma subjetividade que veicula valores morais, sendo complexo afirmar que ela estará melhor se cortar os vínculos com a sua família paterna.

O segundo acórdão analisado, REsp 1199465 (BRASIL, 2011), também relatado pela Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi (DJe 21/06/2011), demonstra, novamente, a aplicação do melhor interesse da criança em detrimento da vontade dos pais, neste caso da mãe biológica. Este Acórdão¹⁶⁴ é referente ao Recurso Especial interposto por O. L. e S.F.L., fundamentado

parentais, multiplicidade de vínculos, ambiguidade dos compromissos e interdependência” (CARVALHO, 2014, p. 52).

¹⁶² TJRJ - 0000969-16.2013.8.19.0079 - APELAÇÃO 1ª Ementa Des(a). CLÁUDIA TELLES DE MENEZES - Julgamento: 12/03/2014 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL INCLUSAO DO PATRONIMICO DO PADRASTO POSSIBILIDADE PRESERVACAO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Apelação cível. Requerimento de retificação de registro civil. [...] Ausência de convivência e de laços afetivos com o pai biológico e família paterna. Circunstâncias do caso que demonstram que a modificação se faz necessária para a preservação da dignidade da pessoa humana. Presença de justo motivo e ausência de prejuízos para terceiros. [...] Ausência de alteração do estado de filiação. Sentença que se reforma para autorizar a retificação pretendida (RIO DE JANEIRO, 2014).

¹⁶³ Art. 57. “A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei. (Redação dada pela Lei n. 12.100, de 2009).” [...]

“§ 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família”. (Incluído pela Lei n. 11.924, de 2009).

¹⁶⁴ EMENTA: CIVIL. ADOÇÃO. VÍCIO NO CONSENTIMENTO DA GENITORA. BOA-FÉ DOS ADOTANTES. LONGO CONVÍVIO DA ADOTANDA COM OS ADOTANTES. PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. A criança adotanda é o objeto de proteção legal primário em um processo de adoção, devendo a ela ser asseguradas condições básicas para o seu bem-estar e desenvolvimento sociopsicológico. 2. A constatação de vício no consentimento da genitora, com relação a entrega de sua filha para a adoção, não nulifica, por si só, a adoção já realizada, na qual é possível se constatar a boa-fé dos adotantes. 3. O alçar do direito materno, em relação à sua prole, à condição de prevalência sobre tudo e todos, dando-se a coacta manifestação da mãe-adolescente a capacidade de apagar anos de convivência familiar, estabelecida sobre os auspícios do Estado, entre o casal adotante, seus filhos naturais e a adotanda,

no art. 105, III, *a e c*, da CF/88, contra o Acórdão proferido pelo TJDF, em Ação de adoção com pedido liminar, ajuizada pelos Recorrentes, por meio da qual buscam, em primeiro momento, a guarda provisória da criança M.V.A.L. e sua posterior adoção.

O problema jurídico apresentado para elaboração do voto do Acórdão ora analisado, foi decidir se o vício de consentimento alegado pela mãe biológica (G.A.L.), em sua declaração de que pretendia entregar sua filha M.V.A.L. para adoção, seria elemento suficiente para se determinar a improcedência do pedido de adoção formulado por O.L. e S.F.L., que detêm a guarda da criança há quase nove anos, estando em consonância ao que prescreve o ECA em seus arts. 6º e 43 e a CF/88, no art. 227; como também, o prequestionamento do dissídio jurisprudencial.

A lide teve início com o pedido de guarda provisória para posterior adoção da criança M.V.A.L., filha da adolescente G.A.L., que a deu aos adotantes, com anuência de seu genitor, avô da criança, sob a justificativa de que não possuía condições socioeconômicas de criá-la, que o casal adotante detinha a guarda de fato da criança e que não desejava dar à filha em adoção a interessados cadastrados no setor de adoção da Vara da Infância e da Juventude, pois sua filha estava muito bem cuidada nas mãos dos Requerentes, que lhe supriam as necessidades materiais e afetivas para uma vida digna (adoção *intuitu personae*)¹⁶⁵. A mãe biológica, após ter concordado com a adoção de sua filha em audiência, procurou o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), afirmando que fora coagida por seu genitor para dá-la em adoção.

Os adotantes afirmaram que desconheciam os fatos trazidos pelo MPDFT, concordando com a nova oitiva da mãe biológica da adotanda e pugnando pela manutenção da guarda provisória, ante a perfeita integração da criança no lar substituto. Interpuseram Agravo de Instrumento ao TJDF, contra decisão do Juiz que determinou a emenda da contestação apresentada pelos tios e guardiões da mãe biológica, para que se incluísse sua manifestação como efetiva parte no processo de adoção, a tal recurso foi negado provimento, por unanimidade.

no único lar que essa sempre teve, importa em ignorar o direito primário da infante, vista mais como objeto litigioso e menos, ou quase nada, como indivíduo, detentora, ela própria, de direitos, que, no particular, se sobrepõe aos brandidos pelas partes . 4. Apontando as circunstâncias fáticas para uma melhor qualidade de vida no lar adotivo e associando-se essas circunstâncias à convivência da adotanda, por lapso temporal significativo - 09 anos -, junto à família adotante, deve-se manter íntegro esse núcleo familiar. 5. Recurso especial provido.

¹⁶⁵ Ocorre quando o(s) genitor(es) entrega(m) o filho em adoção para determinada pessoa (PEREIRA, 2019, p. 432).

No decorrer do processo, foram elaborados relatórios técnicos, por psicólogos e assistentes sociais, inicialmente favoráveis ao pedido de adoção e, posteriormente ao alegado vício de consentimento, desfavoráveis ao referido pedido, com a justificativa de que as visitas determinadas “progrediram de forma satisfatória, com vistas a uma aproximação menos traumática para mãe e filha”; que a mãe biológica mostrou-se empenhada em estabelecer uma aproximação física e afetiva com a filha; que “por sua vez, os adotantes, mesmo temendo os desdobramentos desses contatos, contribuíram para o bom transcurso dessas visitas, que o casal transpareceu estar apegado à infante, pois esta estava com eles há aproximadamente doze meses, e já os tratava por pai e mãe”; que avaliaram “que a criança vem desfrutando de todo carinho e atenção na convivência com os adotantes”.

Em novo Relatório Informativo sobre o pedido de adoção, subscrito por Psicóloga e por Assistente Social, a manifestação foi pelo indeferimento do pedido de adoção e de que a “busca e apreensão” da criança deveria ser feita com urgência, para imediata entrega à sua mãe biológica. Porém, o Parecer do MPDFT foi pela procedência do pedido de adoção, por entender que não houve prova robusta da coação alegada, que o lar que receberia a criança, caso ela ficasse com a mãe biológica, seria inapto para acolhê-la, considerando que a adotanda estava sendo bem cuidada no lar dos adotantes, finalizou o MP afirmando que “[...] à luz dos princípios da proteção integral e do superior interesse da criança, não se recomenda simplesmente entregar a infante em tela à sua família natural, até porque as informações dos autos demonstram o bem-estar da criança na companhia da família substituta”. Nesse sentido, a sentença julgou procedente o pedido, concedendo aos Recorrentes a adoção da criança M.V.A.L.¹⁶⁶

Diante de tais situações fáticas, o entendimento expresso no voto é de que não se pode deixar de reconhecer a vontade e direito da mãe biológica em criar a sua filha, mas o que se tem de levar em consideração, em primeiro lugar, é o direito da filha (criança) em ser criada num lar seguro, que ela conhece, recebe amor e cuidado, e que tem demonstrado ser o melhor para seu desenvolvimento integral, em consonância ao princípio do melhor interesse da criança, o

¹⁶⁶ Tal sentença foi assim fundamentada: “O certo é, porém, que não pode este Juízo, atento aos comandos do estatuto menorista, que prevê a proteção integral à criança e ao adolescente, deixar de colocar a adotanda sob a proteção máxima representada pelo instituto da adoção, retirando-a do lar onde reside desde tenra idade, para **restituí-la à genitora, que até pela pouca idade, não dispõe de condições materiais e mesmo psicológica para cuidar e propiciar à filha, condições ao menos semelhantes àquelas por ela desfrutada durante estes anos junto ao lar substituto.** É certo que a falta de condições financeiras não pode, por si só, constituir requisito para a perda do poder familiar e conseqüente manutenção de infante na família substituta, porém o tempo laborou em desfavor da requerida, mostrando-se, no momento, despicienda até mesmo, a análise de suas atuais condições, e mesmo de eventual conduta incompatível com o exercício da maternidade, já que não se pode exigir que ela tivesse condições de prover afetiva e materialmente a filha, quando ela própria necessitava e tinha o direito de ser cuidada e mantida pelos genitores ou até mesmo pelo próprio Estado, diante de sua condição de pessoa em desenvolvimento.” (grifo nosso).

qual permeia a norma estatutária. Mas aconteceu que a mãe biológica, inconformada com a decisão do juízo singular, recorreu ao TJDF, via recurso de Apelação, que lhe deu provimento, reconhecendo o vício de consentimento em relação à sua declaração inicial, de que pretendia entregar sua filha para adoção, também fundamentou o Tribunal, “que o lapso temporal até então transcorrido não tinha o condão de ilidir o direito de a mãe biológica criar sua filha”¹⁶⁷.

Pelos fatos relatados no voto do REsp em análise, todos os passos do processo foram considerados, a questão é controvertida, que deve ser solucionada de acordo com o que é mais adequado para a infante, uma vez que o direito da mãe sucumbe ao direito da filha, em razão da sua condição de vulnerabilidade por ser criança.

Neste diapasão, os adotantes recorreram sob alegação da violação dos arts. 6º e 43 do ECA, por entenderem que o melhor interesse da criança será preservado pela sua efetiva adoção, tendo em vista o tempo de convívio mútuo já havido. Utilizando-se do contraditório, a Recorrida apresentou Contrarrazões, onde “reafirma a existência de vício de consentimento em relação à declaração original e que todos os laudos técnicos produzidos foram favoráveis à manutenção da guarda da criança por sua mãe biológica”. Em Juízo prévio de admissibilidade, o TJDF não admitiu o REsp, mas em decisão unipessoal, a Relatora deu provimento ao Agravo de Instrumento interposto pelos Recorrentes e determinou a subida do recurso, contrariando o Parecer do MPF, pelo não conhecimento do REsp.

Os argumentos e fundamentos apresentados no voto da Exma. Relatora Nancy Andrichi foram analisados e são comentados, nesta pesquisa, no que atine ao melhor interesse da criança, sua proteção integral e seu direito à convivência familiar, pois trata-se de legalizar

¹⁶⁷ Conforme Ementa (TJDF): CIVIL. ADOÇÃO. ANUÊNCIA DA GENITORA. RETRATAÇÃO. EFICÁCIA. COAÇÃO FÍSICA E MORAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVO JUSTO. INOCORRÊNCIA DE VANTAGEM REAL PARA A ADOTANDA. LAUDOS TÉCNICOS. PREVALÊNCIA. TEMPO. INTERSEÇÃO NO DESENLAÇE. FATOR IMPONDERÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DE ENSEJAR A CONSOLIDAÇÃO DA SITUAÇÃO DELIMITADA POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. I. Aferido que a anuência derivada da genitora da adotanda está enodada por vício de consentimento, pois obtida quando subjugada a coação física e moral, não é apta a irradiar nenhum efeito jurídico devendo ser desconsiderada, notadamente quando, cessado o jugo ao qual estava submetida, se retratara e manifestara sua oposição à adoção da filha em todas as demais oportunidades em que pudera externar sua vontade. II. Apurado que não subsiste nenhum fato apto a desqualificar a mãe como guardiã e detentora do poder familiar e legitimar que seja desprovida da filha mediante o rompimento dos vínculos jurídicos que as enlaçam, o direito natural que a assiste de ter consigo a filha, educá-la e criá-la e o travejamento normativo que o reveste de efetividade devem sobejar e ser tutelado, ensejando a rejeição do pedido de adoção. III. Atestado por laudos técnicos confeccionados por órgãos de assessoramento qualificados que não subsiste nenhuma vantagem real para a criança sua colocação em família substituta em caráter definitivo e irreversível, o apurado deve sobejar, não podendo o fator imponderável do tempo ser içado como suficiente para o rompimento dos vínculos consanguíneos e afetivos que enlaçam mãe e filha. IV. Conquanto o tempo se qualifique como elemento de consolidação dos fatos e balizador da atividade humana, não pode ser interpretado em desfavor da mãe biológica quando, desprovida da guarda da filha sem que consciente e livremente houvesse praticado qualquer fato apto a ensejar a colocação da infante em família substituta em caráter provisório, não intercedera na marcha processual, cuja delonga não pode, então, se consubstanciar em fato de irradiação ou perecimento de direitos. V. Apelação conhecida e provida.

uma situação familiar já consolidada no tempo, onde a adotanda vive no seio da família que lhe dá amor e cuida-a desde a mais tenra idade, contando com 9 anos de idade na data da decisão do REsp.

O melhor interesse da criança, como elemento autorizador da adoção, é uma celeuma que pede uma decisão justa, que decorre do legítimo pleito dos adotantes/Recorrentes de adotarem M.V.A.L., e o não menos justo desejo de sua mãe biológica, que a quer consigo. A distribuição de justiça, portanto, ficou em definir, diante da realidade fática, qual das duas hipóteses atenderá o mais adequado à adotanda, levando em consideração a prioridade que se dá às relações jurídicas que envolvem o melhor interesse da criança, embora não se possa desconsiderar os direitos dos pais ou responsáveis, mas neste caso a primazia é do direito da criança de ser cuidada por uma família, conforme os valores definidos no art. 227 da CF/88, que seguem delineadas nos arts. 6º e 43 do ECA.¹⁶⁸

Consta no voto que a mãe biológica foi desfavorecida pelo tempo em duas situações, na primeira, pelo fato de ser mãe na adolescência e depender de terceiros para administrar sua vida; na segunda, pelo tempo de convivência de sua filha com os adotantes, que consolidou uma relação afetiva familiar que se for desfeita trará prejuízos emocionais e psicológicos à infante. O que se depreende é que, embora exista todo um entendimento e previsão legal referente ao direito fundamental da convivência familiar se concretizar no seio da família natural, o mesmo não pode ser aplicado ao caso analisado, em virtude do tempo que a criança ficou sem a mãe, estando bem cuidada em família substituta, sem haver qualquer fato que pudesse desabonar a conduta dos adotantes. Diante de tal situação fica a indagação, por que após tanto tempo transcorrido não houve preocupação do Tribunal em saber como estava a vida da criança? Pois em 27/06/2007, foi proferida sentença julgando procedente o pedido de adoção formulado pelos recorrentes; em 14/05/2008, foi publicado o Acórdão que deu provimento à apelação interposta pela recorrida; embora o recurso interposto pelos adotantes, desde a publicação do Acórdão que reformou a sentença, foram expedidos múltiplos mandados de busca e apreensão da criança, os quais foram infrutíferos, uma vez que a adotanda e os

¹⁶⁸ A Relatora entendeu que “Sob esse imperativo, **uma solução que contemple o melhor interesse da criança deve garantir um bom alicerce para seu desenvolvimento pessoal.** A preservação de sua integridade, dignidade, respeito e liberdade, **mesmo que isso implique em flexibilização de outra norma cogente,** pois se estará, na hipótese, privilegiando a **norma principiológica,** que é **matriz interpretativa de toda a legislação relativa à criança** e ao adolescente. Nessa ótica, não se flexibiliza com o justo, não se ignora os contornos fáticos, mas tão só se constrói a solução da controvérsia com os olhos voltados para a maior interessada no desenrolar de toda a questão: a própria adotanda. A tônica aqui, repita-se, é submeter, *in casu*, os direitos dos adotantes e da mãe biológica ao direito primário e maior da criança. Ela é o objeto de proteção legal e a ela se procura assegurar condições de mínimo desenvolvimento sociopsicológico.” (Inteiro teor do Acórdão, p. 9 e 10 de 4) (grifo nosso).

Recorrentes não foram localizados nos endereços fornecidos nos autos. Então, se pergunta: o que aconteceu nesse período?

A Relatora entendeu que a decisão prolatada pelo TJDFT restabeleceu “os direitos da mãe biológica, mas como lhe é inerente, traz amargor e a rascante sensação de que o legal prevaleceu sobre o justo”; que “consideradas as peculiaridades do processo é que se impõe a inversão das conclusões do Acórdão recorrido, devendo ser concedido ao casal adotante a adoção de M.V.A.L”, registrando que em hipótese semelhante, o Superior Tribunal de Justiça, via Quarta Turma, manifestou-se em idêntico sentido ao por ela nesta causa adotado (REsp 100294/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior)¹⁶⁹. Assim, foi dado conhecimento ao Recurso Especial, para dar-lhe provimento a fim de cassar o Acórdão recorrido, para restabelecer a sentença e, por conseguinte, conceder aos recorrentes, a adoção de M.V.A.L.

Do acima exposto, apreende-se que a contextualização é contemplada no tempo e, como tal, ela sofre variações no sentido de pormenorizar antecedentes, causas e consequências, pois essas variáveis sofrem modificações à medida que vão se desdobrando no próprio tempo. A criança M.V.A.L. foi privada de crescer junto à sua família natural por ser filha de uma adolescente, que foi vítima de violências físicas e psíquicas, por seu padrasto e seu pai, mesmo assim, sua mãe biológica a queria.

As variáveis citadas foram, axiologicamente, mobilizadas por matizes que vão se impregnando no próprio processo em curso, assim o que seria melhor para uma criança no momento da adoção, respeitando seu melhor interesse, pode não ser tão significativo algum tempo depois. A exemplo do tempo (nove anos) que durou o processo que gerou o Acórdão analisado, consolidando o direito fundamental à convivência familiar, que foi vivido em família substituta, por ser a única que a adotanda conhecia, mesmo havendo laços que uniam mãe e filha, a adoção ofereceu melhores condições para seu desenvolvimento integral.

¹⁶⁹ Precedente judicial apresentado pela Relatora do voto em análise: “CIVIL. ADOÇÃO. CONSENTIMENTO DA GENITORA. AUSÊNCIA. DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. PROCEDIMENTO PRÓPRIO. INOBSERVÂNCIA. LEI N. 8.069/90 (ECA), ARTS. 24, 45, § 1.º, 155, 156, 166 E 169. SITUAÇÃO FORTEMENTE CONSOLIDADA NO TEMPO. PRESERVAÇÃO DO BEM ESTAR DO MENOR. MANUTENÇÃO, EXCEPCIONAL, DO *STATUS QUO*. I. A dispensa do consentimento paterno e materno para a adoção de menor somente tem lugar quando os genitores sejam desconhecidos ou quando destituídos do pátrio poder. II. Não se configurando expressa anuência da mãe, esta, para perfazer-se, depende, então, da destituição da genitora, o que se opera mediante ação própria, obedecido o devido processo legal previsto na Lei n. 8.069/90, inservível, para tanto, o aproveitamento de mero requerimento de jurisdição voluntária. III. Caso, todavia, em que a adoção perdura por longo tempo – mais de dez anos – achando-se o menor em excelentes condições, recebendo de seus pais adotivos criação e educação adequadas, como reconhecido expressamente pelo Tribunal estadual e parquet federal, a recomendar, excepcionalmente, a manutenção da situação até aqui favorável à criança, cujo bem-estar constitui o interesse maior de todos e da Justiça. IV. Recurso especial não conhecido. (REsp 100294/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2001, DJ 19/11/2001, p. 276)

Um novo olhar só poderia ser admitido se comprovado que a criança não estava adaptada ao lar substituto e ficaria melhor com a mãe biológica, pois o tempo agiu sobre o processo e revelou situação mais adequada à criança continuar junto da família substituta, em atenção ao seu melhor interesse e direito à convivência familiar, uma vez que a família substituta foi formada com afeto e por amor, sem vislumbrar vantagens materiais, pelo contrário, gerou encargos e despesas aos adotantes – “adoção é doação” –, “é um exercício de amor”, entre adotante(s) e adotado (NUCCI, 2018, p. 60), entende-se, portanto, a adoção como “uma maneira de formar e/ou aumentar uma família e realizar trocas afetivas entre os membros” (WEBER, 2011, p. 26), em busca da felicidade.

Dos argumentos apresentados no voto, restou demonstrado que é a afetividade construída pelo tempo e fortalecida pela afinidade que prevalece nas relações familiares, que o conteúdo do melhor interesse da criança, nos processos de adoção, deve ser estabelecido pela situação fática que se apresenta em cada caso, pois seu principal escopo é conseguir uma família adequada para o desenvolvimento da criança.

Corroborando com o entendimento acima exposto, traz-se o entendimento da “Decisão 03”, que analisa o Agravo Regimental (AgRg) no REsp 1099959¹⁷⁰, relatado pelo Exmo. Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 21/05/2012. Trata-se de Recurso contra decisão em que foi negado, pelo Relator, provimento ao Recurso Especial interposto contra Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no curso da Ação de Adoção como forma de extensão do poder familiar que lhe moveu L. M. S. V. P., em favor da criança R. B. M..¹⁷¹

A petição inicial versa sobre “Ação de Adoção Unilateral cumulada com pedido de Destituição de Poder Familiar” (Art. 148, III, ECA), feita pelo padrasto do adotando, tendo

¹⁷⁰ AgRg no REsp 1099959 (BRASIL, 2012).

¹⁷¹ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. RAZÕES QUE NÃO ALTERAM O ENTENDIMENTO FIRMADO NA DECISÃO AGRAVADA. AÇÃO DE ADOÇÃO UNILATERAL CUMULADA COM PEDIDO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ART. 148, III, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. PRIMAZIA DO INTERESSE DO MENOR. NULIDADE DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DE DEFESA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ABANDONO DO ADOTANDO RECONHECIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 07/STJ. 1. Consoante artigo 148, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, "a Justiça da Infância e da Juventude é competente para conhecer dos pedidos de adoção e seus incidentes". 2. Impossibilidade da anulação do processo por cerceamento de defesa, pois, apesar da intimação dos patronos do genitor para a audiência de oitiva do adotando ter se realizado apenas na véspera do ato, não foi demonstrado o prejuízo. 3. Caso concreto em que não houve alegação de vício a inquirar o depoimento do menor, bem como o consentimento deste ao pedido de adoção foi atestado nos relatórios dos estudos sociais realizados. 4. Reconhecido nas instâncias ordinárias, com base nos fatos e provas dos autos, o abandono do adotando pelo seu genitor, a pretensão de revisão deste entendimento esbarra no óbice da Súmula n.º 07/STJ. Precedentes. 5. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

como resultado o deferimento do “pedido”. O Acórdão em comento relata a tentativa do pai biológico em não perder o poder familiar em relação ao seu filho e, principalmente, manter a filiação. Pelos autos do processo, explícitos no relatório do Exmo. Ministro Relator, Dr. Paulo de Tarso Sanseverino, este entendeu que ficou demonstrada a ausência do pai biológico e a dedicação do padrasto na criação do adotando, corroborado com sua manifestação de vontade de ser adotado pelo adotante.

Nas suas razões, o agravante (pai biológico) reiterou as alegações do seu recurso especial, no sentido da (i) incompetência absoluta da Vara da Infância e da Juventude; (ii) impossibilidade de ser considerado abandonado o filho, que permaneceu na companhia da mãe e irmãos com o consentimento paterno; e (iii) ocorrência de cerceamento de defesa, pois realizada audiência de oitiva do adotando sem sua presença. Assim, Recurso Especial verificou: (i) se havia incompetência absoluta da Vara da Infância e da Juventude para processar e julgar ação de adoção como forma de extensão do poder familiar; (ii) se havia cerceamento do direito de defesa do recorrente, ante sua não participação na audiência de oitiva do adotando, e (iii) a não-demonstração do abandono.

O Relator fundamentou que o primeiro argumento do referido REsp não prosperou em face do art. 148, III do ECA, que prescreve que “a Justiça da Infância e da Juventude é competente para conhecer dos pedidos de adoção e seus incidentes”, e do entendimento jurisprudencial de que “a determinação da competência, em casos de disputa judicial sobre a guarda - ou mesmo a adoção - de infante deve garantir primazia ao melhor interesse da criança, mesmo que isso implique em flexibilização de outras normas” (CC 111.130/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, DJ de 01.02.2011). A segunda alegação, referente ao cerceamento da defesa, também não foi acatada por não haver sido arguido o vício a inquinar o depoimento do adotando, bem como o consentimento deste ao pedido de adoção, que foi atestado nos relatórios dos estudos sociais, realizados na fase ordinária do processo. Por fim, o terceiro ponto verificado, o “abandono do adotando pelo seu genitor”¹⁷², foi reconhecido nas instâncias ordinárias, com base nos fatos e provas dos Autos, e a pretensão de revisão deste

¹⁷² Nos casos em que se verifica o abandono ou desinteresse do genitor, o STJ entende que a falta da citação do pai biológico no processo de adoção não obsta a homologação da sentença estrangeira, conforme os seguintes Acórdãos: SEC 006396/EX, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/10/2014, DJe 06/11/2014; SEC 008600/EX, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/10/2014, DJe 16/10/2014; SEC 007690/EX, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/09/2013, DJe 23/09/2013; SEC 008399/EX, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2013, DJe 12/08/2013; SEC 000259/, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/08/2010, DJe 23/08/20.

entendimento se esbarra no que estabelece a Súmula nº 07/STJ¹⁷³. Assim, o Recurso Especial foi desprovido, sendo concedido o pedido de adoção unilateral na perspectiva do melhor interesse da criança.

O Relator se manifestou no sentido de que ficou constatado que o juízo de primeiro grau, ao julgar procedente a ação, considerou não apenas a anuência do adotando manifestada na sua oitiva, mas também as provas constantes dos autos, especialmente os relatórios dos estudos sociais realizados, que demonstraram o consentimento do adotando ao pedido, uma vez que reconhece no “padrasto” seu verdadeiro pai, tendo consciência acerca do fato do nome do pai biológico não constar de seu assento de nascimento, estando ansioso para que o feito se concretize e já tendo ele próprio escolhido o nome que irá usar.

O comentário¹⁷⁴ que se faz, resultante da análise do voto em apreço, é no sentido de qual é o entendimento mais adequado em atenção ao “melhor interesse da criança”: ser adotado pelo padrasto ou permanecer filho de seu pai biológico? Nesse sentido, toda legislação (internacional¹⁷⁵ e nacional¹⁷⁶) e jurisprudência¹⁷⁷ vigente, que regula as relações jurídicas de criança, estabelecem a observância da garantia do seu melhor interesse, que no caso em análise foi declaradamente usado e o Relator decidiu pela “concessão da adoção unilateral”¹⁷⁸.

Como resultado da análise, traz-se o entendimento da pesquisa referente a este acórdão em relação aos fundamentos do Relator, aos precedentes citados e à evolução jurisprudencial

¹⁷³ “A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.” (VERBETES STJ, 2020, não paginado).

¹⁷⁴ Para Monebhurrin (2015, p. 94) o comentário “é apenas um artigo sobre um caso”; no caso desta tese é uma reflexão feita sobre a decisão num caso de adoção sob a perspectiva do melhor interesse da criança e o seu direito à convivência familiar.

¹⁷⁵ A exemplo do art. 3º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança/1989, que contempla o princípio do “melhor interesse da criança” ao estabelecer que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o **interesse maior da criança**” (grifo nosso); também a Convenção da Haia de 1993 (CH/93), em seu preâmbulo: “Convencidos da necessidade de prever medidas para garantir que as adoções internacionais sejam feitas no **interesse superior da criança** e com respeito a seus direitos fundamentais, [...]” (grifo meu); e no art. 1, alínea *a* da CH/93: “Art. 1. A presente Convenção tem por objetivo: *a*) estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam feitas segundo o **interesse superior da criança** e com respeito aos direitos fundamentais que lhe reconhece o direito internacional” (grifo meu). Estes tratados internacionais foram ratificados pelo Brasil e inseridos no ECA.

¹⁷⁶ A exemplo da Constituição Federal de 1988, art. 227; e da Lei nº 8.069/90 (ECA), que expressa a salvaguarda da prioridade absoluta e o melhor interesse da criança, destacando sua situação peculiar de pessoa em desenvolvimento, conforme art. 43, que preceitua que “a adoção será deferida quando apresentar **reais vantagens** para o adotando e fundar-se em motivos legítimos” (grifo nosso).

¹⁷⁷ CC 54084/PR, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, Segunda Seção, DJ de 06/11/2006, p. 299; CC 111.130/SC, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Segunda Seção, DJ de 01.02.2011; REsp 245657, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, DJ de 23/06/2003, p. 373; REsp 275.568/RJ, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, Terceira Turma, DJ de 09/08/2004, p. 267.

¹⁷⁸ Conclui o Relator que “Restou provado nas instâncias ordinárias de que houve o abandono do adotando pelo genitor”, mas que “rever as conclusões demandaria o reexame de fatos e provas dos autos, conduta vedada a esta Corte Superior pelo enunciado da Súmula n. 07/STJ”. Diante dos argumentos apresentados, foi **negado** provimento ao Agravo Regimental.

do “melhor interesse da criança”. Pelo ECA, o “melhor interesse da criança” é ser criada no seio de sua família natural, mas o princípio da prevalência da família natural não deve afastar o princípio maior que regulamenta a adoção, qual seja, o do bem-estar ou do “melhor interesse da criança”. Neste caso em análise, ficou comprovado que o pai abandonou o filho e o filho se sentiu abandonado, quando o pai se separou da mãe e foi residir em outra cidade, embora a criança continuasse tendo contato com a família paterna em virtude de seus pais serem primos. O adotando manifesta sua vontade de ser adotado para ter o nome do pai afetivo. O pai biológico não quer dá-lo em adoção, pois quando ele contesta a ação de adoção, demonstra que o filho não lhe é indiferente, mas o deixou com a mãe, sem dar-lhe qualquer atenção durante anos, portanto, não exerceu poder familiar e não cumpriu as obrigações que decorrem dele, ensejando fundamento para destituição do seu poder familiar¹⁷⁹, pois a paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico.

Em relação à adoção, ao direito à convivência familiar e ao melhor interesse da criança, entendeu-se adequado o fundamento do Relator quando argumenta, em seu voto, que o acórdão recorrido deve ser mantido por seus próprios fundamentos, restando estar “comprovado o descumprimento das obrigações decorrentes do poder familiar” por parte do pai biológico, consoante o disposto no art. 1.634 do Código Civil e no art. 22 do ECA, “bem como a existência de vínculo entre adotante e adotado e as reais vantagens que a adoção representa a este”. A decisão demonstra a evolução do direito à convivência familiar quando reconhece a importância da filiação socioafetiva estabelecida entre o padrasto e o enteado, que denota o cuidado daquele por este, proporcionando-lhe uma convivência estável, com genitores atentos ao seu desenvolvimento, como membro da unidade familiar.

Consolidando o entendimento de que deve prevalecer o melhor interesse da criança, e não dos pais biológicos, traz-se, também, a análise da “Decisão 04”¹⁸⁰, referente à Medida

¹⁷⁹ Foi decretada a perda do poder familiar do pai, nos moldes do art. 1.638 do novo Código Civil, entendendo que o seu consentimento no processo de adoção é dispensado, conforme disposto no art. 45, § 1º, do ECA.

¹⁸⁰ Medida Cautelar (MC) 20264, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva; DJe 03/06/2013.

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. MEDIDA EXCEPCIONAL. AFASTAMENTO DAS SÚMULAS Nº 634 E Nº 635 DO STF. PRECEDENTES. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA MEDIDA DE URGÊNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA. AÇÃO DE ADOÇÃO CUMULADA COM PEDIDO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. REVOGAÇÃO ABRUPTA DA PRORROGAÇÃO DA GUARDA PROVISÓRIA DEFERIDA AOS PAIS ADOTIVOS DESDE O TERCEIRO DIA DE VIDA DA MENOR. **INTERESSE DA CRIANÇA QUE DEVE SER PROTEGIDA DE SUCESSIVAS MUDANÇAS DE LAR.** INERENTE PREJUÍZO EMOCIONAL IMPUTADO AO MENOR. 1. A competência do Superior Tribunal de Justiça para a apreciação de medida cautelar, objetivando concessão de efeito suspensivo a recurso especial, instaura-se após ultrapassado o juízo de admissibilidade, a cargo do tribunal de origem. 2. A atribuição, em caráter excepcional, de efeito suspensivo a recurso especial, pendente de juízo de admissibilidade, depende da presença cumulativa dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, aliados à teratologia ou à manifesta ilegalidade da decisão. 3. A

Cautelar (MC), com pedido de liminar, ajuizada por M. P. de A. C. e M. A. dos S. D. (adotantes), objetivando a concessão de efeito suspensivo a Recurso Especial, interposto em 1º de novembro de 2012, que estava pendente de exame de admissibilidade pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ).

O problema jurídico do Acórdão em análise é alusivo a uma situação de alteração de guarda de criança numa “Ação de Adoção c/c destituição do poder familiar”, onde os adotantes estavam com a guarda do adotando desde seu terceiro dia de nascido e o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro (Tribunal de origem), em desfavor do pedido deferido aos adotantes (pelo juízo singular), referente à prorrogação da guarda provisória da adotanda (art. 33, § 1º do ECA), pelo prazo de 120 dias, concedeu “provimento ao recurso” dos pais biológicos, via decisão de agravo de instrumento, sob alegação que “a prorrogação da guarda lhes causaria grave lesão porque impediria a sua convivência com a filha, devendo ser observado o direito de ser criada no seio da sua família natural” (art. 19 do ECA).

Os requerentes do pedido de adoção opuseram embargos de declaração com a finalidade de prequestionamento de dispositivos legais, os quais foram rejeitados. Inconformados, interpuseram Recurso Especial (REsp), no qual sustentam, além de dissídio jurisprudencial, violação dos art. 535, 247, 248 e 527, III e V, do CPC, em virtude do “cerceamento de defesa”, por não ter sido dada a oportunidade do contraditório, no sentido de rebater os argumentos constantes do agravo e, sobretudo, expor sua versão dos fatos. Estando este pendente de admissibilidade pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), foi ajuizada a Medida Cautelar pelos adotantes, objeto desta análise, na qual os requerentes buscaram a concessão da medida *initio litis*, a fim de atribuir efeito suspensivo ao referido REsp, pleiteando em relação aos efeitos do acórdão recorrido que determinou, com fundamento no art. 19 do ECA, a retirada da criança, atualmente com quase dois anos de idade, que vive desde o terceiro dia de vida com os adotantes, para sua entrega aos pais biológicos; para tanto, embasaram o *fumus boni iuris* na plausibilidade jurídica das alegações postas no REsp (não foi dada a oportunidade do contraditório) e o *periculum in mora* aduzindo a iminência do

verificação dos requisitos autorizadores da concessão da medida cautelar está relacionada diretamente com a probabilidade de êxito do recurso especial, de modo que conveniente o exame da viabilidade do apelo extremo, ainda que de modo superficial. 4. No caso dos autos, em um exame perfunctório, constata-se a plausibilidade jurídica do recurso especial, porquanto manifesta a possibilidade de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa e **evidenciada a iminência do cumprimento do mandado de execução do julgado que determinou a entrega da menor aos pais biológicos sem a oitiva da família substituta.** 5. **Hipótese em que o menor deve ser protegido de sucessivas trocas de guarda e mudanças de lar que podem acarretar prejuízos a sua saúde e estabilidade emocional.** 6. Medida cautelar procedente (BRASIL, 2013, grifo nosso).

cumprimento da decisão judicial (a entrega da criança aos pais biológicos), pois só mediante tal argumento justifica-se o afastamento das Súmulas nº 634 e 635 do STF¹⁸¹.

O Relator, Exmo. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, entendeu o pedido de adoção c/c destituição do poder familiar ser legítimo em face da mãe biológica ter entregado sua filha para os adotantes, desde o seu terceiro dia de vida (art. 45 do ECA), embora a resistência do juízo singular (juiz, equipe multidisciplinar e Ministério Público) com a adoção *intuitu personae*¹⁸², em virtude do Cadastro Nacional de Adoção (art. 50 do ECA). Acontece que, hodiernamente, a relação familiar está embasada na “socioafetividade” e a legislação pátria não impede que os pais escolham quem querem que crie seu filho.

A celeuma que levou à medida cautelar, se estabeleceu quando a mãe biológica se arrependeu de ter dado a filha e, juntamente com o pai, a quis de volta para ser criada no seio de sua família natural ao lado de seu irmão mais velho, estando amparada pelo art. 19 do ECA. Acontece que foi dado, em juízo preliminar, a prorrogação da guarda para os adotantes, a qual foi modificada pela decisão obtida pelos pais, via Agravo de Instrumento, que acatou o pedido de entrega da adotanda aos pais biológicos, mas os adotantes, inconformados, recorreram por não terem sido intimados para se defenderem, ou seja, não tiveram a oportunidade de rebater “os argumentos constantes do agravo” expondo sua versão dos fatos, em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Também, levando em consideração que para a criança seus pais eram os adotantes, pois, até então, só havia tido relação familiar de filiação com estes.

O voto do Relator abordou todas essas questões e reconheceu o cerceamento de defesa dos adotantes, percebendo que a criança deve permanecer na guarda destes, pois trata-se de uma questão formal que coincide com o melhor interesse da criança em permanecer com a família substituta até a decisão final do pedido de adoção, no sentido de evitar “sucessivas mudanças de lar” (art. 39, § 3º do ECA).¹⁸³ A decisão, portanto, se fundamenta na negação do princípio

¹⁸¹ Súmula 634/STF - Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.

Súmula 635/STF - Cabe ao presidente do tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

¹⁸² Sobre a temática da adoção *intuitu personae*, interessante, ver tese de doutorado de Suely Mitie Kusano, orientada pela Professora Doutora Maria Helena Diniz, em 2006, na PUC/SP. Também o artigo **Adoção Intuitu Personae**, publicado em 2017, pelo advogado Bento Pucci Neto.

¹⁸³ O Relator conclui o seu voto assim se expressando: “Por oportuno, consigne-se que **a adoção não existe apenas para promover a satisfação do interesse do adotante, mas visa, sobretudo, à constituição de família substituta ao menor**, com intuito de possibilitar seu desenvolvimento como ser humano. Assim, tendo o provimento cautelar por escopo o resguardo do resultado útil do processo, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, impõe-se o deferimento do pedido até o julgamento do recurso especial pendente de admissibilidade. Ante o exposto, julgo procedente a medida cautelar, mantendo íntegra a medida liminar

do contraditório e ampla defesa, em razão do cerceamento da defesa, e no melhor interesse da criança, no que tange à entrega da adotanda aos pais biológicos antes da decisão final do processo sobre o pedido de adoção.

Como a problemática desta pesquisa é referente ao direito à convivência familiar e ao melhor interesse da criança, no sentido de identificar a evolução jurisprudencial do melhor interesse da criança em casos de adoção, neste caso, faz-se referência aos argumentos apresentados no voto em relação aos precedentes indicados, demonstrando a prevalência do melhor interesse no caso concreto¹⁸⁴, no que diz respeito a retirar a guarda da criança dos adotantes sem ouvir suas razões, admitindo a “busca e apreensão de criança” para entregá-la aos pais biológicos, antes de sentença transitada em julgado da adoção, uma vez que tal fato poderia causar danos irreparáveis à criança, que tem como sua a família adotiva, pois nunca conviveu com os genitores. Corroborando com tal posicionamento, o Relator consignou “que a adoção não existe apenas para promover a satisfação do interesse do adotante, mas visa, sobretudo, à constituição de família substituta ao menor, com intuito de possibilitar seu desenvolvimento como ser humano”, e apresentou o entendimento doutrinário assim exposto, *in verbis*:

O Judiciário não pode ignorar as mudanças do comportamento humano no campo do direito de família. O fetichismo das normas há de ceder à justiça do caso concreto, quando o juiz tem que optar entre o formalismo das regras jurídicas e a realização humana e mais socialmente útil do direito. Na dúvida, há sempre que escolher a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. Nesse dilema entre privilegiar a verdade biológica e a sócio-afetiva, ainda que sobre aquela não paire quaisquer dúvidas em razão do exame de DNA, é possível

deferida, para suspender a execução provisória do acórdão proferido pelo tribunal de origem, conforme requerido.”

¹⁸⁴ Nas palavras do Relator: “Por outro lado, o interesse do menor deve prevalecer no caso concreto, como se afere do seguinte julgado: "PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR VISANDO A ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. ANULAÇÃO DE REGISTRO. PERDA DO PODER FAMILIAR. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A medida cautelar que busca emprestar efeito suspensivo a recurso especial, de regra, só poderá ser apreciada se houver prévio juízo de admissibilidade do recurso especial, pelo Tribunal de origem. 2. Excepcionalmente, porém, é possível sua análise pelo STJ sempre que se constate a concomitante existência de uma decisão manifestamente ilegal, a plausibilidade do recurso especial e a existência de evidente risco de perecimento do direito pleiteado, em decorrência da natural demora do curso normal do recurso especial. 3. Salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, não se pode conceber que o acolhimento institucional ou acolhimento familiar temporário, em detrimento da manutenção da criança no lar que tem como seu, traduza-se como o melhor interesse do infante. 4. **Ressalvada a existência de situações de evidente risco para os menores, nos processos em que haja disputa pela custódia física de uma criança, devem ser evitadas determinações judiciais de alterações de guarda e, conseqüentemente, de residência das crianças ou adolescentes, para preservá-las dos fluxos e refluxos processuais.** 5. Agravo na medida cautelar provido, para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto pelos agravantes, com determinação de imediata busca e apreensão de L.V.M., e sua restituição ao lar do agravante" (AgRg na MC nº 18.329/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 28/11/2011 - grifou-se).”

ficar com a segunda em detrimento da primeira. Para isso, não é necessário grande esforço de raciocínio, mas uma **simples ponderação teleológica, segundo a qual, da aplicação do direito, não deve resultar injustiças** (CAMBI, 2003, p. 87, grifo nosso).

Tais argumentos estão em consonância com a flexibilidade atribuída ao ECA, quando se trata do melhor interesse da criança, reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) via decisões: CC 111,130-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 8/9/2010; REsp 1.545.959-SC, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, por maioria, julgado em 6/6/2017, DJe 1/8/2017. Respalado nestas decisões, o Superior Tribunal de Justiça traz jurisprudência formada no sentido de que o “acolhimento institucional ou familiar temporário não representa o melhor interesse da criança mesmo nos casos de adoção irregular ou ‘à brasileira’, salvo quando há evidente risco à integridade física ou psíquica do menor”¹⁸⁵.

Diante da prevalência do “princípio do melhor interesse da criança”, entende-se que neste caso analisado, a criança deve permanecer no lar em que está até o final da lide, mas que os pais biológicos poderiam exercer o direito de visitas previsto no § 4º, do art. 33, do ECA, em razão da importância da convivência para a infante, uma vez que as ações realizadas para a proteção integral da criança devem ser norteadas seguindo o princípio do seu melhor interesse, que deve ser avaliado considerando cada caso concreto, pois a natureza desse princípio é abrangente e indeterminada e, neste caso, correspondeu à Terceira Turma do STJ analisar os fatos, no sentido da prevalência sempre à melhor situação para a criança (*vide* art. 100, IV do ECA – “interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto”).

Na análise da “Decisão 06”¹⁸⁶, referente ao Recurso Especial (REsp)¹⁸⁷, interposto por M. M. C., fundamentado no art. 105, III, *a e c* da Constituição Federal de 1988 (CF/88), contra

¹⁸⁵ *Vide: Acórdãos* – HC 298009/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 04/09/2014; HC 294729/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 07/08/2014, DJe 29/08/2014; HC 265771/SC, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014; HC 279059/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/12/2013, DJe 28/02/2014. *Decisões Monocráticas* - MC 022118/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 12/12/2013, publicado em 16/12/2013; HC 268943/SP, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Terceira Turma, julgado em 26/04/2013, publicado em 30/04/2013. Estas informações foram encontradas no *site* do STJ, compilado em “Jurisprudências em Teses”.

¹⁸⁶ REsp 1444747; Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA; DJe 23/03/2015; Decisão: 17/03/2015. (BRASIL, 2015).

¹⁸⁷ **EMENTA:** RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 45 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DEMONSTRADA COM O ADOTANTE. MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO. DESNECESSIDADE DO CONSENTIMENTO DO PAI BIOLÓGICO. 1. Cinge-se a controvérsia a definir a

Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), que relata caso semelhante à “Decisão 03”¹⁸⁸.

O “problema jurídico” apresentado refere-se à controvérsia em definir a possibilidade de ser afastado (ou não) o requisito do consentimento do pai biológico em caso de adoção de filho maior por adotante com quem já está firmada a paternidade socioafetiva, art. 45 do ECA e 1.625 do CC. No direito discutido, desde a propositura da ação, está a defesa de interesse individual e disponível de pessoa plenamente capaz, que não depende do consentimento dos pais ou do representante legal para exercer sua autonomia de vontade.

O Relator iniciou seu voto, afirmando que o Recurso não merecia provimento, que se tratava de controvérsia sobre a possibilidade ou não de ser afastado o requisito do consentimento (art. 45 do ECA)¹⁸⁹ do pai biológico em caso de adoção de filho maior por adotante com quem já tem firmada a paternidade socioafetiva; que, em análise ao mérito, o Recorrente trouxe artigo do Código Civil revogado, como é o caso do art. 1.621, que foi revogado pela nova lei da adoção (Lei nº 12.010/2009), incorporada pelo ECA, que passou a reger o caso concreto em análise, como se verifica do art. 1.619, cuja redação estabelece: “A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente”. Assim, o Recorrente alegou violação do artigo 1.621 do CC e do artigo 45 do ECA, pois seria indispensável para a adoção o consentimento de ambos os pais biológicos, mesmo quando um deles exerce sozinho o poder familiar que, no caso, por se tratar de pessoa capaz, os genitores não exercem o poder familiar sobre o adotando.

possibilidade de ser afastado o requisito do consentimento do pai biológico em caso de adoção de filho maior por adotante com quem já firmada a paternidade socioafetiva. 2. O ECA deve ser interpretado sob o prisma do melhor interesse do adotando, destinatário e maior interessado da proteção legal. 3. A realidade dos autos, insindicável nesta instância especial, explicita que o pai biológico está afastado do filho por mais de 12 (doze) anos, o que permitiu o estreitamento de laços com o pai socioafetivo, que o criou desde tenra idade. 4. O direito discutido envolve a defesa de interesse individual e disponível de pessoa maior e plenamente capaz, que não depende do consentimento dos pais ou do representante legal para exercer sua autonomia de vontade. 5. O ordenamento jurídico pátrio autoriza a adoção de maiores pela via judicial quando constituir efetivo benefício para o adotando (art. 1.625 do Código Civil). 6. Estabelecida uma relação jurídica paterno-filial (vínculo afetivo), a adoção de pessoa maior não pode ser refutada sem justa causa pelo pai biológico, em especial quando existente manifestação livre de vontade de quem pretende adotar e de quem pode ser adotado. 7. Recurso especial não provido.

¹⁸⁸ AgRg no REsp 1099959. (BRASIL, 2012).

¹⁸⁹ Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

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

Entende-se que, ao apontar a violação do art. 45 do ECA, o Recorrente desconsiderou a idade do seu filho, que é pessoa plenamente capaz para todos os atos da vida civil, como também deixou de ponderar que a lei estatutária deve ser interpretada sob o prisma do melhor interesse do adotando que, no caso em análise, quer ser adotado por seu padrasto, com o qual tem laços afetivos. Já com o pai biológico, foi ao contrário, pois este se afastou por mais de doze anos e nunca desempenhou a função paternal.

O Relator menciona a fundamentação do acórdão recorrido quanto à prescindibilidade do consentimento do pai biológico para a adoção do filho maior:

[...] as provas colhidas durante a instrução, em especial, o depoimento pessoal do apelante (fls. 247), demonstram que, embora o ordenamento jurídico lhe proporcionasse os meios necessários para que pudesse manter o convívio familiar com seu filho, o apelante preferiu permanecer afastado, tendo em vista que expressamente declarou que 'não tinha condições financeiras nem psicológicas de buscar regulamentação ou execução da regulamentação de visitas', bem como que 'sequer passava pela cabeça do depoente entrar com ação para resguardar seus direitos de visita'. Acrescente-se que, mesmo tendo localizado seu filho nas redes sociais, o apelante não demonstrou qualquer interesse em promover um encontro pessoal com seu filho, tendo afirmado que 'nos contatos via *internet*, disponibilizou seu telefone, mas não chegou a marcar encontro com o V.'. O fato é que o último contato pessoal que o apelante manteve com seu filho ocorreu quando V. contava com idade entre seis (06) a sete (07) anos, sendo certo que, quando do ajuizamento da presente demanda, o adotando contava com quase dezenove (19), anos de idade, isto é, transcorreram-se mais de doze (12) anos sem que o apelante tenha exercido qualquer dos deveres inerentes à paternidade, papel este que foi exercido, conforme demonstrado nos autos, pelo adotante, a quem o adotando reconhece como sendo seu pai [...]. À toda evidência, a verdade biológica impõe a paternidade, mas a verdade sociológica constrói, paulatinamente, a paternidade. A relação entre pais e filhos não se esclarece apenas na descendência genética, mas, sim, e preponderantemente, na relação socioafetiva, que supre o indivíduo em suas necessidades elementares de alimentação, lazer, educação, sem desconsiderar o afeto e o amor. E esta realidade que se encontra evidenciada no vínculo socioafetivo, estabelecido entre o adotante e o adotado, e que não pode ser negligenciada pelo Poder Judiciário em nome de uma relação de parentesco consubstanciada apenas na paternidade registral [...].

Nesse lamiré, pode-se dizer que a decisão se pautou no melhor interesse do adotando. O Relator faz uma interpretação teleológica do art. 48 do ECA¹⁹⁰ no sentido de que se é “possível ao filho maior buscar suas origens biológicas, também impõe-se reconhecer o direito de afastá-las por definitivo, por meio de adoção quando atingida a maioridade”, consagrando a “socioafetividade”, realidade fática comprovada pelas instâncias ordinárias. Nas contrarrazões, o adotante argumentou que criou o adotando, como se filho fosse, desde os 2 anos de idade, período em que o pai biológico não se interessou pelo filho, nem nunca pagou um centavo de

¹⁹⁰ Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

pensão alimentícia, foi e continua ausente e distante, mas que, por outro lado, a vida deu oportunidades para que se estabelecesse a filiação socioafetiva, construída ao longo dos anos, que se trata de uma situação real consolidada.

Em entendimento pertinente, o Relator, argumentou que o “direito discutido envolve a defesa de interesse individual e disponível de pessoa maior e plenamente capaz”, e que como previsto na legislação pátria, o poder familiar se extinguiu pela maioria (art. 1.635 do CC), pois “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores” (art. 1.630 do CC); que “o maior de 18 anos não depende mais do consentimento dos pais ou do representante legal para exercer sua autonomia de vontade, logo, a toda evidência, não se aplica o art. 45, § 1º, do ECA na espécie”; que em relação “à adoção de pessoa adulta, entendendo-se desnecessário o consentimento dos pais, é absolutamente necessária a citação deles, com o fito de precaver eventual interesse jurídico, citando Farias e Rosenvald (2013, p. 1.061). Trouxe, também o entendimento doutrinário referente à “prescindibilidade do consentimento do pai registral devidamente citado”, externado por Maria Berenice Dias:

[...] A adoção de maiores nunca foi proibida [...]. No que concerne à adoção de adultos, limita-se o Código Civil a exigir a assistência efetiva do poder público, o que torna necessária a via judicial, aplicando-se no que couber, as regras do ECA (CC 1.619). Ainda assim, mister reconhecer que é desnecessário estágio de convivência. Como se trata de direito personalíssimo, que diz com o estado da pessoa, indispensável a inequívoca manifestação de vontade de adotante e de adotado [...] Dúvidas há sobre a necessidade de consentimento dos pais. As posições são contraditórias. No entanto, é imperativo, senão o consentimento, ao menos a citação dos pais registrais. Mesmo que não precisem consentir, os pais biológicos devem ser citados, pois a sentença terá profunda ingerência nas suas vidas. Perdem eles a relação paterno-filial, que, às claras, não se esgota com a extinção desarrazoada a 'perda' de um filho sem sequer tomar conhecimento de tal fato. De outro lado, como se trata de ação relativa ao estado de uma pessoa, para a sentença produzir coisa julgada com relação a terceiros é indispensável a citação de todos os interessados como litisconsortes necessários (CPC 472) (DIAS, 2011, p. 504-505).

É de total coerência tal entendimento, pois o pai deve ter, no mínimo, o direito de saber que seu filho biológico não o quer mais como pai, e que esta decisão irá surtir efeitos jurídicos, então, como parte diretamente interessada no processo, deve ser citado. Conforme o voto do Relator, a irresignação do Recorrente não encontrou respaldo na jurisprudência do STJ, “que já decidiu em hipóteses análogas pela possibilidade de dispensa do consentimento sem prévia destituição do poder familiar quando constatada uma situação de fato consolidada no tempo que seja favorável ao adotando”¹⁹¹.

¹⁹¹ Precedentes citados pelo Relator: DIREITO CIVIL. ADOÇÃO. 1. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 45 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NÃO OCORRÊNCIA. AQUIESCÊNCIA DEMONSTRADA POR TERMO ASSINADO PELA MÃE BIOLÓGICA

Na análise do voto, verificou-se que desde o início do processo ficou demonstrado o abandono do adotando pelo seu genitor, não merecendo acolhida a sua oposição à adoção de seu filho biológico, uma vez que enquanto pai renunciou ao seu poder familiar quando abandonou o filho, deixando-o aos cuidados da genitora, havendo, assim, a “extinção fática do poder familiar, à luz do devido processo legal e do melhor interesse do adotando”. Nesse viés se posicionou o Relator, “Com efeito, a adoção de maiores, admitida sempre pela via judicial, deve ser permitida quando constituir efetivo benefício para o adotando (art. 1.625 do Código Civil), como no caso dos autos”¹⁹².

O voto foi finalizado no sentido de negar provimento ao Recurso Especial, pois havendo um vínculo afetivo, que resulta numa relação jurídica paterno-filial, a adoção de pessoa capaz não pode ser negada sem justa causa apresentada pelo pai biológico, em especial, quando existente livre manifestação de vontade de quem pretende adotar e de quem pode ser adotado.

CORROBORADO PELAS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. 2. LONGO CONVÍVIO DA ADOTANDA COM A FAMÍLIA SUBSTITUTA. MELHOR INTERESSE DA MENOR. 3. RECURSO IMPROVIDO. 1. São nobres os propósitos do art. 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente, notadamente diante dos noticiados casos de venda e tráfico de crianças. De fato, o consentimento dos pais biológicos do adotando encerra segurança jurídica ao procedimento legal de adoção. Sucede, entretanto, que o desate de controvérsias como a presente reclama a definição, diante do quadro fático apresentado, de qual solução atenderá o melhor interesse da criança, real destinatária das leis e da atuação do Poder Judiciário. [...] 3. Com efeito, no confronto das formalidades legais com os vínculos de afeto criados entre os adotantes e a infante, os últimos devem sempre prevalecer. Diante dessas considerações, declarar a nulidade do processo de adoção, notadamente diante dos elementos de prova coletados durante a instrução do feito - termo de anuência apresentado pela mãe biológica, depoimentos das testemunhas, relatório social e situação de fato estabelecida há aproximadamente 13 (treze) anos -, postergando sem justificativa a regularização da situação da infante, não condiz com os objetivos do Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. Recurso especial a que se nega provimento (REsp 1.423.640/CE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 13/11/2014). HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA PROFERIDA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ADOÇÃO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO NO PROCESSO ALIENÍGENA E QUE, ATUALMENTE, SE ENCONTRA EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. SITUAÇÃO DE FATO QUE JÁ PERDURA HÁ MAIS DE DEZ ANOS. [...] 3. Na mesma linha, não obsta à homologação da sentença estrangeira a falta de citação do pai biológico para responder ao processo de adoção de pessoa que atingiu a maioridade, mormente quando a filha, a própria requerente da homologação, pretende a regularização de sua situação de fato. Ademais, não há necessidade de consentimento do pai para a adoção, sendo que a filha já adquiriu a nacionalidade americana e, principalmente, vem sendo criada em ótimas condições pelo seu pai adotivo (brasileiro residente nos Estados Unidos) há mais de dez anos. Além disso, no processo de homologação, constatou-se ser desconhecido o paradeiro do pai, que, não obstante os ofícios encaminhados à Receita Federal e à Justiça Eleitoral, não foi localizado. [...] 5. Homologação da sentença estrangeira deferida (SEC 6.396/EX, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/10/2014, DJe 06/11/2014).

CIVIL. ADOÇÃO. VÍCIO NO CONSENTIMENTO DA GENITORA. BOA-FÉ DOS ADOTANTES. LONGO CONVÍVIO DA ADOTANDA COM OS ADOTANTES. PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. (REsp 1.199.465/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 21/06/2011).

¹⁹² Com tal afirmação, trouxe a seguinte decisão: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO DE MAIOR DE DEZOITO ANOS. MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA. CÓDIGO CIVIL DE 2002. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PROCESSO JUDICIAL E SENTENÇA CONSTITUTIVA. 1. Na vigência do Código Civil de 2002, é indispensável o processo judicial, mesmo para a adoção de maiores de dezoito (18) anos, não sendo possível realizar o ato por intermédio de escritura pública. 2. Recurso especial provido (REsp 703.362/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 08/06/2010).

O voto apresentou fundamentação legal, jurisprudencial e doutrinária pertinente, demonstrando a importância da aplicação do melhor interesse do adotando em casos de adoção, como também o valor da convivência familiar, com amor e cuidado, para a proteção integral da pessoa em desenvolvimento.

A decisão a seguir analisada, mais uma vez robustece o entendimento do STJ na aplicação do princípio do melhor interesse da criança em detrimento do pai biológico. A “Decisão 08”¹⁹³ trata de Recurso Especial interposto por A. I. K., fundamentado nas alíneas *a* e *c* do art. 105 da CF/88, contra Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que negou provimento à apelação que interpusera. A controvérsia ficou restrita a ser definido se é possível flexibilizar o preceito do art. 39, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que atribui caráter irrevogável ao ato de adoção, em virtude do enfraquecimento do vínculo afetivo firmado entre adotado e adotante.¹⁹⁴

A demanda judicial teve início com pedido de revogação da adoção do Recorrente pelo padrasto, cujo pai é falecido. O autor do pedido argumenta que voltou, após um ano da sua adoção, à cidade de origem de seu pai biológico, onde passou a conviver com sua avó e com os demais membros da família do genitor, circunstâncias que o afastaram do adotante, extinguindo o vínculo afetivo existente entre ambos. A petição inicial foi acompanhada das declarações da mãe e do pai adotivo, concordando com a revogação requerida.

¹⁹³ REsp 1545959; (ACÓRDÃO) Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (voto vencido), R.P/ACÓRDÃO: MINISTRA NANCY ANDRIGHI (voto-vista divergente do voto do Sr. Ministro-Relator); DJe 01/08/2017; RSDF vol. 103 p. 16. Decisão: 06/06/2017 (BRASIL, 2017).

¹⁹⁴ **EMENTA** – PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO UNILATERAL. REVOGAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. A adoção unilateral, ou adoção por cônjuge, é espécie do gênero adoção, que se distingue das demais, principalmente pela ausência de ruptura total entre o adotado e os pais biológicos, porquanto um deles permanece exercendo o Poder Familiar sobre o menor, que será, após a adoção, compartilhado com o cônjuge adotante. 2. Nesse tipo de adoção, que ocorre quando um dos ascendentes biológicos faleceu, foi destituído do Poder Familiar, ou é desconhecido, não há consulta ao grupo familiar estendido do ascendente ausente, cabendo tão-só ao cônjuge supérstite decidir sobre a conveniência, ou não, da adoção do filho pelo seu novo cônjuge/companheiro. 3. Embora não se olvide haver inúmeras adoções dessa natureza positivas, mormente quando há ascendente - usualmente o pai - desconhecidos, a adoção unilateral feita após o óbito de ascendente, com o conseqüente rompimento formal entre o adotado e parte de seu ramo biológico, por vezes, impõe demasiado sacrifício ao adotado. 4. Diante desse cenário, e sabendo-se que a norma que proíbe a revogação da adoção é, indistintamente, de proteção ao menor adotado, não pode esse comando legal ser usado em descompasso com seus fins teleológicos, devendo se ponderar sobre o acerto de sua utilização, quando reconhecidamente prejudique o adotado. 5. Na hipótese sob exame, a desvinculação legal entre o adotado e o ramo familiar de seu pai biológico, não teve o condão de romper os laços familiares preexistentes, colocando o adotado em um limbo familiar, no qual convivia intimamente com os parentes de seu pai biológico, mas estava atado, legalmente, ao núcleo familiar de seu pai adotivo. 6. Nessas circunstâncias, e em outras correlatas, deve preponderar o melhor interesse da criança e do adolescente, que tem o peso principiológico necessário para impedir a aplicação de regramento claramente desfavorável ao adotado - *in casu*, a vedação da revogação da adoção - cancelando-se, assim, a adoção unilateral anteriormente estabelecida. 7. Recurso provido para, desde já permitir ao recorrente o restabelecimento do seu vínculo paterno-biológico, cancelando-se, para todos os efeitos legais, o deferimento do pedido de adoção feito em relação ao recorrente.

O Recorrente interpôs Embargos de Declaração, que foram rejeitados. No Recurso Especial, ele argumentou a violação dos artigos 332, 333 e 535 do CPC/73 e art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), além de divergência jurisprudencial. Ele pugnou pelo reconhecimento de omissão no Acórdão recorrido ou, no mérito, pelo afastamento da extinção do processo, sem resolução de mérito, com seu retorno à origem, para regular processamento.

O Relator, Exmo. Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em seu voto, negou provimento ao Recurso Especial, argumentando que a adoção em análise foi um ato jurídico perfeito (art. 6º da LINDB), lastrada no melhor interesse do infante, onde houve o consentimento da mãe biológica, do adotante e do adotado, bem como reconhecida em sentença transitada em julgado; também fundamentou seu voto na irrevogabilidade da adoção, estabelecida no art. 39, § 1º, do ECA, cuja justificativa está “voltada a concretizar as garantias perpétuas do vínculo de filiação, preservando a dignidade dos envolvidos e, simultaneamente, o tratamento igualitário entre os filhos e o direito à convivência familiar, preceitos preconizados pela Constituição, sem nenhuma distinção quanto à origem da família”.

O voto-vista da Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi iniciou aderindo, parcialmente, ao posicionamento do Ministro Relator, em relação à alegada violação do art. 535 do CPC/73¹⁹⁵ e, também, quanto à apontada divergência jurisprudencial, por não as entender configuradas na hipótese. Em sentido diverso, no que diz respeito ao mérito, conquanto o Recorrente tenha pleiteado o afastamento da decisão pela extinção do processo, sem julgamento do mérito, assim como que o feito fosse enviado à instância ordinária para processamento regular, entendeu a Sra. Ministra que o “debate” devia ser solucionado no STJ, pois os graus ordinários já haviam apresentado seus posicionamentos/decisões sobre o pedido inicial, como também por não haver necessidade de rever a matéria fática. Nesse viés, arguiu que “o propósito recursal fica circunscrito a dizer se, uma vez perfectibilizada a adoção unilateral prevista no artigo 41, § 1º, do ECA, pode o filho adotado, após a maioridade, enjeitar a adoção e pretender sua revogação/anulação judicial”.

Em análise aos votos, que resultaram no Acórdão vencedor do Recurso Especial, constatou-se o reconhecimento da flexibilização da norma estatutária sob a justificativa do superior interesse da criança, pois o art. 39, § 1º do ECA¹⁹⁶ estabelece a irrevogabilidade da

¹⁹⁵ Art. 535. Cabem embargos de declaração quando: (Redação dada pela Lei n. 8.950, de 13.12.1994)

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal. Tal matéria é atualmente tratada no art. 1.022 do CPC/2015.

¹⁹⁶ ECA, Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei.

adoção, mas, mesmo assim, após 17 anos de sentença transitada em julgado, sem ter havido nenhuma irregularidade, o STJ entendeu pela sua revogação, em atenção a um pedido do adotado para voltar a ser legalmente o filho do seu pai biológico.

Na perspectiva desta pesquisa, foi sábio o entendimento estabelecido no voto, ora analisado, da Sra. Ministra Nancy Andriahi quando expos que:

1.A adoção unilateral, ou adoção por cônjuge, é espécie do gênero adoção, que se distingue das demais, principalmente pela ausência de ruptura total entre o adotado e os pais biológicos, porquanto um deles permanece exercendo o Poder Familiar sobre o menor, que será, após a adoção, compartilhado com o cônjuge adotante. 2. Nesse tipo de adoção, que ocorre quando um dos ascendentes biológicos faleceu, foi destituído do Poder Familiar, ou é desconhecido, **não há consulta ao grupo familiar estendido do ascendente ausente, cabendo tão-só ao cônjuge supérstite decidir sobre a conveniência, ou não, da adoção do filho pelo seu novo cônjuge/companheiro.** 3. Embora não se olvide haver inúmeras adoções dessa natureza positivas, mormente quando há ascendente - usualmente o pai - desconhecidos, a adoção unilateral feita após o óbito de ascendente, com o consequente rompimento formal entre o adotado e parte de seu ramo biológico, por vezes, impõe demasiado sacrifício ao adotado. (BRASIL, 2011, não paginado, grifo nosso).

A compreensão que se traz para este comentário, é que realmente a adoção unilateral, em caso de falecimento de um dos genitores deve ser revista, principalmente no sentido de que o genitor sobrevivente pode decidir dar um novo pai ou nova mãe para seu filho, sem que seja ouvida a família do genitor falecido, rompendo legalmente os laços com os avós, tios e primos, contradizendo a “prevalência do convívio da criança com a família natural ou extensa” (do *de cuius*). Levando-se em apreço que se a criança quer ser considerada filha do padrasto ou da madrasta, poderá fazê-lo via filiação socioafetiva inserida no registro de nascimento, sem romper com seus laços biológicos (*vide* art. 57 da Lei de Registros Públicos e a “multiparentalidade” nas relações familiares). O que se quer dizer é que, antes de uma decisão de conceder a adoção unilateral, deve-se buscar saber qual o relacionamento da criança com a família extensa, pois por mais afinidade e amor que a criança tenha com o padrasto ou madrasta, existem laços biológicos que devem ser preservados, a exemplo dos avós, que no caso da prestação de alimentos podem ser chamados a contribuir, então por que no caso de uma adoção, em que poderão perder o vínculo biológico com o neto, não são chamados a se manifestar? O entendimento que se traz e acrescenta a essa questão é de que no caso do falecimento de um dos genitores, os pais do *de cuius* devem ser chamados para se manifestar, pois a prevalência

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

do direito à convivência familiar é com a família biológica, sendo nesse sentido seu superior interesse.

Considerando que a contenda se deu em razão da irrevogabilidade da adoção, estabelecida no art. 39, § 1º, do ECA, e a justificativa para ser “afastada” a mencionada irrevogabilidade está no princípio do melhor interesse do adotado, restou demonstrado que em caso de adoção unilateral, a mencionada irrevogabilidade pode ser flexibilizada no melhor interesse do adotando.

[...] os elementos balizadores e constitutivos da adoção unilateral, bem como as prerrogativas do cônjuge supérstite de autorizar a adoção unilateral de seu filho, e mesmo a própria declaração de vontade do adotando, podem ser superados ou moldados em nome da inexistência de reais vantagens para o adotando no processo de adoção. O **princípio do interesse superior do menor, ou melhor interesse**, tem assim, a possibilidade de retirar a peremptoriedade de qualquer texto legal atinente aos interesses da criança ou do adolescente, submetendo-o a um crivo objetivo de apreciação judicial da situação concreta onde se analisa. (Informativo nº 0608 do “Informativo de Jurisprudência do STJ” - Publicação: 30 de agosto de 2017)¹⁹⁷.

Assim, hodiernamente, de forma prioritária, a criança é colocada como protagonista do processo de adoção, procurando-se a fórmula mais adequada possível de superação da ausência parcial, ou total dos ascendentes biológicos, tal opção está manifestada no artigo 43 do ECA, que dispõe que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”, que pela sua efetividade e capacidade de se sobrepor as demais regras relativas à adoção, pode ser considerada uma “norma-princípio”.

b) A aplicação do direito à convivência familiar e do princípio do melhor interesse da criança para sua permanência em família substituta:

A análise das decisões a seguir relatadas demonstra os fundamentos apresentados para aplicação adequada do princípio do melhor interesse da criança, justificando a sua permanência sob os cuidados da família substituta. Para tanto, traz-se os argumentos da “Decisão 05”¹⁹⁸, que trata de Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, em Processo de Adoção c/c Destituição do Poder Familiar¹⁹⁹, movida pelos ascendentes (avós maternos) que já exerciam a

¹⁹⁷ Os informativos de jurisprudência estão disponíveis no *site* do STJ: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>.

¹⁹⁸ REsp 1448969; Relator: Ministro MOURA RIBEIRO; DJe 03/11/2014; Decisão: 21/10/2014 (BRASIL, 2014).

¹⁹⁹ **EMENTA** - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR MOVIDA PELOS ASCENDENTES QUE JÁ EXERCIAM A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SENTENÇA E ACÓRDÃO ESTADUAL PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MÃE BIOLÓGICA ADOTADA AOS OITO ANOS DE IDADE GRÁVIDA

paternidade socioafetiva, interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MPSC).

O Processo de Adoção c/c Destituição do Poder Familiar que deu início à contenda do Acórdão ora analisado, foi sentenciado, em Acórdão estadual, pela procedência do pedido, mediante alegação de negativa de vigência ao art. 535 do CPC/73, pois o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC) foi de ausência de omissão, obscuridade ou contradição no Acórdão recorrido. Já o MPSC alegou, em recurso, a violação dos arts. 39, § 1º, 41, *caput*, 42, § 1º e 43, todos da Lei nº 8.069/90 (ECA), bem como do art. 267, VI, do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73). O problema jurídico deste Acórdão, portanto, é o recurso contra a decisão em que foi negado, pelo Relator, provimento ao Recurso Especial interposto contra Acórdão proferido pelo TJSC, no curso da “Ação de Adoção de descendente por ascendente”, como forma de regularização de “filiação socioafetiva”.

A petição inicial versou da Ação de Adoção c/c Destituição do Poder Familiar (art. 148, III, do ECA), feita pelos avós que criaram o neto como se filho fosse. A discussão foi centrada na vedação constante do art. 42, § 1º, do ECA, sendo que o Tribunal entendeu que o comando não merece aplicação por descuidar da realidade fática dos autos, no sentido da prevalência dos princípios da proteção integral e da garantia do melhor interesse da criança, art. 6º do ECA, uma vez que os requerentes do pedido de adoção, adotaram a mãe biológica do ora adotando, quando ela tinha oito (8) anos de idade e já estava grávida, em razão de abuso sexual sofrido e, por sua tenríssima idade de mãe, passaram a exercer a paternidade socioafetiva de

DO ADOTANDO. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SUPOSTA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 39, § 1º, 41, CAPUT, 42, §§ 1º E 43, TODOS DA LEI N.º 8.069/90, BEM COMO DO ART. 267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA. DISCUSSÃO CENTRADA NA VEDAÇÃO CONSTANTE DO ART. 42, § 1º, DO ECA. COMANDO QUE NÃO MERECE APLICAÇÃO POR DESCUIDAR DA REALIDADE FÁTICA DOS AUTOS. **PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA GARANTIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ART. 6º DO ECA. INCIDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DA NORMA FEITA PELO JUIZ NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.** 1. Ausentes os vícios do art. 535, do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. 2. As estruturas familiares estão em constante mutação e para se lidar com elas não bastam somente as leis. É necessário buscar subsídios em diversas áreas, levando-se em conta aspectos individuais de cada situação e os direitos de 3ª Geração. 3. Pais que adotaram uma criança de oito anos de idade, já grávida, em razão de abuso sexual sofrido e, por sua tenríssima idade de mãe, passaram a exercer a paternidade socioafetiva de fato do filho dela, nascido quando contava apenas 9 anos de idade. 4. A vedação da adoção de descendente por ascendente, prevista no art. 42, § 1º, do ECA, visou evitar que o instituto fosse indevidamente utilizado com intuítos meramente patrimoniais ou assistenciais, bem como buscou proteger o adotando em relação a eventual “confusão mental e patrimonial” decorrente da “transformação” dos avós em pais. 5. Realidade diversa do quadro dos autos, porque os avós sempre exerceram e ainda exercem a função de pais do menor, caracterizando típica filiação socioafetiva. 6. Observância do **art. 6º do ECA: na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.** 7. Recurso especial não provido (grifo nosso).

fato do filho dela, nascido quando contava apenas 9 anos de idade, tendo os avós sempre exercido a função de pais do adotando, caracterizando típica filiação socioafetiva.

A problemática²⁰⁰ deste caso é a mesma dos Acórdãos anteriores, mas o enfoque é pautado nos princípios que fundamentaram a decisão do REsp (princípio da dignidade humana e princípio do melhor interesse da criança), corroborada pelo viés humanista e garantista da atual Constituição brasileira, que dá à adoção “um mecanismo de prestígio da convivência familiar, estabelecendo a relação filiatória por perspectiva afetiva [...]” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 1056).

Entende-se que se trata de uma “decisão *contra legem*”, em relação à letra da lei, pois a norma jurídica veda a adoção de “descendente por ascendente” (art. 42, § 1º, do ECA – “Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando”). Entretanto, acredita-se ser “justa” a decisão no caso concreto a qual foi aplicada, por serem robustos os fundamentos expostos pelo Relator, que construiu seus argumentos no histórico do instituto da adoção, nos preceitos constitucionais e seus princípios, amparado pelo entendimento doutrinário vigente, conforme “**Enunciado 17** do IBDFAM - A técnica de ponderação, adotada expressamente pelo art. 489, § 2º, do Novo CPC, é meio adequado para a solução de problemas práticos atinentes ao Direito das Famílias e das Sucessões”²⁰¹, que enfatiza o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Neste contexto, traz-se o entendimento do STJ²⁰², que quando se trata de criança, o tribunal já se manifestou pela flexibilização da norma, em razão do seu melhor interesse e da sua proteção integral; já o fato da contrariedade do MPSC de se ater exclusivamente ao preceito taxativo do § 1º do art. 42, do ECA, fazendo a mera indicação do ato normativo, sem construir um argumento convincente em relação à questão, não prosperou.

A Terceira Turma do STJ, ao votar com o Relator, entendeu que o sistema normativo protetivo estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) tem como fundamento central os princípios do melhor interesse da criança e da sua proteção integral, por conseguinte, toda interpretação (fático ou jurídica) deve ser no viés do que é favorável à criança, ou seja, no seu melhor interesse (art. 6º c/c art. 1º, 3º e 43 do ECA). No caso da filiação socioafetiva, o filho por adoção “estabelece um parentesco eletivo, decorrendo de um ato de afeto e solidariedade” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 1057). Neste caso, ora analisado, o adotando tem como seus pais os avós e sua mãe biológica como irmã, o que é compreensível em virtude

²⁰⁰ Trata-se da “perspectiva (jurídica) sob a qual o autor decide estudar o problema jurídico, analisá-lo, comentá-lo e eventualmente criticá-lo” (MONEBHURRUN, 2015, p. 92).

²⁰¹ Vide site do IBDFAM: <http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>.

²⁰² Também decisão prolatada em 2018: RECURSO ESPECIAL Nº 1.635.649 - SP (2016/0273312-3) (BRASIL, 2018).

da convivência socioafetiva, assim como da diferença de idade entre ambos, que é de apenas nove anos; e os adotantes o tem como filho. Restando comprovado nos autos do processo que a vontade dos quatro envolvidos (adotantes, adotando e mãe biológica) era pelo deferimento da adoção, tratando-se, essencialmente, de “adoção socioafetiva”, sendo, portanto, o motivo concreto da decisão prolatada.

Diante de tais circunstâncias, o Judiciário deve estar sempre atento às mudanças do comportamento humano nas relações familiares, pois em decorrência das particularidades deste caso é que se admitiu, excepcionalmente, a adoção do neto pelos avós. A rigidez da norma jurídica há que dar espaço à justiça do caso concreto, quando o juiz tem que optar entre o seu formalismo e a realização humana. Assim, há sempre que decidir pela solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana, uma vez que privilegiar a verdade biológica em detrimento da socioafetiva, ainda que sobre aquela não haja dúvidas, deve ser possível ficar com a *socioafetividade* em detrimento da consanguinidade, numa perspectiva da ponderação teleológica, para garantir a adequada “distribuição de justiça”, que neste caso decidiu pela aplicação do superior interesse da criança na garantia da filiação socioafetiva.

Nesse sentido, também, a “Decisão 07”²⁰³, que trata-se de *Habeas Corpus*²⁰⁴, substitutivo de Recurso Ordinário, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor da criança V. A., contra ato da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento ao recurso de apelação da sentença de procedência da “ação de destituição do poder familiar c/c retificação do registro de nascimento e colocação em família substituta”, sob a alegação da violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, em virtude da genitora não ter sido ouvida em audiência específica, conforme estabelece o art. 161, § 4º, do ECA; sendo a sentença anulada com determinação de recolhimento da criança para ser recolocada em instituição de acolhimento.

A lide processual teve início com a proposição de “ação civil pública”, pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP), contra a criança V. A., R. A. J. e M. M. da S, sob a alegação de que o réu R. A. J. (diplomata) registrou como se sua filha fosse, a bebê V. A., com

²⁰³ HC 358536; (ACÓRDÃO) Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA; DJe 24/06/2016; Decisão: 21/06/2016 (BRASIL, 2016).

²⁰⁴ **EMENTA** – *HABEAS CORPUS*. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. ADOÇÃO. 1. O Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, ao preconizar a doutrina da proteção integral (artigo 1º da Lei nº 8.069/1990), torna imperativa a observância do melhor interesse da criança. 2. A avaliação realizada pelo serviço social judiciário constatou que a criança adotanda está recebendo os cuidados e a atenção adequada às suas necessidades básicas e afetivas na residência da família substituta. 3. Ressalvado evidente risco à integridade física ou psíquica do infante é inválida a determinação de acolhimento da criança que não se inclui em nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA. 4. Nos casos de flagrante constrangimento ilegal é possível a concessão da ordem de ofício. 5. *Habeas Corpus* concedido de ofício.

a anuência da mãe biológica M. M. da S., que à época informou desconhecer a verdadeira paternidade da menina, deixando-a com o “suposto” pai R. A. J. e de sua companheira F. G.. Tal ação originou-se do requerimento de retificação de nome promovido por R. A. J., que auto declarou-se pai de V.A. (então com dez dias de vida) perante tabelionato, pretendendo a inclusão do sobrenome de sua companheira F. G.; assim, em razão de indícios da denominada “adoção à brasileira”²⁰⁵ (art. 242 do Código Penal), tendo em vista a tentativa de registro irregular da criança, o órgão ministerial solicitou o reconhecimento da parcial nulidade do assento de nascimento de V. A. para excluir a paternidade (o “suposto” pai se negou a fazer o exame de DNA), destituir o poder familiar da mãe biológica e determinar a colocação da criança em família substituta na modalidade de adoção.

Sendo a sentença favorável ao pedido do Ministério Público Estadual, julgando procedente o pedido para destituir a genitora do poder familiar e determinando a retificação do registro de nascimento de V. A. para exclusão do nome dos supostos pai e avós paternos e, por conseguinte, a alteração do nome da criança, indicando que ela fosse colocada em família substituta inscrita no Cadastro Nacional de Adoção (CNA), independentemente do trânsito em julgado da ação. A infante foi colocada em instituição de acolhimento e, posteriormente (com um ano de idade), em família substituta cadastrada, na modalidade de guarda provisória para fins de adoção, por meio do Processo nº 0010699-95.2015.8.26.0302 - Vara da Infância e Juventude de Jaú/SP.

Inconformados, a mãe biológica e o “possível” pai da criança interpuseram recurso de apelação, alegando que não teria havido a oitiva da genitora em audiência, bem como que a paternidade teria sido reconhecida voluntariamente por R. A. J., sendo, por isso, desnecessária a realização de exame de DNA. O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo; em 16/5/2016, o Tribunal de origem deferiu o recurso e anulou a sentença em virtude da ausência de oitiva da genitora da criança em audiência, restabelecendo-se a situação da criança anterior à sentença de primeira instância, impondo novo acolhimento institucional; o juízo de primeira instância determinou a busca e apreensão de V.A., para que fosse retirada do lar dos possíveis adotantes e conduzida, mais uma vez, ao abrigo Nosso Lar, com sede em Jaú/SP. A criança foi entregue espontaneamente pelos guardiães para minimizar eventuais danos emocionais a ela.

Diante dessa situação foram apresentados laudos psicossociais demonstrando que a decisão de retirar a criança do lar substituto foi teratológica, pois o entendimento do ponto de vista psicossocial, é de que a recolocação da criança em abrigo lhe causa prejuízos emocionais,

²⁰⁵ Também denominada “afetiva” (PEREIRA, 2019, p. 438) ou “direta” (SILVA FILHO, 2019), trata-se de uma adoção ilegal (art. 242 do CP), que ocorre quando a pessoa registra como seu o filho de outra pessoa.

sendo sugerido que ela permanecesse sob os cuidados do casal adotante no decorrer do processo em análise, considerando o fato dos adotantes estarem devidamente habilitados para adoção, os laudos sobre a adoção presentes nos autos e, principalmente, o bem-estar da infante e as condições que minimizem seu sofrimento psicológico, em virtude da ausência daqueles que ela percebe como seus pais. O entendimento que se dá, é que a decisão do Tribunal de origem contraria o princípio do melhor interesse da criança, pois no caso do abrigo, “é difícil a identificação de injustiça maior, se a permanência numa família desestruturada, o abandono à própria sorte ou a institucionalização” (CAVALLIERI, 2017, p. 79).

Nesse viés, foi elaborado o comentário relativo à pesquisa realizada, cuja problemática estabelecida foi referente à adoção, ao direito à convivência familiar e ao melhor interesse da criança, por isso ateu-se aos argumentos referentes ao teor da contradição da decisão do Tribunal de origem, que na data de 25/04/2016, que manteve a criança na família substituta, medida mais condizente com os interesses da infante, garantindo-se sua proteção integral e prioritária; e, em 16/05/2016, anulou a sentença de procedência da ação civil pública, com base em nulidade processual, determinando a “devolução” da criança ao abrigo, sujeitando-a a risco de prejuízos emocionais irreversíveis, rechaçados pela legislação e jurisprudência nacional, cuja orientação é de que toda a criança deve ser resguardada de mudanças sucessivas e temporárias de lar, demasiadamente prejudiciais ao seu equilíbrio emocional (AgRg na MC 10.531-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ de 19.12.2005, p. 391), pois “não é do melhor interesse da criança o acolhimento institucional ou familiar temporário, salvo diante de evidente risco à sua integridade física ou psíquica”²⁰⁶.

Nessa perspectiva, o Relator, em seu voto, manifestou o entendimento de que a manutenção da criança com a família substituta, a qual atende de maneira adequada as demandas provenientes de uma pessoa em formação, principalmente na primeira infância, propiciando um lar harmonioso enquanto aguarda o desfecho da ação judicial, representa o melhor interesse da criança. O relatório psicossocial apresentado demonstrou que a menina já estava emocionalmente vinculada aos “possíveis” pais adotivos e que se encontrava integrada à família substituta, demonstrando bom estado de saúde física e mental no novo lar; que não foram identificados familiares ou parentes maternos dispostos ou com possibilidades de ficarem com ela, mesmo que temporariamente. Por isso dizer-se que foi inadequada a determinação do acolhimento da criança, pois não se inclui em nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA, sobretudo quando ela já esteve por nove meses em abrigo. Por sua vez, além da mãe biológica

²⁰⁶ Conforme HC 294.729SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 07/08/2014, DJe 29/08/2014.

não ter interesse em ficar com a filha, não tem condições para criá-la, sendo, portanto, acertada a decisão judicial de colocá-la em família substituta preparada para dar amor e ter o cuidado que uma criança de tenra idade precisa receber para seu desenvolvimento integral.

O STJ tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário²⁰⁷; que a criança deve ser protegida de contínuas e abruptas alterações em seu lar, com vistas à proteção de sua estabilidade emocional, principalmente, porque ao afeto se atribui valor jurídico, e a dimensão socioafetiva da família ganha espaço na doutrina e na jurisprudência em detrimento das relações de consanguinidade. É neste sentido que o Relator finalizou seu voto concedendo:

[...] definitivamente a ordem para determinar a permanência da menor V. A. com os guardiães E. C. e A. A. G. C., devidamente cadastrados para adoção, o que traduz o melhor interesse da criança, afastando qualquer novo recolhimento institucional até o trânsito em julgado da ação de destituição do poder familiar em tramitação (BRASIL, 2016).

Na esgelha do direito fundamental à convivência familiar, corroborando com a sentença prolatada na decisão final, entende-se não ser adequado transferir a guarda da criança a um abrigo tão somente em nome de um formalismo jurídico exagerado, que seguramente não atende ao seu melhor interesse, principalmente na fase em que se encontra mais vulnerável, diferente da decisão do juízo originário, que ao “anular a sentença em virtude da ausência de oitiva da genitora da criança em audiência”, restabelecendo-se o *status quo ante*, portanto, impondo novo acolhimento institucional, demonstrou desconhecer o princípio do melhor interesse da criança e a posição do STJ quando determinou a busca e apreensão da adotanda, para ser retirada da família substituta e colocada em instituição de acolhimento.

Considerando, por sua vez, que hodiernamente, a adoção visa, primeiramente, à constituição de família substituta permanente à criança, com intuito de possibilitar seu desenvolvimento integral como ser humano, isto é, seu direito fundamental à convivência familiar em atenção ao seu melhor interesse, acredita-se que o entendimento do Acórdão analisado atende o melhor interesse da criança, pois é mais adequado que continue sob a guarda da família substituta enquanto tramita o processo e se resolve a situação jurídica totalmente, evitando sucessivas e escarpadas alterações em seu lar, com vistas à proteção de sua

²⁰⁷ A Terceira Turma do STJ, em julgado – MC nº 18.329/SC, relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, julgado em 20.9.2011 –, fixou o entendimento de que, na ausência de perigo de violência física ou psicológica contra a criança, a sua busca e apreensão com acolhimento institucional, no curso de qualquer ação em que se discuta a custódia física da infante, representa evidente afronta ao melhor interesse do menor.

estabilidade emocional, demonstrando a pacificação de tal entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça²⁰⁸.

Considerando que determinadas práticas antiquadas são difíceis de serem abolidas, especialmente quando derivam de “conceitos que, embora equivocados e ultrapassados, se encontram profundamente enraizados na mentalidade das pessoas” (DIGIÁCOMO, [20--], p. 1), faz-se necessário o duplo grau de jurisdição, como é o caso da decisão a seguir analisada, que, como a anterior, também traz o entendimento injusto do juízo singular que determinou busca e apreensão de criança, que estava em família substituta, para ser colocada em instituição de acolhimento, demonstrando uma interpretação equivocada do princípio do melhor interesse da criança e do seu direito fundamental à convivência familiar, uma vez que a infante não se encontrava em situação de risco físico ou psíquico por estar convivendo com os adotantes, enquanto tramita o processo de adoção.

A “Decisão 10”²⁰⁹ trata de Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*²¹⁰, contra decisão da Relatora do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO), impugnando decisão monocrática,

²⁰⁸ É entendimento pacificado pelo STJ que “Nas disputas de custódia de crianças e adolescentes devem ser evitadas sucessivas e abruptas alterações de guarda e residência, ressalvados os casos de evidente risco”. Cf. Acórdãos: HC 298009/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 04/09/2014; AgRg na MC 021782/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014; MC 020264/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 03/06/2013; AgRg na MC 010531/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/10/2005, DJ 19/12/2005. Decisões Monocráticas: AREsp 488308/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/04/2014, publicado em 30/04/2014; MC 022129/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/2013, publicado em 03/02/2014. Disponível em: Último acesso em: 08 out 2020.

²⁰⁹ RHC 106091; (ACÓRDÃO) Ministro MOURA RIBEIRO; DJe 29/04/2019; Decisão: 09/04/2019. Disponível em: (BRASIL, 2019b).

²¹⁰ EMENTA - RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. AÇÃO DE ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. *HABEAS CORPUS* CONTRA DECISÃO DE RELATOR DE CORTE DA ORIGEM. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO DE CRIANÇA PARA POSTERIOR ABRIGAMENTO INSTITUCIONAL. FORMAÇÃO DE VÍNCULO AFETIVO ENTRE A MENOR E A PRETENSÁ FAMILIA ADOTANTE, JÁ INSCRITA NO CADASTRO NACIONAL DE ADOTANTES. PRIMAZIA DO ACOLHIMENTO FAMILIAR EM DETRIMENTO DE COLOCAÇÃO EM ABRIGO INSTITUCIONAL. PRECEDENTES. O CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO DEVE SER SOPESADO COM O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. RECURSO ORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Nos termos do art. 105, III, c, da CF, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, o *habeas corpus* quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição. 1.1. Embora não tenha inaugurado a competência constitucional desta eg. Corte Superior, existe, excepcionalmente, a possibilidade de concessão da ordem de ofício, na hipótese em que se verificar que alguém sofre ou está sofrendo constrangimento em sua liberdade de locomoção em razão de decisão manifestamente ilegal ou teratológica da autoridade apontada como coatora, o que se verifica no caso. 2. A jurisprudência desta eg. Corte Superior tem decidido que não é do melhor interesse da criança o acolhimento temporário em abrigo, quando não há evidente risco à sua integridade física e psíquica, com a preservação dos laços afetivos eventualmente configurados entre a família substituta e o adotado ilegalmente. Precedentes. 3. A ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para adoção não tem um caráter absoluto, devendo ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, razão de ser de todo o sistema de

que não conheceu o *writ* impetrado, por entender que não havia elementos que apontassem a necessidade de suspensão da decisão do Magistrado que determinou a busca e apreensão da adotanda, tampouco a considerou teratológica. Tal situação foi gerada pelo indeferimento do pedido de reconsideração da decisão para que fosse reformada no sentido de dar a guarda provisória aos adotantes até a completa instrução do processo decorrente de “ação de adoção c/c destituição de poder familiar”, ajuizada por W. de O. S. e M. de O. S. (W. e M.) contra J. L. de A. (J.), visando adotar a criança M. L. de A. (M).

Em seu Voto, o Relator, Exmo. Sr. Ministro Moura Ribeiro, entendeu que considerando o disposto no art. 105, III, *c*, da CF, que dispõe que compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, o *Habeas Corpus* (HC) quando o coator for Tribunal sujeito à sua jurisdição, tal Recurso não poderia ser conhecido, pois se trata de decisão monocrática proferida por Desembargadora de Corte Estadual, mas que, em princípio, para um caso concreto, como o apresentado, “existe, excepcionalmente, a possibilidade de concessão da ordem de ofício, na hipótese em que se verificar que alguém sofre ou está sofrendo constrangimento em sua liberdade de locomoção, em razão de decisão manifestamente ilegal ou teratológica da autoridade apontada como coatora”, estando em consonância com o entendimento publicado na “edição 27 da Jurisprudência de Teses” do STJ: “A jurisprudência tem excepcionado o entendimento de que o *habeas corpus* não seria adequado para discutir questões relativas à guarda e adoção de crianças e adolescentes”²¹¹.

Frente ao problema jurídico apresentado²¹², pode-se inferir que o entendimento da Desembargadora Relatora do Tribunal de Justiça de Goiás, que não conheceu do *writ* lá impetrado, sob o fundamento de que a providência não seria o instrumento adequado para impugnar decisão judicial que determinou sobre a “guarda de menor impúbere” e de que não havia flagrante ilegalidade na disposição que determinou a busca e apreensão da criança, em feito no qual se discutia sua adoção e guarda provisória, está se contrapondo ao que tem decidido o STJ sobre tal questão, a exemplo do que decidiu a Terceira Turma do STJ, na MC nº 18.329/SC, julgada em 20/09/2011, tendo como Relatora a Ministra Nancy Andrighi, na qual

defesa erigido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar (HC n. 468.691/SC). 4. Recurso ordinário não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício.

²¹¹ Acórdãos: HC 298009/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 04/09/2014; HC 294729/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 29/08/2014; RHC 039184/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 14/10/2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>.

²¹² A controvérsia diz respeito à legalidade ou não da determinação judicial de busca e apreensão da infante M, à época com dez meses de idade, que certamente seria levada para um abrigo institucional, por ter sido entregue pela mãe biológica para adoção *intuitu personae* ao casal W. e M.

foi fixado o entendimento de que, “na ausência de perigo de violência física ou psicológica contra a criança, a sua busca e apreensão com acolhimento institucional, no curso de qualquer ação em que se discuta a custódia física do infante, **representa evidente afronta ao melhor interesse da criança**” (grifo nosso).

Na ação de adoção c/c destituição de poder familiar ajuizada pelo casal W. de O. S. e M. de O. S. (W. e M.) contra J. L. de A. (J.), com a finalidade de adotar a menor M. L. de A. (M.), nascida em 05/06/2018, os adotantes alegaram que a criança lhes foi entregue por J., sua mãe biológica, que disse não ter condições de criá-la e sustentá-la. O processo foi instruído com escritura pública de doação, na qual J. declarou que entregava a filha M. para o casal W. e M. e lhes concedia autorização para com ela viajar para outro Estado da federação. Foi pedida a concessão da guarda provisória da criança, a título de antecipação de tutela.

O Juízo da Vara de Infância e Juventude da Comarca de Porangatu-GO indeferiu o pedido liminar e determinou a busca e apreensão da criança e sua entrega no juizado, fundamentando tal decisão no art. 83 do ECA, que prevê o que consta na autorização de viagem apresentada, mas que tal autorização, conforme expresso na petição inicial, é uma forma irregular de guarda, realizada apenas com intuito de retirar a criança da comarca, obstando qualquer procedimento legal de adoção, pois a criança nasceu dia 05/06/2018 e a autorização data de 07/06/2018. Diante de tal situação, entendeu o juiz singular que a intenção dos autores era burlar o procedimento de adoção; que, em relação ao interesse dos pais biológicos de permanecer com a criança, a declaração deve ser considerada, embora até a sentença de destituição do poder familiar, haverá a possibilidade de retratação da manifestação de vontade; que os requisitos autorizadores não estão presentes nos autos; que a conduta dos autores é ilegal e não pode ser endossada pelo Poder Judiciário, pois embora a mãe biológica da criança não tivesse condições financeiras de criá-la e sustentá-la, a pobreza, por si só, não é causa de afastamento da família natural; e que caso os pais tenham interesse na entrega da criança para adoção, o procedimento do ECA deve ser obedecido, respeitando a fila de postulantes habilitados para adoção.

Percebe-se que na decisão do juízo singular a criança foi tratada como um objeto, e não como sujeito de direitos, pois a preocupação do magistrado foi com a formalidade da lei, e não com o direito à convivência familiar e o melhor interesse da adotanda, sem levar em consideração o entendimento estabelecido pelo sistema normativo protetivo estatuído pelo ECA, que tem como fundamento central o princípio do melhor interesse da criança e sua proteção integral. Por conseguinte, toda interpretação (fático ou jurídica) deve ser no viés do que é favorável à criança, ou seja, no seu melhor interesse. Pois restou comprovada a

inconstância dos pais biológicos que manifestaram, inicialmente, querer ficar com a filha, mas depois mudaram de ideia e procuraram o Conselho Tutelar da Comarca de Porangatu-GO. Restou demonstrado, mediante o Relatório Informativo nº 63/2018, presente nos autos, que os pais biológicos manifestaram expressamente a vontade de que a filha (M) ficasse sob os cuidados do casal W. e M. e não fosse submetida ao processo de adoção comum, por se tratar de adoção *intuitu personae*²¹³, tendo havido, também, concordância dos Conselheiros Tutelares.

Diante de tal situação, W. e M. peticionaram ao Juízo da Vara da Infância e Juventude noticiando o fato novo, requerendo a “reconsideração da decisão e que o magistrado analisasse novamente o pedido cautelar de guarda provisória, concedendo-a em favor deles, até a completa instrução do processo”, pois os pais biológicos e o Conselho Tutelar são favoráveis de que M. fique sob seus cuidados, informara, também, que estavam na fila de adoção nacional desde setembro de 2016. O pedido foi indeferido, sob o fundamento de que a adoção direta não tem guarida legal e de que o casal, por ter concluído o curso de adoção na Comarca de Uberlândia-MG, tinha conhecimento do procedimento legal, ressaltando que já tinha determinado a busca e apreensão de M. e ela ainda não tinha sido entregue ao Juizado. Esta decisão foi impugnada por W. e M., com a interposição de agravo de instrumento (Processo nº 5371297.53.2018.8.09.0000) e pedido de HC (Processo nº 5421911.62.2018.8.09.0000) no TJGO.

A Exma. Desembargadora do TJGO, em decisão preliminar proferida no HC, entendeu que não estavam presentes os requisitos para concessão da liminar e requisitou informações da autoridade coatora. O casal peticionou para a Relatora do HC, argumentando que a autoridade coatora, além de não ter cumprido a decisão de prestar informações, mobilizou as polícias do país para apreender a recém-nascida, bem como determinou que se oficiasse ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para informar a situação dos autores e possível suspensão dos nomes deles do CNA, por tentarem burlar a fila da adoção, imploraram para que fosse concedido salvo conduto para a paciente. Foi verificado pelo Ministro Relator do HC, no STJ, que a autoridade apontada como coatora na origem prestou as informações requeridas pela Desembargadora do TJGO, na qual reiterou que a legislação veda a adoção dirigida e mostrou preocupação com a demora na devolução da infante. Assim, o pedido de HC não foi conhecido por entender que existiam indícios de que o casal W. e M. pretendia regularizar uma adoção ilegal e não havia elementos que indicassem a pronta suspensão da medida adotada pelo Magistrado de primeiro

²¹³ A adoção *intuitu personae* é uma modalidade de adoção direcionada para determinado(s) adotante(s), considerada por alguns operadores do direito como ilícita, mas comprovadamente não o é, *vide* tese de doutorado de Suely Mitie Kusano, orientada pela Profa. Dra. Maria Helena Diniz, PUC/SP, 2006.

grau, que teria observado a proteção integral garantida à criança; e que deve ser reservado para o julgamento do Agravo de Instrumento, onde o rito é mais amplo e mais privilegiado o contraditório, o exame do pedido de revogação da decisão que determinou a busca e apreensão da infante.

Tal entendimento da ilegalidade da adoção dirigida ou *intuitu personae*²¹⁴ é preocupante quando se constata que alguns atores do Poder Judiciário não têm conhecimento do tema e pouca sensibilidade para julgar questões referentes ao bem-estar das crianças, inclusive demonstraram desconhecer que podem “agir” *ex officio*, desde que justificada a prioridade absoluta do interesse da criança. Depreende-se daí que a questão não foi suficientemente analisada pelo Tribunal de origem, que não entendeu ser melhor a criança ficar no acolhimento familiar, enquanto tramitar o processo, do que numa instituição de acolhimento, considerando-se, então, que a busca e apreensão, neste caso é “Medida em que, na hipótese, notoriamente beira a teratologia, pois **inconcebível se presumir que um local de acolhimento institucional possa ser preferível a um lar estabelecido, onde a criança não sofre nenhum tipo de violência física ou moral**”. (Grifo nosso) (STJ, HC 274.845/SP (2013/0250389-7), 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 12/11/2013).

Inconformados, os Adotantes, via Recurso Ordinário em HC, buscaram a satisfação do direito da adotanda no STJ. O Ministro Relator, considerando que os autos foram conclusos ao seu gabinete e, como o processo estava suficientemente instruído, entendeu por bem trazê-lo para o julgamento dos seus pares, ao invés de proferir uma decisão liminar. Declarou em seu voto que dos elementos que instruíram o feito, o que deve ser levado em consideração e realmente importa para solução do litígio, é que M., se encontra sob a guarda de fato do casal W. e M. desde que nasceu, já havendo relação afetiva, sendo que eles, além de a terem acolhido, buscaram o Poder Judiciário para regularizar a situação; que estão inscritos no CNA desde 2016; e que não há nenhum elemento concreto ou estudo dizendo que M., está em situação de risco físico ou psíquico por estar convivendo com os adotantes, enquanto tramita o processo de adoção, não sendo, portanto, razoável afastá-la de tal convivência para encaminhá-la a um abrigo institucional, sem que haja situação de risco, tão somente porque não se observou a fila de postulantes para adoção; que o melhor interesse da criança se sobrepõe aos rigores da observação da lista de adoção, bem como o rompimento do convívio da adotanda com os adotante ser causador de abalo psicológico na criança.

²¹⁴ Também conhecida como “adoção consentida”, que ocorre quando o(a) titular do poder familiar entrega o(a) filho(a) em adoção para determinada pessoa.

Para corroborar com o seu entendimento, o Relator apresentou jurisprudência²¹⁵ vigente, argumentando que o Superior Tribunal de Justiça, em observância ao princípio da proteção integral e prioritária da criança, previsto no ECA e na CF/88, “tem o entendimento consolidado de que existe primazia do acolhimento familiar em detrimento da colocação de menor em abrigo institucional”.

Reforçou o Relator, trazendo outros julgados²¹⁶, que “não é do melhor interesse da criança o acolhimento temporário em abrigo quando não existe evidente risco à sua integridade

²¹⁵ Cf. decisões: [...] E por falar no Cadastro Nacional de Adoção, a Quarta Turma, no julgamento *Habeas Corpus* nº 468.691/SC, da relatoria do em. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 12/12/2019, firmou o **entendimento de que a ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para adoção não tem um caráter absoluto, devendo ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**, razão de ser de todo o sistema de defesa erigido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar. (Grifo nosso)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. *HABEAS CORPUS*. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE MENOR. APARENTE ADOÇÃO À BRASILEIRA E INDÍCIOS DE BURLA AO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO. PRETENSOS ADOTANTES QUE REUNEM AS QUALIDADES NECESSÁRIAS PARA O EXERCÍCIO DA GUARDA PROVISÓRIA. VÍNCULO SOCIOAFETIVO PRESUMÍVEL NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES DESENVOLVIDAS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. 1- O propósito do *habeas corpus* é definir se deve ser mantida a ordem de acolhimento institucional da menor diante do reconhecimento, pelos graus de jurisdição ordinários, de que houve tentativa de burlar o cadastro nacional de adoção. 2- Conquanto a adoção à brasileira evidentemente não se revista de legalidade, a regra segundo a qual a adoção deve ser realizada em observância do cadastro nacional de adotantes deve ser sopesada com o princípio do melhor interesse do menor, admitindo-se em razão deste cânone, ainda que excepcionalmente, a concessão da guarda provisória a quem não respeita a regra de adoção. 3- Hipótese em que o casal de pretensos adotantes havia se submetido, em passado recente, às avaliações e formalidades necessárias para integrar o cadastro nacional de adotantes, estando apto a receber e despender os cuidados necessários a menor e convicto da escolha pela adoção. 4- O convívio da menor com os pretensos adotantes por um significativo lapso temporal induz, em princípio, a provável existência de vínculo socioafetivo que deve ser amparado juridicamente, sem prejuízo da formação de convencimento em sentido contrário após regular e exauriente cognição. 4- Ordem concedida. (HC nº 385.507/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe de 3/3/2018, sem destaque no original).

HABEAS CORPUS. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO '*INTUITU PERSONAE*'. BURLA AO CADASTRO DE ADOÇÃO. BUSCA E APREENSÃO. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL EM ABRIGO. PRIMAZIA DO ACOLHIMENTO FAMILIAR. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Controvérsia a respeito do acolhimento institucional de criança entregue à adoção '*intuitu personae*'. 2. Inadmissibilidade da impetração de *habeas corpus* diretamente neste Superior Tribunal de Justiça em face de decisão de relator que, no tribunal de origem, indeferiu liminar (Súmula 691/STF). Ressalva da possibilidade de concessão da ordem de ofício, conforme jurisprudência desta Corte Superior. 3. Caso concreto em que a criança foi retirada do ambiente familiar e institucionalizada em abrigo com fundamento na burla ao Cadastro Nacional de Adoção. 4. Inexistência, nos autos, de indício de fatos que desabonem o ambiente familiar em que a criança se encontrava. 5. Nos termos do art. 34, § 1º, do ECA: "A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei". 6. Primazia do acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional. Precedentes desta Corte Superior. 7. Existência flagrante ilegalidade no ato coator, a justificar a concessão da ordem de ofício. 8. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO. (HC n. 487.812/CE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe de 1º/3/2019).

²¹⁶ *HABEAS CORPUS*. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. ADOÇÃO. - Salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, não se pode conceber que o acolhimento institucional ou acolhimento familiar temporário, em detrimento da manutenção da criança no lar que tem como seu, traduza-se como o melhor interesse do infante. - Ordem concedida. (HC n. 221.594/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe de 21/3/2012)

HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. POSSÍVEL PRÁTICA DE "ADOÇÃO À BRASILEIRA". CONVÍVIO COM A

física e psíquica, devendo ser preservados eventuais laços afetivos formados entre a família substituta e ela, não obstante os meios empregados para obtenção de sua guarda”.

Para consubstanciar sua decisão, o Relator trouxe, também, a pertinente manifestação do ilustre Subprocurador-Geral de República, que oficiou no feito, na qual alertou sobre a existência de constrangimento ilegal a ser sanado por HC:

[...] É sabido que o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA regulamentou o tema, disciplinando as etapas necessárias ao ajuizamento do processo, desde a habilitação dos postulantes até a sentença final de constituição da nova família. Igualmente, não se desconhece a importância vital dos cadastros de adoção, que constituem a etapa final de uma série de procedimentos voltados à avaliação interdisciplinar dos potenciais candidatos. Nesta medida, de regra, é necessário obedecer à higidez do processo, com rígido controle estatal quanto à obediência ao cadastro de adoção. Nada obstante, o STJ já ponderou que a falta de inscrição nesse cadastro ou a tentativa de burlá-lo não prejudica, por si só, o deferimento da medida, **sendo possível a adoção *intuitu personae*, quando esta for a solução que melhor atenda aos interesses da criança**: [...] Ademais, verifica-se que, com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, insculpido no art. 227, *caput*, da Constituição Federal e nos arts. 4º, *caput*, e 5º, ambos do ECA, essa Egrégio Corte Superior vem entendendo, em casos similares ao presente, que **'salvo risco evidente à integridade física e psíquica da criança, não é do seu melhor interesse o acolhimento institucional**. É que, **embora se constate a existência de irregularidades nos procedimentos de adoção, deve-se dar preferência à manutenção da criança em um lar estabelecido, onde não sofreria qualquer tipo de violência física ou psíquica, em detrimento do acolhimento institucional, em regra a última opção**, sobretudo quando já estabelecida a convivência com a família socioafetiva. Por fim, vale salientar que permitir a concessão do presente *habeas* não significa, de plano, opinar pela procedência da adoção, sendo necessária a abertura da instrução probatória, a fim de apurar se os postulantes preenchem os requisitos legais e se tal solução é a que melhor atende aos interesses da criança. (grifo nosso). (P. 12-13 de 5 do Acórdão em análise).

Finalizou o Relator, de maneira coerente e adequada, argumentando que a decisão de busca e apreensão foi prematura, pois se observado o procedimento de adoção, deveria ter sido determinada a realização de um estudo psicossocial e/ou verificado as condições em que a

FAMÍLIA REGISTRAL. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ORDEM CONCEDIDA. 1.- A despeito da possibilidade de ter ocorrido fraude no registro de nascimento, não é do melhor interesse da criança o acolhimento institucional ou familiar temporário, salvo diante de evidente risco à sua integridade física ou psíquica, circunstância que não se faz presente no caso dos autos. Precedentes. 2.- Ordem concedida. (HC nº 291.103/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, DJe de 29/8/2014).

CIVIL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. MODIFICAÇÃO DE GUARDA. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. COLOCAÇÃO DE CRIANÇA EM ABRIGO INSTITUCIONAL. SUSPEITA DE "ADOÇÃO À BRASILEIRA. PRESERVAÇÃO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DE ESTUDO PSICOSSOCIAL. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE RELAÇÃO AFETIVA ENTRE PRETENSA GUARDIÃ E A INFANTE. NÃO OCORRÊNCIA DE DECISÃO FLAGRANTEMENTE ILEGAL OU TERATOLÓGICA. *HABEAS CORPUS* DENEGADO. 1. Em regra, não é admissível a utilização de *habeas corpus* como sucedâneo ou substitutivo de recurso ordinário cabível. Precedentes. 2. A jurisprudência desta eg. Corte Superior tem decidido que não é do melhor interesse da criança o acolhimento temporário em abrigo, quando não há evidente risco à sua integridade física e psíquica, com a preservação dos laços afetivos eventualmente configurados entre a família substituta e o adotado ilegalmente. Precedentes. [...] 4. Ordem denegada. (HC n. 430.216/SP, da minha relatoria, Terceira Turma, DJe de 20/3/2018, sem destaque no original).

criança se encontrava, e que sem examinar a possibilidade de concessão da guarda provisória para os adotantes, contribuiu para o surgimento de uma situação de risco para a criança, a qual devia e precisava ser evitada.

Constatou-se que os adotantes buscaram o Estado-juiz para regularizar a situação, mas com a decisão de busca e apreensão fugiram, passando a aparentemente viver como se foragidos da justiça fossem, pois até então, encontravam-se em local não sabido, havendo notícia de que teve determinação para que as forças policiais de vários estados fossem atrás deles para cumprir a ordem judicial de busca e apreensão. Assim, no presente caso, entende-se que o melhor interesse da criança, até o momento do voto, não foi observado, portanto, a Corte Superior não permitiu que a situação permanecesse. O Relator não conheceu do Recurso ordinário, mas concedeu, de ofício, a ordem de HC para determinar que a criança fosse mantida no ambiente familiar em que se encontrava, a título de guarda provisória, até o trânsito em julgado da ação de adoção que deu origem ao presente *writ*, cancelando a ordem para a sua busca e apreensão.

Diante dos argumentos e fundamentos apresentados no voto, a compreensão que se faz é de que os princípios que regem os direitos da criança foram atendidos, especialmente em relação à primazia da dignidade humana que confere à criança o direito à convivência familiar, em ambiente de amor e cuidado, que viabiliza sua proteção integral e garante seu melhor interesse que, no caso em análise, era permanecer junto à única família que até então conhecera, e não ser colocada em instituição de acolhimento enquanto o processo de adoção tramita na “Justiça”, pois deve-se preservar ao máximo aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade. Enfim, o que se quer dizer é que, todos os pedidos de colocação em família substituta (guarda, tutela e adoção) levadas a efeito pelos Tribunais, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança, no qual deve ser reconhecido “o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos” (LÔBO, 2019, p. 128).

c) A excepcionalidade da institucionalização:

O cerne desta pesquisa está na busca de argumentos para demonstrar que o melhor interesse da criança se dá quando lhe é garantido o direito fundamental à convivência familiar, mas que quando a lei estabelece a subsidiariedade da adoção internacional, a colocando como último recurso (art. 51 do ECA), esta garantia poderá ser prejudicada. Nesse sentido, traz-se a excepcionalidade da colocação da criança em instituição de acolhimento (art. 101, VII do ECA),

amplamente declarada nos comentários acima, portanto, busca-se argumentos para defender que na prática deveria ser a institucionalização o último recurso e não a adoção internacional.

A decisão²¹⁷ ora analisada, trata de *Habeas Corpus*²¹⁸, com pedido de liminar, impetrado por Leonardo Franco de Brito e Lígia Franco de Brito de Lara em favor do paciente G. C. R., contra decisão do Desembargador Ruy Muggiati do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) que, monocraticamente, não conheceu de agravo de instrumento interposto por J. C. S. e, posteriormente, ao conhecer de embargos de declaração, julgou o recurso prejudicado; o agravo de instrumento buscava rever decisão proferida pelo juízo singular que postergou a análise do pleito de guarda provisória formulado pela avó materna da criança abrigada (G. C. R.), aguardando o parecer ministerial.

A análise do voto deste *Habeas Corpus* identificou como “problema jurídico” a colocação da adotanda em instituição de acolhimento, tendo esta, família extensa para acolhê-la, no caso a avó materna, contrariando seu superior interesse e demais princípios que garantem o direito fundamental à convivência familiar em sua família natural ou extensa (art. 39, § 1º do ECA).

A lide processual teve início com pedido do Ministério Público do Paraná (MPPR) de “medida protetiva de busca e apreensão com acolhimento institucional perante o i. e d. Juízo da 2ª Vara da Infância e da Juventude e Adoção de Curitiba/PR, sob o fundamento de que os atuais guardiões provisórios estariam tentando burlar o cadastro nacional de adoção e que seria evidente a má-fé da manobra desenvolvida pelos mesmos nesse sentido”²¹⁹.

Acontece que quando a avó da criança, J. C. dos S., teve conhecimento de que a sua neta iria ser submetida à medida protetiva de acolhimento institucional, buscou a assistência dos advogados impetrantes do HC e apresentou pedido de habilitação nos autos da referida medida protetiva, formulando pedido de concessão da guarda provisória da criança em seu favor

²¹⁷ Decisão 09, HC 440752; Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA; DJe 27/04/2018; Decisão: 24/04/2018. (BRASIL, 2018).

²¹⁸ **EMENTA: HABEAS CORPUS. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. ADOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA EXTENSA. AVÓ MATERNA. VÍNCULO FAMILIAR. PREVALÊNCIA. GUARDA. POSSIBILIDADE. ARTS. 1º E 100, PARÁGRAFO ÚNICO, X, DO ECA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.** 1. O Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, ao preconizar a **doutrina da proteção integral** (artigo 1º da Lei nº 8.069/1990), torna imperativa a observância do **melhor interesse da criança**. 2. **É incabível o acolhimento institucional de criança que possui família extensa (avó materna) com interesse de prestar cuidados** (art. 100 da Lei nº 8.069/1990). 3. Ressalvado o evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, é inválida a determinação de acolhimento da criança, que, no caso concreto, exterioriza flagrante constrangimento ilegal. 4. Ordem concedida (grifo nosso).

²¹⁹ Sobre tal questão o STJ já tem se posicionado, ver “Jurisprudência em Teses”, edição n. 27: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - GUARDA E ADOÇÃO. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>.

e o indeferimento/revogação do pedido acolhimento institucional, fundamentando-o no art. 100, X do ECA²²⁰.

No entendimento da Juíza, ela só poderia prolatar uma decisão após o parecer do MPPR, assim também não conheceu o recurso, agravo de instrumento, que buscava rever sua decisão que postergou a análise do pleito de guarda provisória formulado pela avó materna da criança abrigada (G. C. R.), aguardando o parecer ministerial, mesmo tendo conhecimento do interesse da avó da criança querer sua guarda provisória, insistiu na sua busca e apreensão para ser colocada em entidade de acolhimento; e disse que a avó seria apenas uma terceira interessada e que buscasse a guarda da neta em ação própria. Esta decisão foi integrada pelo Relator no julgamento de embargos de declaração, na qual houve a retratação quanto ao conteúdo da manifestação jurisdicional objeto do recurso que, por ter conteúdo decisório, desafiaria agravo de instrumento. Mesmo assim, no mérito, o Relator manteve a criança em acolhimento institucional, alegando que a avó materna entregou a neta de forma voluntária, o que teria ensejado a perda de objeto do agravo de instrumento, reiterando que a discussão a respeito da guarda possuiria sede própria (Processo nº 2918-47.2018.8.16.0188).

Acontece que, mais uma vez, o formalismo exacerbado, de quem cabe fazer distribuição de justiça, afastou o princípio do melhor interesse da criança e desconsiderou seu direito à convivência familiar junto à família extensa, demonstrando não haver conhecimento e responsabilidade do julgador, que tem a obrigação de saber que, em matéria que envolva criança, pode agir de ofício, assim como flexibilizar a norma jurídica para garantir o melhor interesse da criança. Nesse sentido, traz-se, novamente, o entendimento consolidado pelo STJ de que “o acolhimento institucional ou familiar temporário não representa o melhor interesse da criança mesmo nos casos de adoção irregular ou “à brasileira”, salvo quando há evidente risco à integridade física ou psíquica do menor”²²¹.

Diante de tal situação, os impetrantes do HC ora analisado, afirmaram que o *writ* merecia provimento, porque o acolhimento da infante em um abrigo foi medida injustificada,

²²⁰ Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isso não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva; (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)

²²¹ Acórdãos: HC 298009/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 04/09/2014; HC 279059/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 28/02/2014. Decisões Monocráticas: MC 022118/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 12/12/2013, publicado em 16/12/2013; HC 268943/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2013, publicado em 30/04/2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>.

especialmente no caso concreto em que há família extensa com manifesto interesse no seu cuidado; que ficou evidenciado nos autos que a criança, quando foi tirada da sua família e colocada em instituição de acolhimento, tinha menos de dois anos, e que sofreu com a ausência da sua avó que, de boa-fé, cumpriu o mandado de busca e apreensão, sendo flagrante o constrangimento ilegal com a violação do ECA, uma vez que a criança foi retirada da sua família extensa sem haver nenhum histórico de maus tratos ou de situação de risco e, mesmo assim, a “justiça” determinou que fosse colocada em um abrigo por estar sendo objeto de medida protetiva de busca e apreensão com acolhimento institucional, sob o fundamento de que os atuais guardiões provisórios estariam tentando burlar o cadastro nacional de adoção e que seria evidente a má-fé e a manobra desenvolvida pelos mesmos nesse sentido²²²; que a avó, quando soube que a neta estaria sob ameaça de sofrer medida protetiva de acolhimento, buscou ajuda dos advogados ora impetrantes, apresentando pedido de habilitação nos autos de medida protetiva e formulando pedido de concessão da guarda provisória da neta em seu favor com o conseqüente indeferimento/revogação do pedido acolhimento institucional; que a medida de acolhimento em instituição, mostra-se abusiva e completamente gravosa e contrária aos princípios do ECA, em especial ao melhor interesse da infante, pois a avó acreditava que a neta estava sob guarda da mãe e dos padrinhos, sendo surpreendida com a existência da medida de busca e apreensão com determinação de acolhimento institucional.

Por fim, “os impetrantes afirmam que a ordem deve ser concedida de ofício mesmo não tendo sido esgotadas as instâncias ordinárias, haja vista a presença dos seus requisitos” (*fumus boni iuris* e o *periculum in mora*), que estão evidenciados pelo fato de não haver motivação de concessão de medida protetiva de acolhimento da criança, ora paciente, pois ela tem a família da sua mãe biológica que a quer e com a qual mantém vínculos afetivos, e seu afastamento está lhe causando sérios prejuízos de ordem psicológica.

Diante de tais argumentos, a liminar foi deferida para suspender a ordem de acolhimento institucional, determinando a entrega da criança aos cuidados da avó materna até decisão final em relação à sua guarda. Em sábia manifestação, o Ministério Público Federal

²²² Não corresponde ao entendimento do STJ, que é no sentido de que “a observância do cadastro de adotantes não é absoluta, podendo ser excepcionada em prol do **princípio do melhor interesse da criança**”. (grifo nosso) Acórdãos: HC 294729/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 29/08/2014; HC 279059/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 28/02/2014; REsp 1172067/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 14/04/2010. Decisões Monocráticas: MC 022118/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 12/12/2013, publicado em 16/12/2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Último acesso em: 05 set. 2020.

opinou, no processo que gerou o voto em análise, pela concessão da ordem, nos termos da seguinte ementa, na Decisão 09:

HABEAS CORPUS. Impetração substitutiva da via impugnatória adequada. Desobediência à sistemática recursal prevista no ordenamento jurídico. Existindo flagrante ilegalidade, a ordem pode ser concedida de ofício. Acolhimento institucional de criança que possui família extensa (avó materna) com interesse de prestar cuidados. Inobservância do melhor interesse da infante e da prevalência da família natural extensa. Ausência de evidente risco à integridade física ou psíquica da infante. Salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, o acolhimento institucional em detrimento da manutenção da criança em lar familiar não se traduz como o melhor interesse da criança. Precedentes deste Colendo STJ. Parecer pelo conhecimento do writ e pela concessão da ordem vindicada (BRASIL, 2018, p. 5).

Ao proferir seu voto, o Relator, Exmo. Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, decidiu pela concessão do HC, assim se manifestando: “a ordem merece ser concedida”. Justificando que entende que “na hipótese, a via eleita utilizada pelos impetrantes não é adequada, já que o presente *habeas corpus* foi utilizado como substitutivo recursal”; mas como a concessão da ordem pode ser de ofício, o HC deve ser processado por estarem configurados a *fumus boni iures* e o *periculum in mora*; pois a jurisprudência do STJ, “em situações excepcionálíssimas, dada a potencial possibilidade de ocorrência de dano grave e irreparável aos direitos da criança, [...], permite o afastamento de todos os óbices que, em princípio, acometem o presente *writ* e que, ordinariamente, culminariam no seu não conhecimento”; que no caso, há flagrante ilegalidade identificável de plano, pois as instâncias de origem concluíram pela necessidade de entrega da criança à instituição de acolhimento sem levar em consideração que tal medida deve ser o último recurso, tendo em vista o intuito legal da preservação da família e do princípio do melhor interesse da criança.

Ante os fatos expostos no voto, os argumentos apresentados nos autos demonstraram que não houve adequada valoração do manifesto interesse da avó materna na guarda da neta, desconsiderando o interesse desta, de estar no seu lar natural, conforme estabelecem os artigos 39, § 1º e 100, do ECA, pois o entendimento é que se deve “buscar ao máximo que a criança seja inserida no seio da família extensa antes de se optar por eventual medida que acarrete a adoção por família substituta”.

Decisões do STJ têm demonstrado que “a ordem hierárquica de presunção de maior bem-estar para a criança, em relação ao ambiente em que deve conviver, é dada pela sequência: família natural, família natural estendida e família substituta”; que a “excepcional alteração dessa ordem exige a comprovação categórica de elementos desabonadores da conduta do genitor preterido, do abandono da prole ou do desinteresse dos integrantes da família natural”.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE GUARDA DE MENOR. PEDIDO DA MÃE. PRETERIÇÃO DOS AVÓS PATERNOS. POSSIBILIDADE. PEDIDO DO PAI. PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO. [...] 5. **Segundo a jurisprudência deste Tribunal Superior, a ordem hierárquica de presunção de maior bem-estar para a criança e o adolescente, em relação ao ambiente em que deve conviver, é dada pela sequência: família natural, família natural estendida e família substituta.** 6. A excepcional alteração dessa ordem exige a comprovação categórica de elementos desabonadores da conduta do genitor preterido, do abandono da prole ou do desinteresse dos integrantes da família natural. [...] 8. Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido" (BRASIL, 2015, não paginado).

Perante este entendimento, não poderia haver outra decisão que não fosse o desacolhimento da infante e sua entrega para a avó materna até a decisão final da lide inicial, assim o Relator finalizou seu voto: “concedo de ofício a ordem de *habeas corpus* para afastar definitivamente o recolhimento institucional da menor G. C. R., que deve ser mantida sob a guarda da avó materna J. C. S., até o trânsito em julgado das ações de guarda em tramitação nas instâncias ordinárias”.

Corroborando para tal, o Relator também trouxe ao seu voto o julgamento da Terceira Turma do STJ, em 20/9/2011, da MC nº 18.329/SC, que foi designada relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, no qual “fixou o entendimento de que, na ausência de perigo de violência física ou psicológica contra a criança, a sua busca e apreensão com acolhimento institucional, no curso de qualquer ação em que se discuta a custódia física da infante, representa evidente afronta ao melhor interesse do menor”²²³; no mesmo sentido, consignou o HC 291.103/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 05/08/2014, DJe 29/08/2014²²⁴.

²²³ Este acórdão fixou precedente: EMENTA - PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR VISANDO A ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. ANULAÇÃO DE REGISTRO. PERDA DO PODER FAMILIAR. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. POSSIBILIDADE. [...] 3. **Salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, não se pode conceber que o acolhimento institucional ou acolhimento familiar temporário, em detrimento da manutenção da criança no lar que tem como seu, traduza-se como o melhor interesse do infante.** 4. Ressalvada a existência de situações de evidente risco para os menores, **nos processos em que haja disputa pela custódia física de uma criança, devem ser evitadas determinações judiciais de alterações de guarda e, conseqüentemente, de residência das crianças ou adolescentes, para preservá-las dos fluxos e refluxos processuais.** [...] (STJ - AgRg na MC: 18329 SC 2011/0185917-9, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 20/09/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/11/2011) (BRASIL, 2011, grifo nosso).

²²⁴ EMENTA - *HABEAS CORPUS*. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. POSSÍVEL PRÁTICA DE 'ADOÇÃO À BRASILEIRA'. CONVÍVIO COM A FAMÍLIA REGISTRAL. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ORDEM CONCEDIDA. 1.- A despeito da possibilidade de ter ocorrido fraude no registro de nascimento, **não é do melhor interesse da criança o acolhimento institucional ou familiar temporário, salvo diante de evidente risco à sua integridade física ou psíquica**, circunstância que não se faz presente no caso dos autos. Precedentes. 2.- Ordem concedida" (grifo nosso).

Analisando a jurisprudência e a doutrina vigentes, pode-se dizer que foi justo o entendimento do Relator quando se manifestou proferindo que “**refoge a qualquer lógica**, ou mesmo **razoabilidade**, transferir a guarda da criança a um abrigo tão somente em nome de um **formalismo exacerbado**, que certamente não atende ao bem da vida a ser tutelado nem ao seu interesse, exatamente na fase em que se encontra mais vulnerável” (grifos nossos).

O que se entende, é que o Estado-juiz (em todas as instâncias) deve estar atento às mudanças do comportamento humano nas relações familiares, o que não aconteceu com o juízo singular e o MPGO na instância originária deste caso concreto, pois o apego à letra das normas não atendeu à distribuição de justiça adequada e a criança foi colocada em instituição de acolhimento. Pode-se dizer que é quase impossível acreditar que um juiz da Vara da Infância e Juventude, assim como um Promotor Público que atua nas causas que envolvem crianças, como fiscal da lei ou titular da ação, como foi este caso, não tenham o entendimento/conhecimento que em atenção ao melhor interesse da criança, ela deve ficar preferencialmente com sua família biológica, uma vez que ambos tiveram conhecimento, via autos do processo, do interesse da avó materna em ficar com a guarda provisória da neta, assim como que esta tinha vínculos com a família extensa e nunca foi vítima de maus tratos ou qualquer negligência, mas, mesmo assim, insistiram no seu acolhimento institucional, demonstrando total apego ao formalismo do procedimento processual, não optando por uma solução que melhor tutelasse a dignidade humana da infante.

Para entender o “risco e a excepcionalidade da institucionalização”, arguida nas decisões analisadas, traz-se algumas considerações para reflexão e construção de argumentos relativos à colocação da adoção internacional como último recurso não estar em consonância como o melhor interesse da criança e o seu direito à convivência familiar, por entender que o último recurso deveria ser a colocação da criança em instituição de acolhimento, pois embora o ECA estabeleça que o acolhimento institucional seja uma medida de proteção para casos de violação ou ameaça dos direitos das crianças, significando que a criança deve ser afastada da família natural quando seus direitos básicos não estão sendo respeitados pelos genitores, familiares ou responsáveis e, também, “quando o Estado não atua de maneira eficaz mediante políticas públicas e sociais na garantia à proteção social da família”, o entendimento que se tem é de que se haviam vínculos familiares (tanto na família natural como substituta), mesmo estando a criança em instituição de acolhimento que dê o “suporte ideal para seu desenvolvimento saudável”, deve-se buscar a reinserção ao convívio familiar, pois esses vínculos são “fundamentais para oferecer às crianças condições para um desenvolvimento

saudável, tanto fisicamente quanto emocional e psicologicamente, favorecendo a formação de sua identidade e personalidade” (PARRA; OLIVEIRA; MATURANA, 2019, não paginado)²²⁵.

Os principais motivos de afastamento familiar apresentados no texto de Oriente e Souza (2007) foram: carência de recursos materiais da família; abandono pelos pais ou responsáveis; doença dos pais; dependência química do pai, da mãe ou de ambos; prisão dos pais ou responsáveis; abuso sexual; orfandade; mendicância; e violência doméstica.

[...]

Talvez as discussões e a relação paradoxal entre **risco e proteção nos processos de institucionalização de crianças** e adolescentes nunca sejam respondidas ou até nunca terminem, porém é impossível negar a importância das instituições de acolhimento, principalmente os abrigos, na vida de tantas crianças e jovens. Ressalta-se que por mais que o abrigo seja um local para acolhimento, assistência e proteção à criança e ao jovem, **os trabalhos encontrados, em sua maioria, ainda salientam os fatores de risco e os impactos negativos da institucionalização, bem como déficits, dificuldades, excesso de agressividade, carência de afetos, entre outros, que são algumas das marcas atribuídas à institucionalização** (PARRA; OLIVEIRA; MATURANA, 2019, não paginado, grifo nosso).

Nesse sentido traz-se a “Decisão 11”²²⁶, que trata da retirada da criança da casa da adotante para ser colocada em instituição de acolhimento para que mãe e filho restabelecessem a convivência. O problema jurídico²²⁷ do voto em análise se refere ao Recurso Ordinário²²⁸

²²⁵ O artigo destas autoras traz os “motivos da institucionalização e a criança no abrigo”, resultados de pesquisas realizadas sobre o tema. Há o relato de que “o que pode produzir marcas nas crianças institucionalizadas não é a ausência da mãe, mas a falta de qualquer tipo de relação de afeto e de condições fundamentais para crescer e se desenvolver, e, acima de tudo, a falta de amor, cuidado, carinho, respeito e segurança, falta do apego e do vínculo”, geralmente causando marcas irreparáveis que prejudicam sua inserção social (PARRA; OLIVEIRA; MATURANA, 2019).

²²⁶ RHC 118696; (ACÓRDÃO) Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE; DJe 21/02/2020; Decisão: 18/02/2020. (BRASIL, 2020).

²²⁷ A lide processual teve origem quando M. R D. L. promoveu ação de adoção da criança E. A. c/c tutela de guarda provisória e destituição de poder familiar contra S. A. M (genitora de E. A.), sob a alegação de que a Requerida, que trabalhava na residência de A. M. M. N. como cuidadora da idosa F. M., havia manifestado àquela a intenção de entregar à adoção seu filho E. A. (nascido em 09/09/2016), alegando falta de condições financeiras e de paciência para com a criança. Tais argumentos foram rechaçados na peça contestatória apresentada pela mãe biológica do infante.

²²⁸ **EMENTA** - RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. AÇÃO DE ADOÇÃO C/C GUARDA E DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECONHECIMENTO, COM BASE NOS RELATÓRIOS SOCIAL E PSICOLÓGICO, DE QUE A DEMANDANTE, IMBUÍDA DE MÁ-FÉ E COM O PROPÓSITO DE ATENDER UNICAMENTE A SEUS INTERESSES, VALEU-SE DE UMA SITUAÇÃO PONTUAL DE DIFICULDADE DA GENITORA PARA OBTER A GUARDA DE FATO DA CRIANÇA, CEDIDA EM CARÁTER PRECÁRIO, NEGANDO-SE A RESTITUI-LA À MÃE, A FIM DE VIABILIZAR A ADOÇÃO IRREGULAR, POR MEIO DA CRIAÇÃO ARTIFICIAL DO VÍNCULO DE AFETIVIDADE COM O INFANTE DE TENRA IDADE. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO PROVISÓRIO DA CRIANÇA, PARA O ESPECÍFICO PROPÓSITO DE VIABILIZAR A REAPROXIMAÇÃO GRADATIVA DA GENITORA COM O FILHO. INEXISTÊNCIA DE ILICITUDE, CONSIDERADAS AS PARTICULARIDADES DO CASO. RECURSO IMPROVIDO. 1. De acordo com a moldura fática delineada pelas instâncias ordinárias, de modo uníssono, a recorrente, imbuída de má-fé e com o propósito de atender unicamente a seus interesses, valeu-se de uma situação pontual de dificuldade da genitora para obter a guarda de fato da criança, cedida em caráter precário, negando-se a restituí-la à mãe, a fim de viabilizar a adoção irregular, por meio da criação artificial do vínculo de afetividade com o infante de tenra idade. 2. Os relatórios social e psicológico, de modo peremptório, recomendaram a reaproximação gradativa entre a mãe e a criança, mostrando-se necessário, para esse propósito, o imediato afastamento do

interposto por E. A. (adotando), representado por M. R. D. L. (adotante), na alegada qualidade de guardiã, em contrariedade ao Acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (TJMS) que denegou a ordem impetrada em *Habeas Corpus* preventivo, no bojo de “Ação de Adoção c/c Destituição do Poder Familiar”, sendo que esta foi julgada improcedente em primeira instância. Tal situação foi gerada pela aspiração da Recorrente que, nas razões recursais, via impetração de HC na origem, pretendeu a atribuição de efeito suspensivo à sentença de improcedência, proferida nos autos da referida Ação de Adoção, especificamente no que se refere ao imediato encaminhamento do adotando para abrigo existente na Comarca de Rio Brilhante/MS, na qual reside a genitora, a fim de que seja realizada a aproximação gradativa da criança com a mãe biológica.

Entendeu o Relator, Senhor Ministro Marco Aurélio Bellizze, que os argumentos apresentados pela parte insurgente, destinadas a reformar a decisão do juízo singular quanto às provas apresentadas, “especificamente no que se refere à conclusão dos relatórios social e psicológico e a defender a necessidade de maior dilação instrutória, são matérias que, por depender de reexame do conjunto fático-probatório, desbordam dos estreitos limites cognitivos do *habeas corpus*” (p. 1 de 4), pois o cerne da questão é a retirada da criança da casa da Recorrente para ser colocada em instituição de acolhimento para o restabelecimento da convivência entre mãe e filho. Não viu manifesta ilegalidade ou teratologia da parte da sentença que, ao julgar improcedente a ação de adoção promovida por M. R. D. L. contra S. A. M. (genitora de E. A.), determinou, com base nas particularidades caso, o imediato encaminhamento da criança para abrigo existente na Comarca do domicílio da família natural, localizada em Rio Brilhante/MS, a fim de que fosse realizada a aproximação gradativa da criança com a genitora.

O centro da pesquisa, que resultou nesta tese, é a questão da adoção (nacional ou internacional) como garantia do direito fundamental à convivência familiar atendendo ao

infante dos cuidados da demandante, “dado ao egocentrismo e baixa empatia da requerente com as necessidades da criança”. Diante desse quadro e para viabilizar a reaproximação gradativa entre a genitora e seu filho, determinou-se o imediato encaminhamento do menor para abrigo existente na Comarca de Rio Brilhante/MS, na qual reside a genitora, medida que, segundo reconhecido, atende aos superiores interesses da criança, observados todos os cuidados necessários, o que, em si, não encerra nenhuma ilicitude. 3. As argumentações expendidas pela parte insurgente, destinadas a desqualificar a avaliação do julgador primevo quanto às provas acostadas aos autos, especificamente no que se refere à conclusão dos relatórios social e psicológico e a defender a necessidade de maior dilação instrutória, são matérias que, por depender de reexame do conjunto fático-probatório, desbordam dos estreitos limites cognitivos do *habeas corpus*. 4. Em situações excepcionais, tal como se dá no caso dos autos, a jurisprudência desta Corte de Justiça, em observância aos princípios do melhor interesse e da proteção integral da criança, opta pelo acolhimento institucional do menor em hipóteses de indícios ou prática de “adoção à brasileira”, em detrimento da sua colocação na família que a acolhe. 5. Recurso ordinário em *habeas corpus* improvido.

melhor interesse da criança e que a colocação em instituição de acolhimento deveria ser o último recurso. No caso deste acórdão, entende-se que isso não aconteceu, pois a criança, ao invés de retornar para o seio da família natural, para conviver com a mãe biológica, em sua casa, o judiciário decidiu que ela deveria ser colocada num abrigo para ter uma aproximação gradativa com a mãe, mesmo não tendo esta ficado por muito tempo afastada do filho (dez meses).

A Recorrente, inconformada com a decisão, arguiu, no mérito, pelo provimento do Recurso Ordinário, para que fosse concedida a ordem impetrada, com o escopo de suspender os efeitos da sentença de 1º Grau, no sentido de alterar a decisão prolatada no Acórdão da Colenda 1ª Câmara Criminal do TJMS que determinou o “imediato abrigamento do Paciente, confirmando a medida liminar eventualmente deferida, em definitivo ou até que seja julgado o Recurso de Apelação interposto, quando então se terá ciência do posicionamento de mérito do Egrégio Tribunal a respeito”. Tais argumentos não foram acatados, tanto pelo Ministério Público Federal, que apresentou parecer pelo desprovimento do Recurso Ordinário, como pelo TJMS, que decidiu pelo indeferimento do pedido liminar, entendendo ser melhor para a criança seu abrigamento, ambos na “contramão” do que vem sendo decidido pelo STJ, que tem colocado a institucionalização como último recurso²²⁹, uma vez que não foi identificado, tanto no Relatório como no voto do Relator, que a criança sofreu maus tratos pela Adotante, ou mesmo pela genitora, motivo que ensejaria sua colocação em abrigo, portanto, entende-se que em atenção ao melhor interesse da criança seria seu retorno “direto” para casa da sua mãe, sob o fundamento de que não ficou comprovado que a criança estaria em situação de risco, conforme laudos psicológico e social do caso, *in verbis* do acórdão ora analisado:

²²⁹ A Terceira Turma do STJ, no julgado - MC n. 18.329/SC, relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, julgado em 20.9.2011 -, fixou o entendimento de que, **na ausência de perigo de violência física ou psicológica contra a criança, a sua busca e apreensão com acolhimento institucional, no curso de qualquer ação em que se discuta a custódia física do infante, representa evidente afronta ao melhor interesse da criança.** Neste sentido as Decisões do STJ: *HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. ADOÇÃO.* - Salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, não se pode conceber que o acolhimento institucional ou acolhimento familiar temporário, em detrimento da manutenção da criança no lar que tem como seu, traduza-se como o melhor interesse do infante. – Ordem concedida. (HC 221.594/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 21/03/2012); RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 106.091 - GO (2018/0322237-0), Relator: Ministro MOURA RIBEIRO - RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS. AÇÃO DE ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO DE RELATOR DE CORTE DA ORIGEM. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO DE CRIANÇA PARA POSTERIOR ABRIGAMENTO INSTITUCIONAL. FORMAÇÃO DE VÍNCULO AFETIVO ENTRE A MENOR E A PRETENSÁ FÁMÍLIA ADOTANTE, JÁ INSCRITA NO CADASTRO NACIONAL DE ADOTANTES. PRIMAZIA DO ACOLHIMENTO FAMILIAR EM DETRIMENTO DE COLOCAÇÃO EM ABRIGO INSTITUCIONAL. PRECEDENTES. O CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO DEVE SER SOPESADO COM O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. RECURSO ORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO. (Grifo nosso);*

[...] A criança recebe adequação de cuidados requerente, todavia a separação mãe e filho ocorreu abrupta, no intuito de impedir os contatos da Sra. S. com o infante, o que foi imposto pela requerente, sem considerar os vínculos afetivos previamente estabelecidos. Há indícios de que esta situação gerou traumas psicológicos ao infante, sem que tenha sido observado motivos para que visitas e contatos da criança com mãe biológica fossem interrompidos, tampouco verificou-se motivos que dessem causa à Destituição do Poder Familiar [...]"

[...] não foi demonstrado situação de risco ou motivo suficiente que justifique uma destituição do poder familiar, uma vez que a genitora apresentou um problema momentâneo meramente material, inclusive aceitou condições precárias de trabalho por falta de oportunidade. Portanto, não há impedimentos para que E. mantenha convívio com sua mãe biológica, seu irmão M. de 7 anos que reclama sua falta e demais membros da família de origem, pois seu afastamento foi premeditado pela requerente, ocorreu uma privação arbitrária da identidade da criança, dos seus costumes, da sua própria história e dos vínculos maternos estabelecidos, pois a autora sempre teve a intenção de adotá-lo. Sugere-se gradativa reaproximação entre E. e sua mãe Sra. S., e toda sua família de origem" (p. 7 e 8 de 4). [...] Diante da conduta da requerente, tem-se que se construiu entre a criança e a autora o apego inseguro, caracterizado pela desatenção desta em relação as necessidades daquela, de modo que o afastamento entre eles não ensejará prejuízos psicológicos a E., que conta dois anos e dez meses, dos quais esteve na companhia da autora somente nos últimos dez meses, período em que M. priorizou seus interesses em detrimento dos de E. **Ao longo desses dez meses, a genitora teve contato inicial com o filho de modo que não são estranhos um do outro.** Pelo contrário, o retorno da convivência suscitará as memórias da criança em relação à sua genitora e os vínculos afetivos serão fortalecidos. Ademais, o amor dos outros membros da família haverá de auxiliar na readaptação da criança à família natural (BRASIL, 2020, p.8-9, grifo nosso).

Levando-se em conta de que a prioridade da adoção não é promover a satisfação do interesse do adotante, pois ela visa, sobretudo, à constituição de família substituta à criança, em atenção ao seu direito fundamental à convivência familiar e com intuito de possibilitar seu desenvolvimento como ser humano, deve-se observar o melhor interesse da criança e da prevalência da família natural ou extensa (art. 39, § 1º e 100 do ECA), dando preferência à manutenção da criança em um lar estabelecido, onde não sofreria qualquer tipo de violência física ou psíquica, em detrimento do acolhimento institucional, nesse sentido traz-se a jurisprudência do STJ, “[...] também em observância ao princípio da proteção integral e prioritária da criança previsto no Estatuto de Criança e do Adolescente e na Constituição Federal, tem o entendimento consolidado de que existe primazia do acolhimento familiar em detrimento da colocação de menor em abrigo institucional” (RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 106.091 - GO (2018/0322237-0) DJe 24/04/2019 - Relator: Ministro Moura Ribeiro, p. 10 de 5).

O Relator, em seu voto, entendeu que o Tribunal de origem, ao denegar a ordem impetrada, foi claro em referendar a medida de acolhimento, argumentando que o Juízo singular acredita que na companhia da Adotante M. R. D. L., não haverá possibilidade da reaproximação da criança com sua genitora; que nas “informações prestadas, destacou que para se efetivar a entrega do menor E. à mãe S. [...], considerando o fato de que ela reside em outra comarca, Rio

Brilhante/MS, e é economicamente vulnerável, determinou a busca e apreensão e acolhimento institucional”, com o objetivo de que a coordenação da instituição de acolhimento faça o traslado de E., de forma segura; que “a medida de acolhimento institucional tem por fim, unicamente, garantir imediatamente os direitos fundamentais do menor E. de viver no seio de sua família natural, possibilitando, gradualmente, sua reaproximação com sua genitora S. [...]”; que “não houve motivos para perda do poder familiar e restou comprovado indícios da prática de pretensão de adoção irregular”; e que “[...] Em assim sendo, mostra-se cabível a manutenção da decisão de acolhimento institucional, especialmente para se efetivar as medidas protetivas determinadas pela diligente Juíza de origem” (RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 106.091 - GO (2018/0322237-0) DJe 24/04/2019 - Relator: Ministro Moura Ribeiro, p. 10 de 4).

Em presença desse entendimento, a inferência que se faz é de que havia preocupação com o encaminhamento da criança para outra comarca em virtude da falta de condições econômicas da mãe de E., assim, mediante a determinação do seu acolhimento institucional, a referida instituição providenciaria o traslado, sem considerar que não haveria necessidade de tal acolhimento e, sim a determinação para que o Estado arcasse com tais despesas e providências, para que a criança fosse colocada diretamente na casa da sua família natural, pois consoante o superior interesse da criança, como mencionado, a última opção deve ser o acolhimento institucional, uma vez que, no caso em análise, ela foi retirada do convívio familiar (natural ou substituta), sem ter havido direito ameaçado ou violado (art. 98 do ECA).

O Relator acolhe a referida decisão prolatada, argumentando que

[...] em situações excepcionais, tal como se dá no caso dos autos, a jurisprudência desta Corte de Justiça, **em observância aos princípios do melhor interesse e da proteção integral** da criança, **opta pelo acolhimento institucional do menor em hipóteses de indícios ou prática de "adoção à brasileira" em detrimento da sua colocação na família que a acolhe** (BRASIL, 2020, p. 10, grifo nosso).

E trazendo julgados que entendeu corroborarem com seus argumentos, fazendo referência à ilicitude da “adoção à brasileira”²³⁰. Acontece que, pelo entendimento legal e doutrinário vigente, o caso não é de “adoção à brasileira”²³¹, pois esta ocorre quando alguém

²³⁰ HC 454.161/TO, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 14/08/2018, DJe 23/08/2018; HC 439.885/SP, Rel. Ministro Lázaro Guimarães, Desembargador Convocado do TRF 5ª Região, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018.

²³¹ Vide art. 242 do Código Penal, o qual estabelece que registrar como seu filho de outrem, dar parto alheio como próprio, é atribuída uma pena de reclusão de 2 anos. Cf. PEREIRA, 2019, p. 438; ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019; PUCCI NETO, 2017.

registra uma criança como se sua filha biológica fosse²³², e neste caso isso não ocorreu, uma vez que a criança já tinha um registro de nascimento, sendo, portanto, uma “adoção *intuitu personae*”²³³ ou “adoção dirigida”, a qual não é proibida no Brasil, embora seja interpretada como tal por não estar alinhada com o Cadastro Nacional da Adoção (CNA)²³⁴, o que, em decorrência da suposta ilicitude, ensejaria “medida de proteção” (art. 98 do ECA).

O Relator conclui seu voto, sob o fundamento de que:

Saliente-se, ainda, que as argumentações expandidas pela parte insurgente, destinadas a desqualificar a avaliação do julgador primevo quanto às provas acostadas aos autos, especificamente no que se refere à conclusão dos relatórios social e psicológico, e a defender a necessidade de maior dilação instrutória, são matérias que, por depender de reexame do conjunto fático-probatória, desbordam dos estreitos limites cognitivos do *habeas corpus*. Por fim, diversamente do que pretende fazer crer a recorrente, a genitora, em sua contestação, apenas requereu fosse dada a guarda do menor à recorrente, subsidiariamente, caso algum pedido fosse julgado procedente, desde que lhe fosse garantido o direito de convivência com o seu filho, o que apenas reforça, no contexto da matéria de defesa expandida, o desejo manifestado de ter, novamente, para si, seu filho. Desse modo, não se constata ofensa direta e imediata à liberdade de locomoção do paciente, a comportar a impetração de *habeas corpus*, tal como reconhecido na origem. Em arremate, na esteira dos fundamentos acima delineados, nego provimento ao presente recurso ordinário. É o voto (BRASIL, 2020, p. 12-13).

A despeito dos fundamentos declinados pelo Tribunal, não se pode refutar que, em demandas envolvendo interesse de infante, a solução da controvérsia deve sempre observar o “princípio do melhor interesse da criança”, introduzido no sistema jurídico nacional como

²³² “Adoção à brasileira ou afetiva” é uma prática disseminada no Brasil, onde uma pessoa registra o filho da outra como se fosse seu descendente (DIAS, 2010, p. 489).

²³³ Acerca da matéria, bem se posiciona a Procuradoria-Geral de Justiça, em seu judicioso parecer, abaixo transcrito, como razões de decidir, nos termos do artigo 210, parágrafo único, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás: “[...] Embora subsista o entendimento, por parte de alguns doutrinadores, de que esta modalidade de adoção não é autorizada pela legislação, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que o Cadastro Nacional de Adoção não é absoluto, prevalecendo os laços de afetividade e o vínculo formado entre a criança e o casal adotante, como preceituado pelo princípio do melhor interesse. [...] Ademais, não é devido, igualmente, generalizar ao pressupor que toda adoção consensual decorra de fraude ou de má-fé, ao contrário, entende-se que ambas as modalidades (cadastro e adoção *intuitu personae*) deverão trabalhar em conjunto, a fim de proteger os reais interesses dos menores, confiando-os as famílias substitutas que os aceitarem com amor, carinho e dedicação. Portanto, torna-se injusto não permitir que um infante que pode ser recebido por uma família substituta – que possui todos os elementos necessários e saudáveis para incorporá-lo a um verdadeiro lar – seja preterido pelo Estado, somente para cumprir uma formalidade processual, como é visto no caso em tela. O estabelecimento institucional deve ser a última solução para uma criança. Isto pois, por maior e melhor esforço que se faça para uma saudável institucionalização, o trauma nunca será apagado da mente em formação. Em homenagem a isso, deve-se fazer o máximo para que o infante seja organicamente levado, sem mais delongas, a uma família substituta que realmente possa oferecer condições para seu desenvolvimento. Por conseguinte, baseado no conjunto probatório dos autos, nota-se que a magistrada *a quo* agiu com prudência e razoabilidade ao julgar procedente o pedido inicial [...]” (evento 113).

²³⁴ Desde 2019 a nomenclatura é “Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento” (SNA), regulamentado pela Resolução nº 289/2019, resulta da fusão do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e do Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas (CNCA); sendo responsável por sua gestão o Comitê Gestor dos Cadastros Nacionais (CGCN), criado pela Portaria Conjunta n. 01/2018 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

corolário da doutrina da proteção integral, consagrada pelo artigo 227 da CF/88, o qual deve orientar a atuação tanto do legislador quanto do aplicador da norma jurídica, vinculando-se o ordenamento infraconstitucional aos seus contornos, neste sentido, o STJ tem entendimento consolidado de que o acolhimento institucional de criança é medida excepcional, a exemplo do Recurso em *Habeas Corpus* 118696 – MS (STJ - DJe 21/02/2020) (BRASIL, 2020), que teve como Relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze.

A compreensão final que se dá para o voto do Acórdão em análise é de que foi realizada a distribuição de justiça ao ser determinado que a criança deveria retornar para sua família natural, pois não havia o que justificasse ela ser colocada em família substituta, porém, não há concordância com o abrigo do adotando, uma vez que nem na família substituta e nem na família natural, foi constatado risco à integridade física ou psíquica do infante, sendo teratológica²³⁵ a determinação de seu acolhimento quando não se inclui nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA²³⁶, pois inconcebível a presunção de que um local de acolhimento institucional possa ser preferível a um lar estabelecido, onde a criança não sofre nenhum tipo de violência física ou moral.

Diante da análise dos acórdãos anteriormente relatados, traz-se a compreensão da relevância das decisões para atribuir um “conteúdo” jurídico ao princípio do melhor interesse da criança, ou seja, de como a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça aplica o princípio do melhor interesse da criança em casos de adoção e em razão do direito à convivência familiar, que é o direito de crescer e se desenvolver no seio de uma família que lhe dê amor, afeto e segurança.

No caso da adoção unilateral, que é conceituada como “aquela que ocorre quando há manutenção dos vínculos de filiação com um dos genitores, fazendo com que surja o vínculo civil com o(a) companheiro(a) ou com cônjuge desse genitor” (PEREIRA, 2019, p. 431), onde se estabelece uma “biparentalidade fática” da criança com o(a) parceiro(a) do genitor biológico (DIAS, 2010, p. 482), a qual pode ocorrer em três situações distintas: *a*) quando constar o nome dos dois genitores no registro; *b*) quando a criança está registrada em nome de apenas um genitor; e *c*) quando um dos genitores for falecido, entendeu-se que cada caso deve ser analisado

²³⁵ “Medida em que, na hipótese, notoriamente beira a teratologia, pois inconcebível se presumir que um local de acolhimento institucional possa ser preferível a um lar estabelecido, onde a criança não sofre nenhum tipo de violência física ou moral”. (STJ, HC 274.845/SP (2013/0250389-7), 3ª Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, julgado em 12/11/2013).

²³⁶ *Vide* HC 358536 – SP, 3ª T., Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, 21/06/2016.). A Terceira Turma do STJ, no julgado - MC nº 18.329/SC, relatora para acórdão Ministra Nancy Andriahi, julgado em 20.9.2011 -, fixou o entendimento de que, **na ausência de perigo de violência física ou psicológica contra a criança, a sua busca e apreensão com acolhimento institucional, no curso de qualquer ação em que se discuta a custódia física do infante, representa evidente afronta ao melhor interesse da criança.** (Grifo nosso)

com suas particularidades, pois quando se trata de famílias reconstituídas (*multiparentalidade*), o melhor interesse da criança é a diversidade de afeto que pode ser estabelecido pela ampla rede de cuidados e relacionamentos, e que para isto acontecer: “os familiares envolvidos (biológicos e socioafetivos) deverão ter consciência de que o melhor para todos é agregar muito amor e cuidado às crianças inseridas nessa nova realidade familiar, sem direito a exclusividade do amor de uns em detrimento dos outros”; que no caso desta modalidade de adoção, quando um dos genitores é falecido²³⁷, defende-se que a norma deve ser revista, principalmente no sentido de que o genitor sobrevivente pode decidir dar um novo pai ou nova mãe para seu filho sem que seja ouvida a família do *de cuius*, rompendo legalmente os laços com os avós, tios e primos, contradizendo a “prevalência do convívio da criança com a família natural ou extensa”, especialmente diante da possibilidade da criança que quer ser considerada filha do padrasto ou da madrasta, poderá fazê-lo via filiação socioafetiva prevista na Lei de Registros Públicos, não havendo necessidade do rompimento com seus laços biológicos.

No que se refere às adoções em que a mãe entregou a criança e depois se arrependeu, o que é preciso levar em consideração, em primeiro lugar, é o direito do(a) filho(a) em ser criado(a) num lar seguro, que lhe dá amor e oferece todos os cuidados necessários para seu desenvolvimento integral, em consonância ao princípio do melhor interesse da criança, o qual permeia a norma estatutária, considerando a situação de que estará mais atendida na família substituta do que na família natural, embora isso possa implicar em flexibilização de outra norma jurídica, pois se estará, no caso concreto, privilegiando a norma principiológica, que é matriz interpretativa de toda a legislação relativa à criança, em tal perspectiva, a justiça não será flexibilizada quando não se ignoram os contornos fáticos do caso em análise, mas tão só será edificada a solução da *lide* processual com os olhos voltados para a criança adotanda.

Outra situação fática trazida, foi a de quando no transcurso do processo de adoção há determinação de “busca e apreensão” da criança, para ser colocada em instituição de acolhimento, entende-se que a situação apresentada deve ser detalhadamente analisada antes de tirá-la da família que a acolhe, daí a relevância do trabalho das equipes “multidisciplinares”, com seus relatos e pareceres. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça²³⁸, “na ausência de perigo de violência física ou psicológica contra a criança, sua busca e apreensão com acolhimento institucional, no curso de qualquer ação em que se discuta a custódia física da infante, representa evidente afronta ao melhor interesse do menor”, uma vez que se deve evitar

²³⁷ Vide a divergência doutrinária apresentada por Maria Berenice Dias (DIAS, 2010, p. 483-484).

²³⁸ Conforme julgamento da Terceira Turma, em 20.9.2011, da MC n. 18.329/SC, Relatora Ministra Nancy Andrighi.

“sucessivas mudanças de lar”, considerando a importância da convivência familiar e que as condutas realizadas para a proteção integral da criança devem ser norteadas pelo princípio do melhor interesse da criança, que deve ser analisado considerando cada caso concreto (art. 39, § 3º do ECA)²³⁹, pois a natureza desse princípio é abrangente e indeterminada.

Quando a decisão é contrária à letra da lei, como é o caso do REsp nº 1448969, que teve como Relator o Ministro Moura Ribeiro (DJe 03/11/2014), versando sobre “Ação de Adoção de descendente por ascendente” como forma de regularização de “filiação socioafetiva”, em que o MP alegou a violação dos arts. 39, § 1º, 41, *caput*, 42, § 1º e 43, todos do ECA; o cerne da discussão foi a vedação constante do art. 42, § 1º, do ECA, sendo que o Tribunal entendeu que o comando não merecia aplicação por descuidar da realidade fática dos autos, no sentido da prevalência dos princípios da proteção integral e da garantia do melhor interesse da criança, art. 6º do ECA, uma vez que os Requerentes pediram a adoção do neto, por sempre terem exercido a função de seus pais e pela tenríssima idade de mãe (9 anos), passando a exercer a paternidade socioafetiva de fato do filho dela. Trata-se de uma “decisão *contra legem*”, bem fundamentada pelo Relator, que construiu seus argumentos no histórico do instituto da adoção, nos preceitos constitucionais e seus princípios, amparado pelo entendimento doutrinário vigente, estando em consonância com o Enunciado 17 do IBDFAM, que estabelece: “A técnica de ponderação, adotada expressamente pelo art. 489, § 2º, do CPC²⁴⁰, é meio adequado para a solução de problemas práticos atinentes ao Direito das Famílias e das Sucessões”. Nas votações da Terceira Turma do STJ, está expresso que o sistema normativo protetivo estabelecido pelo ECA tem como fundamento central a proteção integral da criança e, por consequência, o princípio do seu melhor interesse (Cf. art. 6º c/c art. 1º, 3º e 43 do ECA).

A vontade das partes envolvidas (adotantes, adotando e mãe biológica) era pelo deferimento da adoção, portanto, em casos tão sensíveis, que envolvem a identidade da pessoa, a rigidez da norma jurídica há que dar espaço à justiça do caso concreto, no sentido de que o juiz tem que optar entre o formalismo da norma e a realização humana, pois o Judiciário deve estar sempre atento às mudanças do comportamento humano nas relações familiares, decidindo pela solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana, uma vez que privilegiar a verdade biológica em detrimento da socioafetiva, ainda que sobre aquela não haja dúvidas, é possível

²³⁹ Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei. [...] § 3º Em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, **devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando**. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017) (Grifo nosso)

²⁴⁰ CPC/2015 – Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença – Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 2º. No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

ficar com *socioafetividade* em detrimento da consanguinidade, para uma adequada “distribuição de justiça”.

3.3.2 O entendimento do princípio do melhor interesse da criança no processo da adoção

Este tópico trata da construção de um conceito dogmático do princípio do “melhor interesse da criança”, resultante da análise de decisões/acórdãos, apresentadas anteriormente, a partir da vigência da lei da adoção aprovada em agosto de 2009 (Lei nº 12.010/09), a qual, em seu art. 1º, “dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças”.

Ao estabelecer a doutrina da proteção integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 1º, torna imperativa a observância do melhor interesse da criança, que no caso da adoção, este está disciplinado nos arts. 39, § 3º, 42, § 5º e 43 do referido Estatuto. Na perspectiva jurídica do direito à convivência familiar via adoção, o princípio do melhor interesse da criança estabelece que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos” (ECA, art. 43), resguardando a garantia do direito fundamental à convivência familiar (art. 227, *caput* da CF/88; art. 4º, *caput* e art. 19, *caput* do ECA).

Já apresentado no primeiro capítulo desta tese, o princípio do melhor interesse da criança tornou-se referência para orientar tanto o legislador, como o aplicador do direito, possuindo força normativa *prima facie*, já que determina a primazia das necessidades da criança, devendo, portanto, ser tratado como critério de interpretação da norma jurídica ou mesmo como forma de elaboração de futuras demandas, conforme prescreve o art. 6º do ECA²⁴¹, assim como o preâmbulo da CH/93: “Convencidos da necessidade de prever medidas para garantir que as adoções internacionais sejam feitas no **interesse superior da criança** e

²⁴¹ Vide RECURSO ESPECIAL Nº 1.448.969 - SC (2014/0086446-1) Relator: MINISTRO MOURA RIBEIRO – EMENTA - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR MOVIDA PELOS ASCENDENTES QUE JÁ EXERCIAM A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SENTENÇA E ACÓRDÃO ESTADUAL PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MÃE BIOLÓGICA ADOTADA AOS OITO ANOS DE IDADE GRÁVIDA DO ADOTANDO. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SUPOSTA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 39, § 1º, 41, CAPUT, 42, §§ 1º E 43, TODOS DA LEI N.º 8.069/90, BEM COMO DO ART. 267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA. DISCUSSÃO CENTRADA NA VEDAÇÃO CONSTANTE DO ART. 42, § 1º, DO ECA. COMANDO QUE NÃO MERECE APLICAÇÃO POR DESCUIDAR DA REALIDADE FÁTICA DOS AUTOS. **PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA GARANTIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ART. 6º DO ECA.** INCIDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DA NORMA FEITA PELO JUIZ NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. (Grifo nosso).

com respeito a seus direitos fundamentais, [...]” (grifo nosso); estabelece, assim, que todas as condutas devem ser adotadas, levando em consideração o que é melhor para a criança, pois não se tem conhecimento de um “entendimento preconcebido do que seja melhor para a criança” (PEREIRA, 2012, p. 150). Nas palavras de Paulo Lôbo:

O princípio não é uma recomendação ética, mas uma diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado. A aplicação da Lei deve sempre realizar o princípio, consagrado, segundo Luiz Edson Fachin, como “critério significativo na decisão e na aplicação da lei”, tutelando-se os filhos como seres prioritários. O desafio é converter a população infantojuvenil em sujeitos de direito, “deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos” (LÔBO, 2019, p. 129).

Em decorrência da pesquisa realizada, o entendimento que se traz é de que o princípio do melhor interesse é um *standard* de justiça e seu conteúdo é estabelecido em cada circunstância apresentada no caso concreto, portanto, aberto, podendo sofrer variações de acordo com os direitos e garantias fundamentais da criança (PEREIRA, 2012, p. 151). Acredita-se que se trata de princípio diretriz, que irá sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas, no sentido de orientar tanto o legislador como o aplicador do Direito, determinando as prioridades das necessidades da criança como critério de interpretação da lei, distribuição de justiça e/ou para criação de futuras normas jurídicas.

A interpretação do melhor interesse da criança é subjetiva veiculada por valores morais preestabelecidos, geralmente previstos em lei, mas que cada juiz faz sua interpretação, subsumindo-os ao caso concreto que, em determinadas situações, pode vislumbrar o sentimento de insegurança jurídica, pois o Superior Tribunal de Justiça tem firmado alguns entendimentos, reformando decisões do juízo originário, onde este argumenta que se a lei estabelece, é assim que deve ser, por atender ao melhor interesse da criança, mas o Tribunal entende diferente e diz que deve ser o que é melhor para a criança, que se a lei é contrária, então deve ser flexibilizada para que melhor atenda aos interesses da criança, assim, cada caso é um caso circundado por particularidades, o que foi constatado nos votos dos Acórdãos analisados.

No dizer de Sérgio Furtado (2020, p. 216):

O ser humano vive num espaço onde campeia a incerteza, por outro lado, esse mesmo meio é que lhe subsidia, parametra e disponibiliza recursos para a sua própria sustentação”. No mundo da cultura há valores intersubjetivos que emprestam significados dos quais as pessoas se contextualizam, o que lhes garante “um mínimo de certeza para enfrentar as adversidades do existir consorciado, sem os quais não saberia enfrentar essa mesma odisséia que consiste em viver.

A jurisprudência vem para dar o direcionamento atual do Direito, que no caso da presente pesquisa, é a adoção e o melhor interesse da criança de viver no seio de uma família que a ame e cuide. No viés da análise dos Acórdãos pesquisados, os pressupostos que embasaram o “melhor interesse da criança” foram construídos a partir de um processo de identificação, que consistiu, inicialmente, na comparação a um padrão previamente conhecido que a cultura disponibiliza (legislação), movimento este que o aparelho psíquico faz imediatamente, na medida em que já o dispõe por estar incrustado no seu sistema de valores e crenças, levando em consideração o discernimento, no sentido de que guarda alguma subjetividade particularmente, mas no qual parece que se isenta quanto a tomar partido em função de determinado direcionamento.

O posicionamento que se adota nesta pesquisa é que o identificar torna pertença própria o que até então se encontrava disperso e indefinido, porém na medida em que este sofre a internalização, automaticamente passa a ser algo pessoal, implicando numa responsabilização por parte do sujeito em relação ao identificado. Algo assim como se o sujeito emprestasse personalidade ao objeto em questão, o que o torna particular e ao mesmo tempo pessoal, passando, portanto, do plano da impessoalidade, para outro no qual seu domínio fica evidenciado, como se nada houvesse e, de repente, ei-lo evidenciado num ordenamento agora admitido como pertencente à própria personalidade, perdendo seu silêncio de estar simplesmente aí, e fazendo parte de um ordenamento histórico, até então não evidenciado, mas que sua identificação lhe imprimiu *status* de conhecido, portanto, habilitado à pertença pessoal (FURTADO, 2020, p. 216-217).

Com o advento da Lei da Adoção (Lei nº 12.010/09), no que concerne às normas referentes à colocação da criança em família substituta na modalidade de adoção, o ECA priorizou a família natural, trazendo a família extensa/ampliada (art. 25), dando especial importância aos vínculos de afinidade e afetividade “na medida em que se busca alcançar, em sua plenitude, o melhor interesse da criança ou do adolescente envolvido” (PEREIRA, 2019, p. 424), para só depois da destituição do poder familiar viabilizar sua adoção, conforme constatado na decisão 11 – RHC 118696 (Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze), decisão 9 – HC 440752 (Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva) e no “REsp 1.523.283/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 25/06/2015”.

Da análise dos acórdãos, portanto, identificou-se que os Relatores decidem fundamentados no melhor interesse da criança²⁴², estando mais abalizados em critérios pessoais

²⁴² Aqui faz-se referência às “etapas” estabelecidas para orientar o processo de adoção, que só são seguidas quando restar comprovado, no entendimento do julgador, que atendem o melhor interesse da criança diante do caso

retirados do caso concreto do que na previsão legal, conforme “Decisão 02”, que tratou da não comprovação do vício do consentimento alegado pela mãe biológica e o tempo da convivência da adotanda na família substituta, também, a “Decisão 05” referente à adoção de descendente por ascendente, e no caso da “Decisão 06” em que a controvérsia se deu em razão da possibilidade de ser afastado o requisito do consentimento do pai biológico em caso de adoção de filho maior, assim como na “Decisão 08”, referente à revogação de adoção unilateral.

Assim, dada a importância da família²⁴³ para o desenvolvimento integral da criança, na certeza da afetividade e do cuidado serem capazes de gerar adultos seguros, conscientes e equilibrados, busca-se a garantia do direito à convivência familiar e comunitária, que nas medidas de proteção (art. 99 e ss do ECA) tem primeiramente a reintegração familiar e na impossibilidade desta é proposta a colocação da criança em família substituta, sendo em última instância o acolhimento institucional, este como uma medida provisória e excepcional.

[...] a legislação vigente ratifica a **família como direito de toda criança e adolescente**. E, sendo necessário o acolhimento, institucional ou familiar, de criança ou adolescente, é dever de todos os agentes sociais envolvidos enviares **esforços para que o acolhimento seja realizado no menor tempo possível**, e que o acesso ao direito à convivência familiar seja assegurado a todas as crianças e adolescentes (PARÁ, 2020, p. 10).

Nesse viés, quando se trata do melhor interesse da criança e seu direito fundamental à convivência familiar, como a lei pode ser flexibilizada, as decisões que formam jurisprudência e estabelecem novos paradigmas integram-se ao Direito, valendo-se da sua própria subjetividade para compor modelos que o adequem à realidade social. Entende-se que, dessa forma, a interpretação transita entre a certeza e a incerteza, mas se supera na medida em que constrói nesse mesmo espaço a sua *práxis*, habilitando-se a uma compreensão jurídica do justo e adequado, num mundo que quer um ser humano interativo e operante.

No caso da adoção internacional, o princípio do melhor interesse da criança também não obedece a uma disposição legal, devendo ser analisado sob todas as circunstâncias, os riscos, as vantagens e as desvantagens de cada situação fática, sendo seu conteúdo construído em cada situação apresentada. Diante do exposto neste tópico, traz-se o entendimento final de que para conceituar o melhor interesse da criança é preciso estabelecer referenciais do caso concreto que está sendo analisado, considerando sempre que “a infância é merecedora de uma atenção diferenciada” (VERONESE; PETRY, 2004, p. 25), no sentido de que o seu melhor

concreto, a exemplo da adoção *intuito persona*, que não está em consonância com o cadastro da habilitação dos pretendentes à adoção.

²⁴³ Ver sobre importância da família no tópico 2.3 desta tese.

interesse, em casos de adoção internacional, deve ser norteado pelo direito à convivência familiar da criança em situação de adotabilidade, e não ao empenho que envolve sua permanência no Brasil, pois o atendimento ao melhor interesse das crianças é, com prioridade absoluta, o de viver em família natural ou adotiva, independentemente de ser nacional ou estrangeira.

4 A SUBSIDIARIEDADE NA ADOÇÃO INTERNACIONAL: AVANÇOS E ENTRAVES PARA EFETIVA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Este capítulo trata da pesquisa de campo realizada para investigar em que medida a subsidiariedade da adoção internacional repercute na efetivação do melhor interesse da criança e do seu direito à convivência familiar e conhecer os argumentos pertinentes ao entendimento da existência ou não de entraves para adoção internacional e obstáculos à efetivação da convivência familiar na perspectiva do princípio da subsidiariedade (art. 51, § 1º, II do ECA).

A proposta inicial desta tese foi levantada a partir do princípio do melhor interesse da criança, cujo entendimento legal e doutrinário é de que ela deve ser criada no seio de uma família. Assim, a sociedade e o Estado têm o dever de viabilizar a inserção de crianças, que estão sem família, em famílias que as cuidem, sendo a adoção internacional uma das formas de colocação em família substituta permanente que, pela legislação vigente, só pode ser efetivada depois de serem esgotadas todas as possibilidades de inserção da criança numa família adotiva brasileira, com a comprovação, certificada nos autos do processo, da inexistência de adotantes habilitados residentes no Brasil, após consulta aos cadastros estabelecidos pelo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA).

Segundo relatado no primeiro capítulo desta tese, existe debate sobre a prática da adoção internacional, diante da resistência dos Estados em deixar suas crianças serem levadas para outros países. A legislação internacional estabelece que esta modalidade de cuidado alternativo para crianças privadas de seu ambiente familiar deve ser colocada como último recurso, consoante a um dos princípios fundamentais que sustentam a prática da adoção internacional, que é o princípio de subsidiariedade, ao dispor que ela só pode ser concedida quando não há disponível nenhuma família substituta ou outro ambiente de cuidado no país de origem da criança (MEZMUR, 2009, p. 84).

Por sua vez, quando a legislação coloca a institucionalização da criança como último recurso, art. 34, §1º do ECA²⁴⁴, se estabelece a dúvida “se é a institucionalização da criança ou a adoção internacional o último recurso” dado à criança que está sem família, portanto,

²⁴⁴ Art. 34. O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar.

§ 1º. A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar **terá preferência a seu acolhimento institucional**, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei. (Grifo nosso) *Vide*, também, o Comentário Geral n. 9, § 47, do Comitê sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas (CRC), onde é estabelecido que o Comitê CRC “urge a todos os Estados Membros a alocar em instituições apenas como medida de último recurso, quando for absolutamente necessário e no melhor interesse da criança.” (COMITÊ CRC, 2007b).

pergunta-se “qual o lugar da adoção internacional como medida de cuidado alternativo para crianças que estão sem família?”. Nesse sentido, entendeu-se ser importante conhecer o posicionamento de pessoas que trabalham com adoção internacional, para tanto, foi realizada uma pesquisa de campo, conforme relatos a seguir.

4.1 A pesquisa de campo

Nos anos de 2016-2020, foram realizadas visitas em instituições públicas e organizações não governamentais que trabalham com adoção internacional, cuja finalidade foi conhecer o funcionamento das instituições e manter contato com as pessoas para a construção e posterior encaminhamento de questionários a respeito da adoção internacional, via formulários enviados por *e-mails*, pois o que se queria era saber, em termos gerais, o que os profissionais que atuam na adoção internacional entendem por “subsidiariedade da adoção internacional”, se concordam em ela ser colocada como último recurso e quais os avanços e retrocessos legais atribuídos a esta modalidade de adoção.

Esclarece-se que foram visitadas *in loco* a ACAF, em Brasília/DF, e as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional (CEJAIs) do Pará, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro e Ceará, no período de 2016 a 2019; visitando-se uma CEJAI de cada região do país. Em relação aos formulários, foram enviados para a ACAF, todas as CEJAIs brasileiras, alguns Grupos de Apoio à Adoção e Advogados que se teve conhecimento que trabalham com adoção internacional e Ministério Público dos Estados. Para melhor compreensão da metodologia realizada na pesquisa de campo, faz-se o relato, a seguir, das visitas efetivadas na ACAF, nas CEJAIs, Varas da Infância e Juventude²⁴⁵, assim como em Grupos de Apoio à Adoção (GAA)²⁴⁶.

Por residir em Santarém, iniciou-se pela Vara da Infância e Juventude desta Comarca, na qual a visita se deu em 2016, quando foi relatado que nos últimos anos não houve adoção internacional em Santarém, sendo atribuído esse fato às burocracias legais e às dificuldades decorrentes do Cadastro Nacional da Adoção (CNA), também ao fato de que a adoção internacional deve ser o último recurso; em virtude do tempo passado e das mudanças da

²⁴⁵ As Varas visitadas foram: Santarém/PA, Itajaí/SC e Rio de Janeiro/RJ, nas quais conversou-se com juízes, psicólogas e assistentes sociais, sobre adoção.

²⁴⁶ Visitou-se três grupos de apoio à adoção: Belém/PA, Itajaí/SC e Rio de Janeiro/RJ, infelizmente nenhum trabalhava com adoção internacional; também participou-se do IX Encontro Norte-Nordeste de Apoio à Adoção: trabalhando em rede pelo direito de ser filho, de 14-16/11/2019. Foram enviados formulários a GAAs dos Estados do Pará, Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo.

legislação que rege a adoção, entendeu-se que antes de concluir a pesquisa de campo, era interessante saber se havia algum caso de adoção internacional tramitando. Assim, em julho de 2020 manteve-se contato, por *e-mail*, com a equipe técnica; a informação que se teve, foi de que dois grupos de irmãos foram colocados em adoção internacional, mas a equipe técnica da Comarca de Santarém não teve envolvimento no processo, este foi acompanhado pela coordenadora do abrigo local e que mesmo com o novo “Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento” (SNA)²⁴⁷, o qual está sendo estudado, não houve pedido de adoção internacional.²⁴⁸

Em fevereiro de 2018, foi realizada visita no CEJA/SC, em Florianópolis. Em conversa com a secretária executiva, foi relatado que nesse Estado não estavam ocorrendo adoções internacionais, que a maioria das crianças “disponíveis” para adoção estavam sendo adotadas por pessoas do próprio Estado, em decorrência de campanhas realizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC) e do trabalho dos grupos de apoio à adoção existentes nos municípios catarinenses; também, a ideia dominante foi de que adoção internacional deve ser o último recurso usado para dar uma família à criança, que há “preocupação em acompanhar a adaptação do adotado no exterior”, via organismos credenciados²⁴⁹.

Em abril de 2018, fez-se uma visita a CEJAI de Campo Grande/MS. Também em conversa com a secretária executiva foi colocado que as ações da Comissão visam contribuir para a garantia do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes e garantir que as adoções internacionais sejam feitas segundo o melhor interesse da criança e com respeito aos seus direitos fundamentais reconhecidos pelo Direito Internacional.

Outro órgão visitado, em julho de 2018, foi a Autoridade Central Brasileira (ACAF), em Brasília/DF. Em entrevista com a gestora pública e a secretária executiva, foram relatados problemas com o CNA, nos quais a ACAF não tinha acesso ao “*status migratório*”, não havia trocas de informações entre as CEJAIs e a ACAF, inviabilizando o acompanhamento dos processos de adoção internacional nos Estados da federação, portanto, não havia informação do número de processos de adoção internacional tramitando no Brasil, como não há atualmente, conforme respostas, via *e-mail*, às perguntas formuladas em julho de 2020; pela primeira vez

²⁴⁷ Criado em 14/08/2019, o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) é regido pela Resolução nº 289/2019, surgiu da fusão do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e do Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas (CNCA) (SISTEMA..., 2020).

²⁴⁸ Em maio de 2020 o TJPA atualizou algumas informações referentes a estatísticas e orientações para adoção. (ADOÇÃO, 2020).

²⁴⁹ As entidades cadastradas na CEJA/SC são da Itália, França e Espanha.

houve a manifestação de que o último recurso deveria ser a institucionalização da criança sem família.

Também, em julho de 2018, foi realizada visita ao CEJAI/RJ, mas não se conseguiu contato pessoal, apenas via *e-mail*, as informações estão disponíveis no *site* “Portal da Infância e da Juventude” (PORTAL, 2020); e, em resposta a algumas perguntas feitas, houve um entendimento no sentido contrário em relação à adoção internacional ser colocada como último recurso e desfavorável à subsidiariedade da adoção internacional, sob o argumento de que “já trabalho com adoção internacional há mais de 15 anos [...], na medida em que é preciso esgotar todas as possibilidades de adoção nacional antes de se optar pela adoção internacional, muitas vezes a criança perde a oportunidade de ser colocada em família residente no exterior”, pois “em muitos casos a adoção internacional atende melhor ao interesse daquela criança em particular”.

Em agosto de 2018, fez-se uma visita ao CEJAI/CE, o contato foi uma assistente social da Comissão, que entende ser a subsidiariedade e o acompanhamento pós-adotivo avanços atribuídos à adoção internacional, disse, também, que a adoção nacional deve ser priorizada “pela possibilidade de manter os vínculos da criança com suas origens”.

Em março de 2019, manteve-se contato com a presidente do grupo de apoio “Família Interativa”, em Itajaí/SC, a qual se manifestou no sentido de que o trabalho desenvolvido é de orientar as famílias interessadas em adotar crianças no município e que não tinham conhecimento acerca da adoção internacional. Também foi realizada visita ao Fórum da Comarca de Itajaí, em conversa com o juiz da Vara da Infância e Juventude, este se manifestou dizendo que não é favorável à adoção internacional, por entender que as crianças devem permanecer em seu país de origem e que é uma “porta” para o tráfico internacional de crianças, mas que nunca atuou em processo de adoção internacional.

Neste lamiré, acredita-se importante o entendimento de Valdeci Ataíde Cápua, que faz perguntas que induzem a uma reflexão a respeito:

[...] há juízes que são contrários à adoção internacional, alegando que há perda de cidadania. Entretanto, urge uma pergunta: será que realmente essas crianças têm acesso à cidadania? Será que elas dispõem de toda a proteção prescrita na CF/88 no que tange a proteção do Estado, da família e da sociedade? Será que essas crianças espalhadas pelas ruas têm realmente uma condição digna de vida? *Data maxima venia*, deve-se discordar desses magistrados e, mais, levantar uma questão para reflexão: é melhor ser brasileiro e viver no seu país de origem, levando uma vida infernal, ou viver em outro país, em outra cultura, e ter acesso à dignidade humana? (CÁPUA, 2012, p. 160).

Este posicionamento procede, em muitos aspectos, com o entendimento que se tem construído no decorrer desta pesquisa, em especial pelo preconceito atribuído à adoção internacional, como também, com o que se identificou nas decisões prolatadas pelo STJ, no capítulo anterior desta tese, que o que deve ser considerado é o melhor interesse da criança em ser cuidada por uma família que lhe ame e cuide.

Dando continuidade ao relato das visitas, em junho de 2019²⁵⁰, no Rio de Janeiro, foi realizada uma visita ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude do Rio de Janeiro (CAO) e, em conversa com a secretária, foi colocado que a equipe só atua em casos pontuais para manifestar parecer técnico; que em 20 anos, em relação à adoção internacional, só apareceram casos referentes à burla de cadastro de adoção.

No decorrer das visitas, também foram realizadas pesquisas via rede *internet* em alguns dos *sites*²⁵¹ que tratam da adoção internacional, prioritariamente dos CEJA/CEJAI. Com as informações coletadas nas visitas e, em atenção aos objetivos da pesquisa, foi elaborado um formulário²⁵² para ser enviado por *e-mail* e respondido por profissionais que “trabalham com adoção”²⁵³, com perguntas fechadas e abertas, com o escopo de encontrar fundamentos para responder à pergunta²⁵⁴ que originou esta tese, uma vez que se partiu do entendimento de que em atenção ao melhor interesse da criança, ela deve ser criada no seio de uma família e, sendo a adoção internacional subsidiária, esta é colocada como último recurso, assim, pela legislação vigente (ECA, art. 51) a institucionalização da criança passa a ser necessária, pois ela precisa estar em instituição de acolhimento, para, só assim, ser cadastrada para adoção internacional.

Diante de tal entendimento, busca-se, também, nas respostas dos formulários, argumentos para fundamentar a importância da adoção internacional na efetivação do direito à convivência familiar e comunitária das crianças que estão sem família que as cuide, uma vez que não se entende que esta modalidade de adoção, em decorrência da sua subsidiariedade, só

²⁵⁰ Na mesma data, participou-se de um encontro do GAA “Quintal da Casa de Ana”, no qual houve uma palestra, ministrada por uma voluntária do grupo, referente à “busca ativa de crianças sem visibilidade”, aquelas acima dos 8 anos, com perfil fora do padrão procurado, que são difíceis de ser adotadas, por serem adolescentes e/ou crianças com “limitações físicas”; nessas reuniões participam pessoas que têm interesse em adotar crianças e que têm filhos por adoção. O debate se deu sobre estratégias da busca ativa, o funcionamento dos cadastros de adoção e da importância das reuniões pós-adoção. Nesse grupo não havia nenhum caso de adoção internacional

²⁵¹ Especialmente nos *sites* das CEJAIs, GAAs, ACAF e IBDFAM.

²⁵² Disponível no Apêndice B desta tese.

²⁵³ Os formulários foram encaminhados para as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção de todos os Estados brasileiros; para o Ministério Público das capitais brasileiras; para Grupos de Apoio à Adoção e para juízes, advogados, psicólogos, pedagogos e assistentes sociais que trabalham com adoção internacional. O total de formulários enviados foi para 195 pessoas (endereços eletrônicos).

²⁵⁴ “Em que medida a subsidiariedade da adoção internacional, no Brasil, repercute na efetivação do direito à convivência familiar da criança, na perspectiva do seu melhor interesse?”

deva acontecer para aquelas crianças que se encontram em instituições de acolhimento, sem perspectivas de serem adotadas.

As perguntas foram elaboradas para elucidar os questionamentos levantados a respeito da subsidiariedade da adoção internacional, quando do início da pesquisa proposta, pois o que se quis foi: identificar em que aspectos o princípio da subsidiariedade dificulta a efetividade do superior interesse da criança na adoção internacional? Entender em que circunstâncias a institucionalização da criança é preferível à adoção internacional? Qual o grau de efetividade do direito à convivência familiar da criança por meio da adoção internacional? Assim como, saber se, para os profissionais que trabalham com adoção internacional, as práticas adotadas nos procedimentos desta modalidade de adoção atendem o melhor interesse da criança e o seu direito à convivência familiar? E se os possíveis pais brasileiros podem invocar o requisito do “último recurso” para conseguir preferência sobre, e acima qualquer perspectiva, de pais adotivos estrangeiros?

Neste diapasão, foram construídos dois formulários²⁵⁵, um para os profissionais que atuam nas CEJAs (Poder Judiciário) e outro para os demais profissionais que trabalham com adoção internacional, a exemplo de promotores de justiça, advogados, psicólogos, assistentes sociais e voluntários que atuam nos organismos credenciados e nos GAA, cujo objetivo foi alcançar o maior número possível de opiniões referentes ao tema, uma vez que foram encaminhados via *e-mail* a todas as CEJAs brasileiras, Ministério Público Estadual, ACAF, CAO/RJ, CAO/PA, Coordenadoria da Promotoria de Justiça de Infância e Juventude do Pará, alguns GAA e organismos credenciados. Obteve-se a resposta de 61 formulários.

Na última fase da pesquisa, em maio de 2020, encontrou-se uma forma mais eficiente de obter as respostas foi via formulário inserido em dois *links*, os quais foram enviados por *whats app* e *e-mail*, para advogados, juristas, juízes, promotores, CEJAs, ACAF e organismos credenciados. Assim, não se teve como identificar, com precisão, a representatividade das respostas por região. No mesmo ano, novamente, entrou-se em contato com a ACAF, CEJAs e organismos credenciados, onde foram enviados *e-mails*, solicitando informações pontuais, mas apenas a ACAF, 14 CEJAs, e 05 organismos credenciados responderam.

Em tais formulários, buscou-se identificar o perfil da pessoa entrevistada; se ela é favorável ou não à adoção internacional; se concorda com os procedimentos estabelecidos para o Sistema Nacional de Adoção (SNA); quais os avanços e retrocessos apresentados nos últimos anos, via mudanças legislativas da adoção internacional; o que entende por último recurso na

²⁵⁵ Disponíveis no Apêndice B desta tese.

adoção internacional?; se concorda ou não que a adoção internacional seja colocada como último recurso em decorrência da subsidiariedade; se é possível ou não que candidatos brasileiros à adoção invoquem o requisito do último recurso para conseguir preferência sobre candidatos estrangeiros; se compreende a adoção internacional como perspectiva de comércio internacional de crianças?; se, em atenção ao melhor interesse da criança, é preferível que ela seja adotada por estrangeiros e residir em outro país ou que aguarde em uma instituição de acolhimento para ser adotada por brasileiros e residir no Brasil; se tem conhecimento das causas da diminuição dos pedidos de adoção internacional no Brasil; e se as práticas adotadas nos procedimentos de adoção internacional atendem o melhor interesse da criança e o seu direito à convivência familiar. A partir das respostas dadas a estes questionamentos, foram construídos os tópicos a seguir apresentados.

4.2 A adoção internacional e a efetivação do direito à convivência familiar da criança

Conforme apresentado no primeiro capítulo desta tese, e alguns tópicos do segundo capítulo, a convivência familiar é um direito fundamental da criança em virtude do seu melhor interesse de crescer e se desenvolver no seio de uma família que a ame, cuide e lhe dê segurança, para se tornar um(a) adulto(a) que contribua com o meio social em que estiver inserido, considerando que uma das formas de concretização desse direito fundamental é a colocação da criança, que está sem família, em família substituta definitiva via adoção, que pelas leis brasileiras pode ser nacional ou internacional (CF/88 e ECA).

Ao realizar a pesquisa, em conversas com alguns pesquisados e via análise das respostas às perguntas contidas nos formulários, percebeu-se que a adoção internacional ainda é matéria polêmica que divide opiniões favoráveis e contrárias a ela, muitas vezes construídas e fundamentadas por preconceitos. Lídia Weber (2011, p. 19-26) discorre sobre o “preconceito” atribuído à filiação adotiva, o qual “tem por base o medo que temos do diferente, daquele que não é igual a nós, do outro que não reflete a nossa imagem como gostaríamos”; que a história mostra que as leis, em sua maioria, privilegiaram os filhos biológicos em detrimento dos adotivos, refletindo a discriminação existente.

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, que determinou a igualdade dos filhos, e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, que prescreveu a existência de apenas um tipo de adoção, estabelecendo a igualdade dos filhos biológicos e por adoção, sendo um perfeito exemplo de como a afetividade cultivada diuturnamente entre membros de uma família é o que realmente irá criar e fortalecer os laços da filiação. Acontece que, mesmo assim, ainda

permanecem ideias preconceituosas em relação à filiação adotiva (WEBER, 2011, p. 21-23). Hodiernamente, existem muitas crianças institucionalizadas²⁵⁶, sendo a maioria abandonadas por suas famílias, que sequer recebem visitas, resultando na situação de ter-se que decidir se ela realmente está abandonada para haver o procedimento da destituição do poder familiar e, só assim, a colocar como disponível à adoção. Diz, ainda, Weber que quando se trata da adoção internacional, são os países menos desenvolvidos os mais procurados, por terem muitas crianças abandonadas e esquecidas em instituições de acolhimento, mas acontece que:

Institucionalizar não é uma solução, pelo contrário, tem se mostrado como um problema, uma vez que tem sido o incentivo ao abandono de fato da criança. [...] as condições que geram o abandono e a institucionalização precisam ser combatidas. [...] a mudança para uma cultura da adoção *para* a criança no Brasil está acontecendo a passos lentos e, ainda hoje, são os adotantes internacionais que adotam crianças que ainda são consideradas “inadotáveis” em nosso país: crianças mais velhas, negras, com problemas de saúde, grupos de irmãos. Dessa forma, penso que a adoção internacional deve ser cuidadosamente avaliada sim, mas ela tem servido para dar um lar para muitos brasileiros que ainda estariam morando nas instituições (WEBER, 2011, p. 124).

Nesse sentido, a importância da atuação dos Grupos de Apoio à Adoção (GAA)²⁵⁷, que trabalham pela conscientização da sociedade brasileira da relevância das “adoções necessárias”, a exemplo da adoção internacional, que tem demonstrado sua viabilidade para adoção de crianças consideradas “inadotáveis” (WEBER, 2011, p. 125-126). Os grupos de apoio, por meio da sua associação (ANGAAD) viabilizam a interlocução dos “atores sociais envolvidos com a causa da adoção na busca de traçar novos rumos para a situação de crianças institucionalizadas”, tendo como principal objetivo a “luta para que cada criança tenha uma família que lhe dê amor e afeto”; sua missão está pautada em “ações que desenvolvam e fortaleçam uma cultura de adoção no Brasil”²⁵⁸. Identificou-se que a atuação desses grupos de apoio é mínima na adoção internacional, a qual é protagonizada pelos “organismos

²⁵⁶ Ver trabalho realizado pelo Senado Federal, que traz notícias da “Realidade brasileira sobre adoção”. Há um relato de que “para cada criança pronta para adoção, há seis pessoas dispostas a acolhê-las na família, mas diferença entre perfil idealizado e o mundo real é obstáculo à redução da enorme fila de espera”. Ao analisar os dados do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e do Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos (CNCA), administrados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi constatado que “existem hoje cerca de 5.500 crianças em condições de serem adotadas e quase 30 mil famílias na lista de espera do CNA. O Brasil tem 44 mil crianças e adolescentes atualmente vivendo em abrigos”. A pergunta colocada é: “Se há tantas pessoas dispostas a acolher uma criança sem família, por que o número de meninas e meninos do cadastro não para de crescer?” (REALIDADE..., 2013).

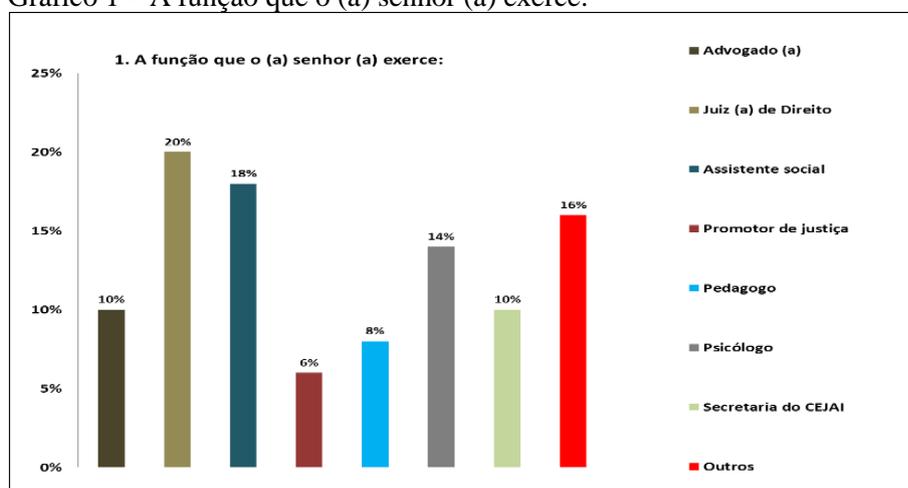
²⁵⁷ Vide Associação Nacional de Grupos de Apoio à Adoção (ANGAAD). <https://www.angaad.org.br/portal/quem-somos/>. Trata-se de uma associação civil, filantrópica, cultural e de defesa dos direitos de crianças e adolescentes, sem fins lucrativos, tem representatividade nas cinco regiões brasileiras. “Trabalha pela garantia do direito à convivência familiar e comunitária de todas as crianças institucionalizadas, na perspectiva de uma cultura de adoção que prioriza os interesses dessas crianças”.

²⁵⁸ Informações disponíveis em: www.angaad.org.br.

credenciados”²⁵⁹ para adoção internacional, os quais são entidades sem fins lucrativos, autorizados pela ACAF, para mediar os procedimentos de adoção internacional no Brasil e no Exterior, nos termos da da CH/93, relativa à Adoção Internacional.

Nas respostas dadas às perguntas dos formulários encaminhados²⁶⁰ aos entrevistados(as), que são pertinentes à adoção internacional e à efetivação do direito à convivência familiar da criança, buscou-se identificar o perfil dos profissionais que responderam²⁶¹, inclusive seu tempo de atuação em adoção internacional, destacando que são pessoas que trabalham nas CEJA/CEJAIs, no Poder Judiciário, Ministério Público, em organismos credenciados e nos GAAs, conforme representado nos gráficos abaixo:

Gráfico 1 – A função que o (a) senhor (a) exerce:



Fonte: Elaborado pela autora da pesquisa, 2020.

*“outros” são pessoas que trabalham com adoção internacional em organismos credenciados e grupos de apoio.

O maior número de respostas foi oriundo das CEJAIs²⁶², dadas por juízes(as), assistentes sociais e psicólogos(as), o que é compreensível, pois a partir da Lei nº 8.069/2009, os procedimentos (administrativos e judiciais) de adoção internacional são de sua competência. Foram encaminhados *e-mails*, para 50 endereços eletrônicos de pessoas que trabalham em ‘organismos credenciados’, que foram obtidos no *site* da ACAF, os quais continham os

²⁵⁹ A maioria dos estrangeiros, por volta de 80%, se utilizam dos organismos credenciados para intermediarem o seu processo de adoção aqui no Brasil (WEBER, 2011, p. 147). “O credenciamento de organismos de adoção internacional é ato discricionário da Administração Pública e a ACAF poderá indeferir pedidos de credenciamento, bem como limitar ou suspender o credenciamento de organismos, mediante ato fundamentado para tal”. Atualmente, só existem organismos estrangeiros credenciados para atuar no Brasil, nenhum brasileiro para atuar no exterior (ORGANISMOS..., 2019).

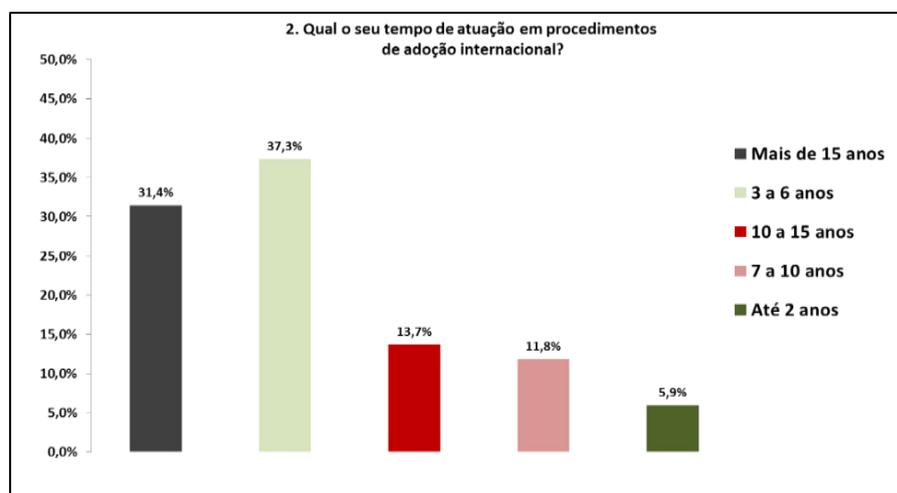
²⁶⁰ Foram enviados *e-mails* para 195 endereços eletrônicos e recebido a resposta de 61 pessoas.

²⁶¹ Considerando os aspectos éticos, a pessoa não precisava se identificar.

²⁶² 14 CJAI’s responderam via *e-mail*, os formulários respondidos foram encaminhados pelas secretárias executivas do órgão.

formulários e algumas perguntas a respeito da atuação na adoção internacional, 12 responderam encaminhando apenas as respostas dos formulários e cinco responderam as perguntas enviadas.

Gráfico 2 – Qual o seu tempo de atuação em procedimentos de adoção internacional?



Fonte: Elaborado pela autora da pesquisa, 2020.

O tempo de atuação das pessoas que responderam os formulários, em procedimentos de habilitação e processos de adoção internacional, predominante, foi de 3 a 6 anos, seguido por mais de 15 anos trabalhando com adoção internacional, especialmente nas secretarias das CEJA/CEJAIs, o que demonstrou a vasta vivência e experiência destes(as) profissionais em adoção internacional, tornando suas respostas relevantes, especialmente em relação aos avanços e retrocessos desta modalidade de adoção.

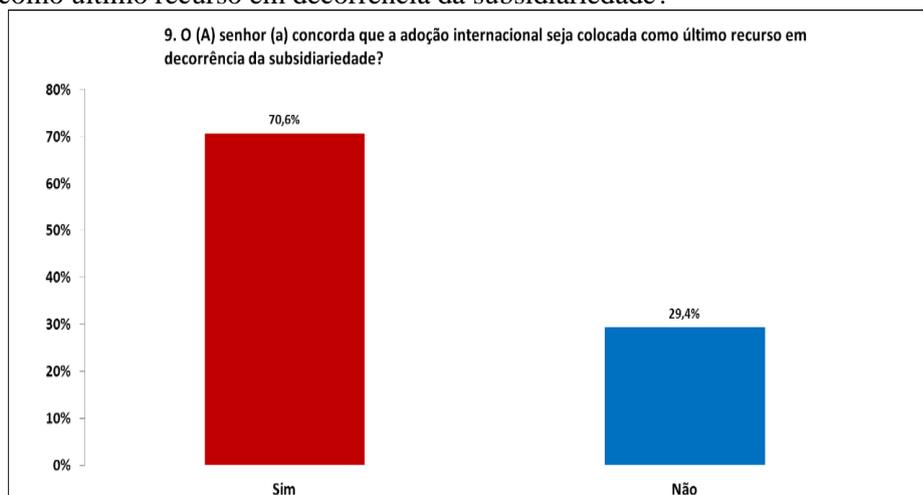
O questionamento referente a ser “a favor ou não da adoção internacional e o por quê?”, foi em decorrência do entendimento inicial que se tinha, que era o de que todos os profissionais que trabalham com adoção internacional seriam favoráveis a ela, o qual foi confirmado, mas a principal dúvida estava no entendimento que era atribuído à sua subsidiariedade e se seriam ou não resistentes à sua colocação como último recurso, e neste caso, um número considerável, mediante a justificativa da resposta, opinou ser favorável à sua subsidiariedade, conforme os argumentos e o Gráfico 3 a seguir expostos:

Constatou-se que a adoção internacional é admitida em virtude de dar uma família à criança, sendo subsidiária a qualquer outro tipo de cuidado alternativo, nesse sentido foram as manifestações dos entrevistados:

A “criança tem direito à uma família independentemente da nacionalidade”, esta modalidade de adoção é mais uma opção às crianças que não puderem ser adotadas no seu país de origem, portanto, uma alternativa para a garantia do direito fundamental

à convivência familiar e comunitária, previsto pelas normas vigentes, cujo processo para sua concessão obedece a todo o rigor exigido em lei e pelos países contratantes da Convenção da Haia de 1993, referente à adoção internacional. Considerando que a convivência familiar (independente se nacional ou estrangeira), além de ser um direito, é mais salutar para o desenvolvimento de uma criança do que viver em uma “Unidade de Acolhimento”, a adoção internacional é “uma alternativa importante para que criança institucionalizada possa conviver numa família”.

Gráfico 3 – O (A) senhor (a) concorda que a adoção internacional seja colocada como último recurso em decorrência da subsidiariedade?



Fonte: Elaborado pela autora da pesquisa, 2020.

Fazendo uma classificação das respostas dadas, a compreensão que se traz é de que se trata de uma medida possível e segura para colocação da criança em uma família substituta, proporcionando a oportunidade da criança vivenciar experiências salutareas num ambiente que respeite sua singularidade e promova seu desenvolvimento de forma individualizada, conforme suas necessidades e anseios, é um dever do Estado efetivá-la²⁶³.

Hodiernamente, os instrumentos jurídicos e o suporte pós-adotivo à família trazem à criança, durante todo o processo, a possibilidade de um acompanhamento cuidadoso, pois o processo é seguro e há um grande investimento psicossocial para preparar adotandos e adotantes para a formação do novo núcleo familiar. O argumento é de que a adoção internacional pode ser mais uma alternativa de garantia do direito à convivência familiar e comunitário àquelas crianças que não puderam ser reintegradas às suas famílias e que não houve êxito na busca por família adotiva em território nacional, no sentido de que “antes de haver um processo de adoção internacional deve-se tentar as várias formas disponíveis para a busca por pretendentes nacionais, porém, apenas por algum tempo, uma vez que há magistrados e técnicos que resistem

²⁶³ Faz-se necessário que o Poder Judiciário atue no sentido de agilizar os procedimentos para adoção, uma vez há muitas crianças aguardando em instituições, são “crianças abandonadas, negligenciadas, às vezes ainda esquecidas pelos órgãos competentes [...] e elas também continuam sonhando em ser filhas e não crianças institucionalizadas [...]” (WEBER, 2011, p. 17).

à adoção internacional e ficam nas buscas intermináveis por pretendentes nacionais, prejudicando o desenvolvimento da criança”, o que evidencia o preconceito a esta modalidade de adoção.

Tal compreensão demonstra o reconhecimento da importância da adoção internacional e o preconceito atribuído a ela, acredita-se que, especialmente, pela falta de conhecimento ao tema são criados mitos e, nesse sentido, Nádia Weber (2011, p. 125-153)²⁶⁴ fez uma pesquisa comparativa de análise da adoção nacional e internacional realizadas no Brasil, onde foi identificado que “a maioria dos adotantes brasileiros e estrangeiros realiza a adoção como uma alternativa para serem pais”, que os adotantes estrangeiros adotam em maior número crianças com mais de cinco anos, pardas e com problemas sérios de saúde, e que as pessoas que não recomendam a adoção internacional dizem que é negado à criança o direito de ser criada por uma família brasileira, a educação e nacionalidade brasileira, uma vez saindo daqui na infância terão influência da cultura de outros países, sem a possibilidade de escolha da nacionalidade brasileira. Deste entendimento, a inferência que se faz é de que a interpretação dada é que o melhor interesse da criança está em permanecer no seu país de origem, e não em ser criada por uma família.

Somadas a tais colocações, traz-se os argumentos dados, em algumas das respostas à mesma pergunta, de ser a favor ou não da adoção internacional, onde foi expressamente colocado o “princípio da subsidiariedade”, no sentido de que “só seria a favor da adoção internacional desde que não haja pretendente nacional”; que é a favor da adoção internacional “primeiro, por sua subsidiariedade”, pois após esgotadas as possibilidades de acolhimento da criança por habilitados nacionais, resta a possibilidade da adoção por habilitados residentes no exterior, sejam brasileiros ou estrangeiros, o que estaria em consonância com seu melhor interesse.

Dentre os argumentos trazidos pelos entrevistados, está a relevância do fato de ser encontrada uma família para a criança, onde possa viver cercada de afeto, amor e cuidado; que é “favorável, desde que seja sempre a última opção, conforme previsto no ECA”, entendendo que é sempre do melhor interesse da criança ser adotada do que sua permanência em “instituição de acolhimento”; que é a favor da adoção internacional “por garantir a crianças e adolescentes que tiveram destituído o poder familiar dos pais ou que se encontram em situação de abandono,

²⁶⁴ A referida autora partiu do entendimento que “em nosso país boa parte das crianças denominadas de ‘inadotáveis’ conseguem ser adotadas internacionalmente. Por que isso ocorre? Será que os ‘estrangeiros’ são melhores do que nós? Afinal, existem ou não crianças abandonadas, e disponíveis para adoção no Brasil? Os brasileiros são realmente preconceituosos em relação à criança que desejam adotar? [...]” (WEBER, 2011, p. 126).

o direito à convivência familiar, na hipótese de não terem sido adotados por pessoas residentes em território nacional”; e que é favorável porque “permite a efetivação do direito à convivência familiar e comunitária, através da adoção internacional, àquelas crianças e adolescentes sem pretendentes à sua adoção no âmbito nacional”; porque “é uma última alternativa de adoção para crianças que não conseguiram ser colocadas em famílias nacionais”. Em tal viés, fica demonstrado que são favoráveis à adoção internacional em decorrência do seu melhor interesse e da garantia do direito fundamental à convivência familiar, embora seja como “última opção”.

Aqui, faz-se uma relação com o entendimento da Terceira Turma do STJ, quando decide que, em atenção ao princípio do melhor interesse da criança, ela deve estar sob os cuidados de uma família do que ser colocada em instituição de acolhimento, mesmo que de forma transitória. A exemplo das Decisões 09²⁶⁵ e 10, relatadas no capítulo anterior, que acompanham o argumento da MC nº 18.329/SC, julgada em 20/09/2011, tendo como Relatora a Ministra Nancy Andrighi, na qual foi fixado o entendimento de que, “na ausência de perigo de violência física ou psicológica contra a criança, a sua busca e apreensão com acolhimento institucional, no curso de qualquer ação em que se discuta a custódia física do infante, representa evidente afronta ao melhor interesse da criança”.

Em contrapartida, em relação à adoção internacional, houve posicionamentos de serem favoráveis à esta modalidade de adoção, independente da sua subsidiariedade, assim expressados, dentre outros, *in verbis*:

- Porque já tive a oportunidade de rever *in loco* casais estrangeiros que adotaram no Brasil e as perspectivas para os adotados foram maravilhosas. Não que para brasileiros não sejam, porém os brasileiros ainda estão muito arraigados a querer crianças menores de um ano de idade, como também exigirem outros itens que os estrangeiros não declaram, pois para eles basta ser uma criança para amar, sem fazer qualquer exigência; se trata de modalidade de adoção que, embora de caráter excepcional, pode assegurar a convivência familiar de crianças e adolescentes com perfil de adoções necessárias (acima de 08 anos de idade, integrantes de grupo fraterno e com doenças ou deficiências);
- Sou a favor de todas as formas de convivência familiar e comunitária e a adoção internacional é uma das inúmeras possibilidades; [...].

²⁶⁵ Decisão 09, HC 440752; Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA; DJe 27/04/2018; Decisão: 24/04/2018. Fichamento no Apêndice 01 desta tese. **EMENTA:** *HABEAS CORPUS*. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. ADOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA EXTENSA. AVÓ MATERNA. VÍNCULO FAMILIAR. PREVALÊNCIA. GUARDA. POSSIBILIDADE. ARTS. 1º E 100, PARÁGRAFO ÚNICO, X, DO ECA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. O Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, ao preconizar a doutrina da proteção integral (artigo 1º da Lei nº 8.069/1990), torna imperativa a observância do melhor interesse da criança. 2. É incabível o acolhimento institucional de criança que possui família extensa (avó materna) com interesse de prestar cuidados (art. 100 da Lei nº 8.069/1990). 3. Ressalvado o evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, é inválida a determinação de acolhimento da criança, que, no caso concreto, exterioriza flagrante constrangimento ilegal. 4. Ordem concedida.

Tais entrevistados não colocam a adoção internacional como último recurso por entenderem que ela é uma alternativa de adoção para crianças que não têm família, que “toda possibilidade de adoção deve ser considerada”, pois é do melhor interesse da criança ser criada por uma família; que na sua experiência presenciou inúmeros casos de absoluto sucesso, além do que, a adoção internacional é cercada de muitas garantias jurídicas²⁶⁶, e porque trata-se de uma oportunidade de oferecer às crianças uma família, possibilidades de desenvolvimento em um ambiente saudável, afetivo e com respostas adequadas às suas necessidades psicossociais, emocionais, afetivas e educacionais o que pode contribuir para que tenha um futuro promissor. Também, porque “a adoção internacional tem se mostrado importante e eficiente. Há 14 anos trabalho na CEJAI, onde as inúmeras adoções internacionais realizadas foram favoráveis, tendo em vista a inserção positiva de muitas crianças e alguns adolescentes em famílias residentes no exterior”.

Houve o argumento de que os brasileiros são seletivos, pois têm preferência por crianças recém-nascidas²⁶⁷, embora atualmente esse olhar venha mudando, ou seja, existem campanhas com vistas à adoção tardia. Ainda há muitas crianças nos abrigos à espera de um lar, a adoção internacional pode atender um grande número de crianças abandonadas, ela é uma alternativa valiosa para que a criança possa conviver numa família, ou seja, a adoção internacional torna-se alternativa para crianças maiores ou grupos de irmãos que não tiveram a possibilidade de inserção em uma família em âmbito nacional, aumentando as chances dos infantes, pois o que se quer é que a criança tenha uma família; se não pode ser a própria, tem que ser uma família substituta, e se não tem nenhuma no próprio país, será em outro, uma vez que o melhor e o bem para a criança em uma instituição nunca vai se comparar a uma família. Tal entendimento foi bastante debatido no capítulo anterior desta tese, quando da análise dos votos dos relatores dos recursos submetidos à apreciação da terceira turma do STJ, no que diz respeito à “excepcionalidade da institucionalização da criança”²⁶⁸.

Diante dos argumentos relatados, pode-se dizer que todos são a favor da adoção internacional, no sentido de que é mais uma alternativa para que a criança possa conviver numa família e, que de acordo com a legislação vigente, antes de haver um processo de adoção internacional se deve tentar as várias formas disponíveis para a busca por pretendentes

²⁶⁶ Nesse sentido, Cavallieri (2017, p. 135) afirma: “A adoção segue um processo rígido, determinado pela lei, com verificação de compatibilidade, adaptabilidade entre os atores envolvidos.”

²⁶⁷ Este entendimento foi comprovado pela pesquisa de Lidia Weber (2011, p. 137), que fez o “cruzamento dos dados sobre a idade da criança desejada e da adotada”, foi constatado que a maioria dos brasileiros gostaria de adotar bebês até 6 meses, e que os estrangeiros se mostraram mais flexíveis e adotaram crianças acima de 5 anos.

²⁶⁸ Vide capítulo 3 e fichamentos das Decisões que se encontram no Apêndice A desta tese.

nacionais. Assim, tanto na doutrina²⁶⁹ quanto na pesquisa de campo, ora relatada, o pensamento predominante é de que só quando não é encontrada uma família brasileira que queira adotar a criança, uma família estrangeira poderá fazê-lo, embora já ter sido comprovado que a maioria das adoções internacionais foram e são bem-sucedidas²⁷⁰.

Diante do exposto, entende-se pelo consenso de que a efetivação do direito à convivência familiar também ocorre pela adoção internacional e que o argumento do último recurso, neste caso, se dá em razão da criança, que já está sem sua família biológica, ir para outro país com cultura diferente, é mais uma “perda” de suas raízes. Por outro lado, como o Brasil não é capaz de resolver suas questões por si mesmo, a adoção internacional é a solução para garantir o direito dos infantes, considerados invisíveis ou inadotáveis, à convivência familiar, uma vez que a jurisprudência entende ser do melhor interesse da criança ser criada no seio de uma família que a ame e cuide. É neste sentido que se questiona o fato da adoção internacional ser colocada como último recurso, uma vez que o rigor formal atribuído a ela, no que tange à sua subsidiariedade, não prioriza o seu melhor interesse.

Ponderando que nas ações realizadas para a proteção integral da criança deve prevalecer o seu melhor interesse, tal qual interpreta o STJ, assim, no que diz respeito à subsidiariedade da adoção internacional, pode-se ir para além do rigor formal e aplicar o princípio para tutelar o direito da criança à convivência familiar.

4.3 Avanços e retrocessos da adoção internacional na perspectiva das causas da diminuição dos pedidos de adoção internacional no Brasil

O lapso temporal desta pesquisa é referente ao período de 2010 a 2020, ou seja, após a promulgação da Lei nº 12.010/09²⁷¹ até os dias atuais, durante o qual constatou-se a redução²⁷²

²⁶⁹ Cf. autores que realizaram pesquisas nas décadas de 80 e 90 (WEBER, 2011, p. 126).

²⁷⁰ Resposta dada pelas CEJAI's. Quando se perguntou sobre “devolução” de criança adotada por estrangeiro, ao CEJAI/SP, este respondeu que “há apenas um registro de que a adoção não prosperou e a criança foi acolhida institucionalmente no país dos pais adotivos”; também, sobre os acompanhamentos pós-adotivo, foi respondido que fizeram 554 acompanhamentos no período de 2010 a 2019.

²⁷¹ Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, denominada como “nova lei da adoção”, a qual foi alterada pela Lei nº 13.509/2017, denominada “lei da convivência familiar”.

²⁷² Vide artigo publicado no *site* do Senado: “Adoção Internacional no Brasil”, que apresenta estatísticas, relatando que “desde 2009, houve uma consistente queda no número de estrangeiros interessados em adotar crianças brasileiras. Naquele ano, entrou em vigor a Lei n. 12.010, que prioriza brasileiros e residentes no país na lista de espera. Se houve 421 adoções internacionais em 2008, em 2011 o total caiu para 315.” Foi dado como exemplo o Estado de São Paulo, que “segundo dados do Tribunal de Justiça, foram 100 adoções por estrangeiros em 2009, 89 em 2010, 62 em 2011 e 71 em 2012, e que segundo o Departamento de Segurança Interna dos

dos pedidos de adoção internacional no Brasil e consideráveis mudanças legislativas²⁷³ referentes à esta modalidade de adoção. Nesse sentido, buscou-se saber das pessoas que trabalham com adoção internacional, via envio de formulários e questionamentos por *e-mail*, se existem, quais são os avanços e retrocessos desta, assim como as causas da diminuição dos pedidos de adoção internacional.

Considerando a resposta dada pela ACAF, de que não houve realização de estudo/pesquisa sobre as causas da redução dos pedidos de adoção internacional, as conclusões a respeito de tal matéria são decorrentes da vivência manifestada por 61 pessoas que trabalham com adoção internacional e responderam às perguntas do formulário e 14 pessoas responderam perguntas abertas enviadas por *e-mails* referentes dados estatísticos e opiniões a respeito da adoção internacional. Nos formulários, foram apresentadas 8 alternativas, que poderiam ser apontadas cumulativamente e, caso houvesse outra, poderia ser incluída, tanto para os avanços como para os retrocessos da adoção internacional. As respostas dadas estão representadas quantitativamente nos gráficos desta seção e, a seguir, o relato/justificativa de alguns entrevistados, que entenderam por se manifestar.

Verificou-se que, de acordo com a opinião dos referidos entrevistados, foram atribuídos mais avanços²⁷⁴ do que retrocessos ao processo adotivo por estrangeiros, especialmente em relação à atuação das Autoridades Centrais e dos organismos credenciados, sendo que a ACAF é, também, a responsável pelo acompanhamento pós-adotivo.

a) Avanços atribuídos à adoção internacional a partir da Lei nº 12.010/2009:

Conforme o Gráfico 4, o maior avanço foi atribuído ao acompanhamento pós-adotivo (art. 52, § 4º, V, do ECA), que se dá após a sentença da adoção, ocorrendo no país que irá acolher o adotado; seguido da atuação das CEJAIs (Autoridades Centrais dos Estados e do Distrito Federal – art. 51, § 3º, do ECA), que são responsáveis pelo processamento das adoções de crianças brasileiras para o exterior; também, os organismos credenciados para adoção

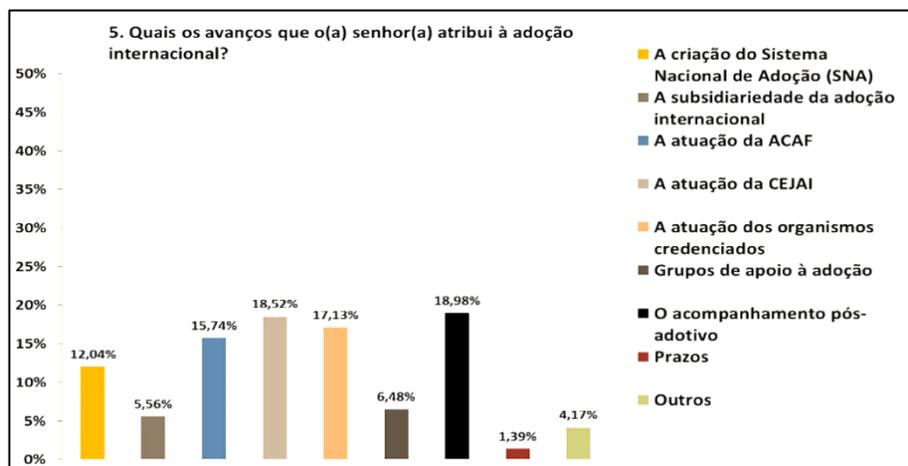
Estados Unidos, em 2004, os residentes daquele país adotaram 69 crianças brasileiras, em 2011 foram só 9 (ADOÇÃO..., 2009).

²⁷³ Aqui se faz referência às seguintes Leis: Lei nº 12.955/2014; Lei nº 12.962/2014; Lei nº 13.046/2014; Lei nº 13.257/2016; Lei nº 13.509/2017; e a Resolução nº 289 de 14/08/2019, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a implantação e funcionamento do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA e dá outras providências.

²⁷⁴ A inferência que se faz é de avanços relacionados com o “controle” (rigidez) do processo adotivo, e não avanços no sentido de aumentar o número de adoções internacionais.

internacional no Brasil, estes atuam na habilitação do adotante e no acompanhamento pós-adotivo.

Gráfico 4 – Quais os avanços que o(a) senhor(a) atribui à adoção internacional?



Fonte: Elaborado pela autora da pesquisa, 2020.

Havendo o acompanhamento pós-adotivo, entendeu-se que a adoção internacional passa a ser cercada de mais segurança jurídica e credibilidade. Foram assentadas as seguintes manifestações, dentre outras, *in verbis*:

- Além da criação do Sistema Nacional de Adoção (SNA), atuação da ACAF, da CEJAI, dos organismos credenciados e do acompanhamento pós-adotivo, “passou a ter uma melhor preparação de crianças e futuros pais para o enfrentamento das dificuldades inerentes ao processo adotivo, sobretudo no que se refere ao comportamento das crianças nos estágios de convivência”;
- A atuação da ACAF, da CEJAI, dos organismos credenciados, o acompanhamento pós-adotivo e os prazos, como também as “garantias jurídicas em nível internacional” via Convenção da Haia/1993;
- A criação do Sistema Nacional de Adoção (SNA), a atuação da ACAF, da CEJAI, dos organismos credenciados, o acompanhamento pós-adotivo, e “maior divulgação de informações e de acompanhamento dos procedimentos pelas autoridades centrais (conforme o estabelecido na Convenção da Haia em matéria de adoção internacional), que conseguiu passar para a população a noção de que a adoção internacional é um processo seguro e legal, diferente do que ocorre com o tráfico, sequestro ou venda de crianças”;

Somado a estes argumentos, foi respondido que a criação do Sistema Nacional de Adoção (SNA), a subsidiariedade da adoção internacional, a atuação da ACAF, da CEJAI, dos organismos credenciados, o acompanhamento pós-adotivo e os projetos e trabalhos desenvolvidos por algumas CEJA/CEJAIS, com o intuito de evitar a permanência das crianças/adolescentes por tempo demasiado nas instituições de acolhimento, foram avanços que deram segurança jurídica à adoção internacional, embora a burocracia estabelecida; que os boatos de que as crianças eram levadas para que tirassem seus órgãos foi uma maldade criada

pela mídia e ocasionou a criação de tantas exigências que desestimularam as associações internacionais.

Nesse sentido, registra-se uma das respostas dadas:

[...] tive a possibilidade de assistir em Brasília uma palestra com Alexandre Garcia, repórter da Globo, o qual repugnava a conduta de seus colegas que com suas publicações mentirosas sobre o transplante de órgãos de crianças adotadas por pessoas do Oriente Médio, teriam ocasionado o desestímulo internacional; a criação de cadastros não significou avanço nem retrocesso quanto à adoção internacional, apenas deu mais transparência às adoções em geral (internacionais ou não).

Tais respostas demonstraram a falta de transparência com que aconteciam as adoções internacionais que incidiram na segunda metade do século passado, criando um estigma para rechaçar essa modalidade de adoção, não só no Brasil, como em toda América do Sul, gerando uma necessidade de maior controle por parte do Estado, sendo o que tem acontecido desde a promulgação do ECA, e com maior rigidez, com a promulgação das Leis nº 12.010/2009 e nº 13.509/2017²⁷⁵.

O entendimento majoritário é de que a ACAF, ao atuar no controle da operação das entidades que trabalham com adoção internacional, foi um avanço, assim como as Comissões de adoção (CEJA/CEJAIs), ambas acompanham os procedimentos administrativos, iniciando com a habilitação dos interessados na adoção, no país do seu domicílio, monitorando as crianças para serem colocadas em disponibilidade para tal modalidade de adoção, adicionado a isso o “acompanhamento pós-adoptivo”²⁷⁶. Neste viés, identifica-se que o “controle” estatal em relação à adoção internacional foi amplamente estabelecido, evitando adoções fraudulentas e garantindo o sucesso das adoções internacionais, para as crianças que conseguem ser adotadas.

Nesse viés, traz-se o entendimento de Maria Berenice Dias, que diz que a adoção internacional é regulada “de forma exaustiva [...] impôs tantos entraves e exigências que, dificilmente, conseguirá alguém obtê-la. Até parece que a intenção foi de vetá-la. (DIAS, 2011, p. 486)”; tal ideia decorre da considerável redução do número de adoções internacionais desde a promulgação da Lei nº 12.010 de 2009.

²⁷⁵ A exigência da comprovação nos autos do processo da inexistência de adotante brasileiro, reforçando o princípio da subsidiariedade da adoção internacional: “que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família adotiva brasileira, com a comprovação, certificada nos autos, da inexistência de adotantes habilitados residentes no Brasil com perfil compatível com a criança ou adolescente, após consulta aos cadastros mencionados nesta Lei”.

²⁷⁶ Sobre este tema sugere-se a leitura do artigo “Adoção internacional: a importância dos relatórios pós-adoptivos para a proteção da criança brasileira no país dos adotantes”, de Cynthia Soares Carneiro (2019).

Alguns dos entrevistados entendem que a subsidiariedade não significa avanço ou retrocesso, pois este princípio é trabalhado há muito tempo, enquanto outros se manifestaram no sentido de que a subsidiariedade foi um avanço à adoção internacional por acreditarem que esta só deverá ser concedida se comprovado não haver família brasileira que a queira, e que esse princípio dá mais transparência ao processo adotivo. Em nenhuma das respostas dadas nesta pergunta, fizeram menção ao entrave que isso pode causar, quando a lei estabelece que se faz necessário comprovar nos autos do processo que não houve quem quisesse aquela criança, ocasionando demora e burocracia.

Foi constatado que, na perspectiva da legislação vigente, o grande avanço da adoção internacional é que esta passou a ser mais controlada e cercada de segurança, no sentido de evitar adoções fraudulentas, porém, essa mesma segurança demanda uma burocracia que leva à demora da disponibilização de crianças que podem ser adotadas por tal modalidade, ocasionando mudança do perfil das crianças disponíveis para a adoção internacional (só vão para a adoção internacional crianças chamadas de invisíveis ou inadotáveis, aquelas que os brasileiros não querem adotar).

b) Retrocessos da adoção internacional apresentados na pesquisa de campo:

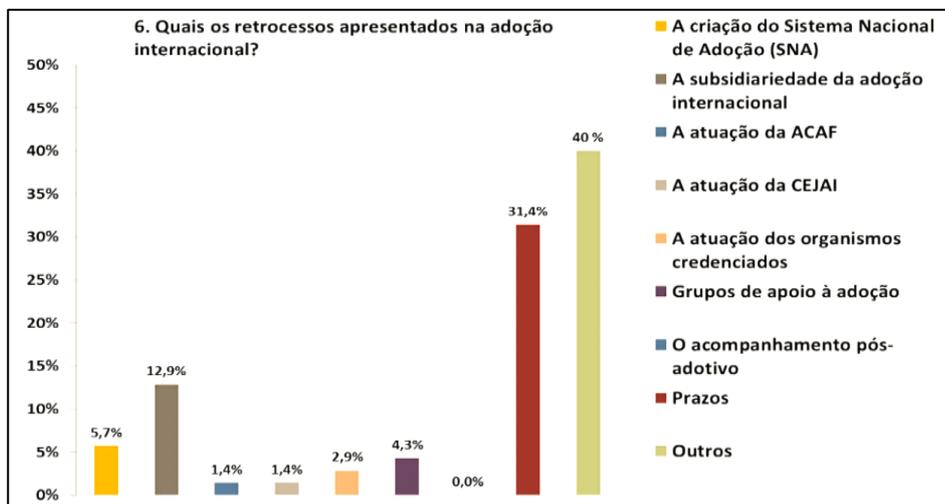
Em relação aos retrocessos apresentados na adoção internacional, que entendia-se que poderiam ter sido estabelecidos pela legislação que a regula, ficou demonstrado que as pessoas, que responderam às perguntas dos formulários, pouco atribuíram às opções apresentadas, trouxeram outras, conforme o Gráfico 5, e as manifestações inseridas na resposta, salvo na questão dos prazos²⁷⁷, que se identificou serem dificilmente cumpridos, mediante justificativas²⁷⁸, a exemplo da tentativa de reinserção à família de origem e do procedimento contraditório para perda e suspensão do poder familiar, assim como da falta de pessoas

²⁷⁷ Vide artigo publicado no *site* do Senado Federal: “Nova lei dá esperança a quem aguarda adoção”, fazendo referência à aprovação da Lei nº 13.509/2017, no sentido de que a principal mudança é relativa à redução dos prazos do processo, em atenção às reclamações dos candidatos a pais sobre a demora para a conclusão da adoção (BRITO, 2017).

²⁷⁸ Uma das justificativas mais contundentes faz referência à defasagem das Varas da Infância e Juventude, pois o “processo de adoção é delicado e tem inúmeras variáveis. Às vezes o andamento de um processo não é o ideal por falta de estrutura”; para o cumprimento dos prazos estabelecidos em lei, “O Judiciário agora precisa se aparelhar, tem que estruturar todo o sistema da infância e Juventude [...]” (Fonte: Agência Senado). Nesse mesmo sentido a “Agência CNJ de Notícias”: “[...] Para atender essa demanda, o Fórum Nacional da Infância e Juventude (Foninj), coordenado pelo CNJ, está fazendo um levantamento sobre o funcionamento das coordenadorias da infância e da juventude (CIJ) em todo o país, por meio de questionários enviados aos Tribunais de Justiça. A partir do mapeamento das condições e estrutura de funcionamento desses setores, o Fórum vai propor medidas administrativas e melhorias para o aparelhamento das CIJ.” (MUDANÇAS..., 2020).

qualificadas trabalhando nas Varas da Infância e Juventude, as quais, em sua maioria, não aparelhadas para atender as demandas existentes.

Gráfico 5 – Quais os retrocessos apresentados na adoção internacional?



Fonte: Elaborado pela autora da pesquisa, 2020.

Ao justificar “outros retrocessos”, os argumentos usados pelas pessoas que responderam o formulário da pesquisa foram, dentre outros, *in verbis*:

- Prazos, quando os prazos estabelecidos por lei não são devidamente cumpridos, as crianças e adolescentes acabam permanecendo por tempo demasiado nas instituições, o que resulta na impossibilidade da adoção nacional e, conseqüentemente, internacional; O CNA da maneira como está não funciona e, em muitos casos atrapalha. Não é devidamente alimentado, portanto está sempre desatualizado.²⁷⁹
- Aumento das exigências em relação à idade das crianças e adolescentes pelos adotantes estrangeiros;
- Diminuição de pretendentes;
- Preconceito com adoção internacional;
- A subsidiariedade da adoção internacional, Grupos de apoio à adoção, Prazos;
- A subsidiariedade da adoção internacional, falta de ampliação do número de organismos credenciados; queda no número de adoções internacionais, no Brasil e no mundo.

Também foi assentado pelos entrevistados, como retrocesso da adoção internacional, a demora para a indicação de crianças e sua inserção no cadastro de adoção internacional:

Insistência em reintegrar a criança em sua família biológica quando a sua inviabilidade já é evidente. Preconceitos referentes à adoção internacional originários de mitos, inverdades e casos pontuais e isolados onde os procedimentos legais não foram respeitados. A determinação de que sempre a adoção internacional seja vista como um último recurso, independentemente da história da criança;

²⁷⁹ Alguns formulários foram respondidos antes da criação do SNA.

Tais respostas demonstram a ausência de preparo e comprometimento com a função desempenhada por algumas pessoas que trabalham com adoção internacional, a exemplo da afirmação de que o “desconhecimento e preconceito da sociedade, dos profissionais das instituições de acolhimento, dos próprios servidores do sistema judiciário da área da infância acerca da matéria de adoção internacional, obstando e/ou dificultando a preparação e a indicação da criança para inclusão no cadastro”. Em outra resposta foi assim colocado: “Percebo a adoção internacional à mercê das subjetividades do sistema de justiça, ou seja, encaminha-se a criança ou adolescente para a adoção internacional “se eu quiser”, independente da lei”.

Entende-se que tais afirmações são graves, pois nessas questões deve prevalecer o melhor interesse do adotando, em respeito ao seu direito à convivência familiar, especialmente quando algumas justificativas para o retrocesso, também, trazem a “resistência de operadores do direito e órgãos do Sistema de Garantia de Direitos de Crianças e Adolescentes que, por desconhecimento da adoção internacional, apresentam aversão a essa modalidade”. Identifica-se que poucos entrevistados fizeram menção ao princípio do melhor interesse da criança e seu direito à convivência familiar, demonstrando que a maior preocupação com a adoção internacional é para que a criança não saia do “controle”²⁸⁰ do Estado, sob a justificativa da sua “proteção integral”, que não haja o processo fraudulento e o tráfico internacional de crianças. Assim, infere-se semelhante apreensão e demonstração de desconhecimento do alcance da lei, nas instâncias ordinárias, com a fraude na adoção, conforme foi identificada nas decisões analisadas no capítulo anterior, nos casos em que fazem referência à adoção *intuito personae*, adoção à brasileira, e quando determinam a busca e apreensão da criança para que seja recolhida em instituição de acolhimento, sem haver comprovação de maus-tratos²⁸¹ pela família substituta (*vide* Decisões 04, 09 e 10, disponíveis no Apêndice A desta tese).

Ainda em relação ao retrocesso da adoção internacional, foram apresentadas as seguintes justificativas: que a criação do Sistema Nacional de Adoção (SNA) pode não ser um retrocesso, mas a causa da diminuição na adoção internacional; que as mudanças havidas na adoção nacional em virtude da alteração do perfil dos pretendentes brasileiros, que antes só queriam recém-nascidos, assim os demais acabavam sendo adotados por estrangeiros, mas

²⁸⁰ Aqui se traz uma inferência pessoal resultante das pesquisas, onde faz-se referência a uma vaidade nacional, no sentido do Estado ser julgado por outros estados por não “dar conta” de cuidar de suas crianças, como essa situação não demonstra a preocupação com o melhor interesse da criança, a justificativa dada é que ela será privada da cultura do seu país de origem.

²⁸¹ Cf. manifestação da Rel. Min. Nancy Andrighi, em julgado de 12/11/2013: “inconcebível se presumir que um local de acolhimento institucional possa ser preferível a um lar estabelecido, onde a criança não sofre nenhum tipo de violência física ou moral”. (STJ, HC 274.845/SP (2013/0250389-7), 3ª Turma).

agora os brasileiros estão adotando crianças mais velhas, influenciados por campanhas de adoção tardia, e isso tem diminuído a adoção internacional, uma vez que os profissionais da área têm atuado na desconstrução dos preconceitos acerca da adoção tardia, aumentando consideravelmente as adoções nacionais de jovens com idade superior a 7 anos, negras e com problemas de saúde, perfil que, anteriormente, se encontrava como única alternativa à adoção internacional. Dessa forma, pode-se presenciar uma diminuição das adoções de jovens brasileiros por estrangeiros; que a crise econômica mundial também é um retrocesso para adoção internacional, pois afetou os principais países que têm entidades credenciadas para adoção; que os problemas em relação à adoção internacional estão ligados ao preconceito que ainda permeia a sociedade brasileira.

Também houve quem não achou que ocorreu retrocesso, dizendo que a adoção internacional tem o caráter subsidiário em relação à adoção nacional, face à relevância da permanência da criança disponível à adoção no seu país de origem, como forma de manutenção de suas raízes culturais. E, na hipótese de inviabilidade da adoção nacional, possibilitar a adoção internacional; que não sabe se pode ser considerado retrocesso, mas considera que “os critérios que indicam que a criança ou adolescente deva ser inserida no cadastro de adoção internacional ainda são imprecisos, o que faz com que muitos sejam cadastrados já adolescentes, fora do perfil geralmente adotado pelos estrangeiros”.

c) A subsidiariedade da adoção internacional como um entrave na perspectiva dos(as) entrevistados(as)

Em relação à subsidiariedade da adoção internacional, que é o cerne desta pesquisa e será tratada mais adiante, houve manifestações que coadunam com o entendimento que se tinha no início, no sentido de que este princípio é um entrave, pois quando a lei exige que a adoção internacional seja colocada como último recurso, consoante art. 51, § 1º, II do ECA²⁸², ocorre

²⁸² 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 n. 3.087, de 21 junho de 1999, e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção. (Redação dada pela Lei n. 13.509, de 2017)

§ 1º A adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil somente terá lugar quando restar comprovado: (Redação dada pela Lei n. 12.010, de 2009) Vigência

I - que a colocação em família adotiva é a solução adequada ao caso concreto; (Redação dada pela Lei n. 13.509, de 2017)

II - que **foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família adotiva brasileira, com a comprovação, certificada nos autos, da inexistência de adotantes habilitados residentes no Brasil** com perfil compatível com a criança ou adolescente, após consulta aos cadastros mencionados nesta Lei; (Redação dada pela Lei n. 13.509, de 2017) (grifo nosso).

uma demora, para que a criança seja inserida no cadastro desta modalidade de adoção, passando a ter um perfil mais difícil de ser aceito pelo(s) adotante(s), em razão da idade.

Em relação ao princípio da subsidiariedade como causa da redução do número de pedidos de adoção internacional nesta última década, assim se manifesta Marisa Drumond²⁸³, que trabalha com adoção internacional desde 1998, em resposta à pergunta “A que causas atribuis a redução do número de pedidos de adoção internacional, nesta última década?”:

Primeiramente à mudança do perfil das crianças disponíveis para a adoção internacional. Essa mudança tem suas causas no princípio de que a adoção internacional tem que ser sempre o último recurso. Só vão para a adoção internacional as crianças que "sobram", as que os brasileiros não querem: crianças grandes, grupos de irmãos, crianças que foram devolvidas por famílias brasileiras. Outro fator importante é o trabalho de sensibilização que as associações de apoio à adoção realizam no sentido de sensibilizar as famílias brasileiras para a adoção de crianças grandes ou grupo de irmãos. Há muito preconceito e muito receio das famílias em adotar crianças com mais de 10 anos. [...] gostaria de fazer um breve comentário sobre o princípio de deixar a adoção internacional para o último recurso [...] a adoção internacional proporciona uma ruptura mais radical com a vida anterior à adoção. Embora essa ruptura possa ser complexa em um primeiro momento, para muitas crianças ela é extremamente benéfica. Permite que a criança, mesmo com 10, 12 anos, ou até mais, retorne a elementos da primeira infância: aprender a falar, aprender um outro modo de funcionar em família, e principalmente, ela chega em um mundo onde ela não consegue sobreviver sem a ajuda preciosa dos pais. Ela é incapaz de sair sozinha, de buscar amigos sozinha, precisa dos pais para tudo, o que é um elemento maravilhoso para favorecer a construção de vínculos de filiação e paternidade. Esse é um tema complexo que não posso resumir assim, por escrito. Merece uma reflexão mais aprofundada. [...].

Tal manifestação chama, mais uma vez, a reflexão sobre a responsabilidade das famílias, da sociedade e do Estado brasileiro com suas crianças, em especial com as políticas públicas relacionadas às crianças que estão sem suas famílias, no sentido de garantir seu direito fundamental à convivência familiar. É neste viés, portanto, que se faz este estudo para desmistificar a adoção internacional e colocá-la no mesmo patamar da adoção nacional, é certo que dentro da sua realidade²⁸⁴, pois o que importa realmente é dar uma família a quem não tem, para ser criado com afeto, amor e cuidado, ou seja, atender o melhor interesse da criança e o seu direito fundamental à convivência familiar.

²⁸³ Marisa Maia Drumond é brasileira, vice-presidente do organismo francês de adoção internacional COFA-Cognac - *Adoption et Parrainage de la Charente*, atualmente reside na França. Durante 15 anos, ela foi representante desse mesmo organismo no Brasil. Atualmente, é responsável pela preparação de famílias francesas que vão adotar no Brasil, pelos acompanhamentos pós-adotivos de crianças brasileiras adotadas na França, pela seleção de famílias que se candidatam à adoção no Brasil e outras atividades afins.

²⁸⁴ A referência que se faz aqui, é de que a adoção internacional não deve ser colocada como último recurso, concordando com suas particularidades e tecendo críticas à sua subsidiariedade.

d) O Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento da criança na visão dos entrevistados:

Na perspectiva dos avanços e entraves atribuídos à adoção internacional, houve, também, o interesse de saber o que pensam as pessoas que trabalham com adoção internacional, no Poder Judiciário, sobre os procedimentos estabelecidos para tal modalidade de adoção pelo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA)²⁸⁵, que até julho de 2019 era denominado Cadastro Nacional de Adoção (CNA)²⁸⁶, no sentido de concordarem ou não com tais procedimentos e o porquê, pois no decorrer das visitas aos órgãos do Poder Judiciário, que realizam a adoção internacional, houve reclamações a respeito dos cadastros.

Pela Resolução nº 289, de 14 de agosto de 2019 do CNJ, o SNA é administrado pelas Corregedorias dos Tribunais de Justiça ou as Coordenadorias da Infância e Juventude, na respectiva unidade federativa, as quais terão acesso integral aos dados cadastrados, competindo-lhes cadastrar e liberar o acesso ao usuário, bem como zelar pela correta alimentação do sistema. A responsabilidade pelo cadastro de pessoa, expedição de documentos, classificação, atualização, inclusão e exclusão de dados no sistema é exclusiva das autoridades judiciárias competentes. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) deve prestar o apoio técnico necessário aos Tribunais de Justiça para a correta alimentação do SNA²⁸⁷.

²⁸⁵ Criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), via Resolução nº 289 de 14/08/2019, ficou estabelecida a implantação do SNA: “Art. 1º O Conselho Nacional de Justiça implantará o Sistema Nacional de Adoção e de Acolhimento – SNA, cuja **finalidade é consolidar dados fornecidos pelos Tribunais de Justiça** referentes ao acolhimento institucional e familiar, à **adoção**, incluindo as *intuitu personae*, e a outras modalidades de colocação em família substituta, bem como sobre **pretendentes nacionais e estrangeiros habilitados à adoção**.”

§ 1º A inserção de pretendentes domiciliados fora do território brasileiro no SNA compete às as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção – CEJAS/CEJAIS dos Tribunais de Justiça.

§ 2º Fica assegurado à Autoridade Central Administrativa Federal – ACAF o acesso ao sistema para inserção de dados sobre **organismos internacionais e autoridades estrangeiras**, bem como para visualização dos dados referentes ao **cadastro dos pretendentes à adoção domiciliados no exterior**, brasileiros que desejam adotar no exterior, **crianças aptas à adoção internacional e adoções internacionais realizadas**.

§ 3º Os Tribunais de Justiça deverão dispor de condições técnicas, operacionais e de pessoal para receber e processar os pedidos de habilitação para adoção apresentados por **pretendentes residentes no exterior**.” (Grifos nossos). Ver: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2976>.

²⁸⁶ Em 2008, “o CNJ criou o primeiro Cadastro Nacional de Adoção, que vem sendo atualizado periodicamente. Atualmente, há mais de 9.600 crianças cadastradas e mais de 46 mil famílias nacionais e 233 estrangeiras habilitadas à adoção”. (PLENÁRIO..., 2020).

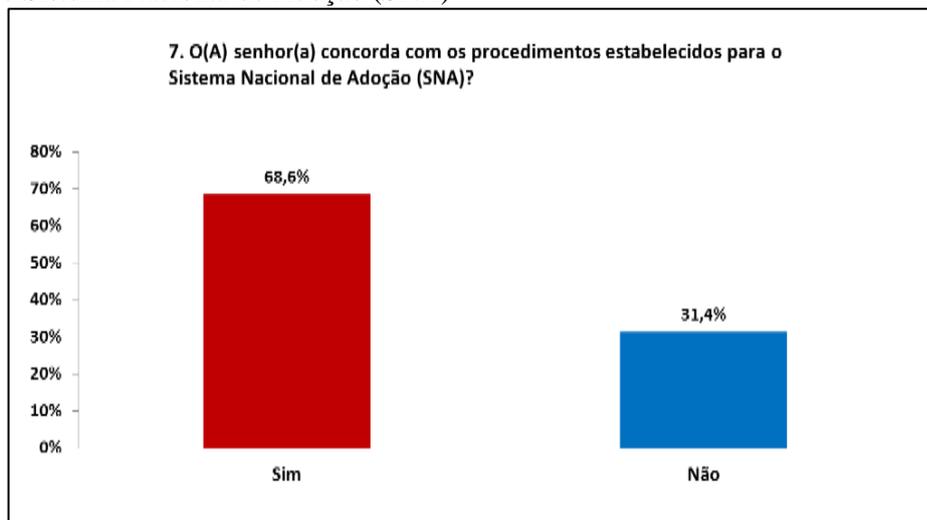
²⁸⁷ Art. 5º. O SNA integra todos os cadastros municipais, estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pretendentes habilitados à adoção, inclusive os cadastros internacionais, conforme preceitua o art. 50, § 5º e 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispensada a manutenção pelos tribunais de cadastros separados.

Art. 6º. Compete ao Comitê Gestor dos Cadastros Nacionais viabilizar a migração dos dados armazenados no Cadastro Nacional de Adoção – CNA e no Cadastro Nacional de Crianças de Adolescentes Acolhidos – CNCA para o SNA.

§ 1º. Os cadastros CNA e CNCA ficarão disponíveis para consulta até o dia 12 de outubro de 2019.

A maioria dos entrevistados concorda com o que está estabelecido pelo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, conquanto ainda estejam estudando a dinâmica dos cadastros.

Gráfico 6 – O(A) senhor(a) concorda com os procedimentos estabelecidos para o Sistema Nacional de Adoção (SNA)?



Fonte: Elaborado pela autora da pesquisa, 2020.

O fato de haver conexão e acesso entre os cadastros, traz o entendimento de melhor operacionalidade, conforme argumentos manifestados nas respostas da pergunta referente a tais procedimentos, *in verbis*:

- Sim, porque uma das novas funcionalidades trazidas pelo CNJ se refere ao pré-cadastro de pretendentes, que permite a inserção de seus dados com o perfil da criança que pretendem adotar. Disponibiliza estatísticas públicas, para acesso ao público em geral, contendo dados de crianças acolhidas, de crianças e adolescentes aptos à adoção, de pretendentes habilitados para adoção, com gráficos referentes à idade, gênero, entre outras informações;
- Sim, porque o SNA traz visibilidade aos pretendentes que residem no exterior bem como à situação das crianças e adolescentes acolhidos;
- Não, com a criação do CNA a adoção internacional foi reduzida consideravelmente, pois o último recurso, praticamente, não “permitiu” a adoção internacional. Esta passou a ser mais burocrática e morosa. Atualmente, com a criação do SNA e a atuação do ACAF, acredito que a adoção internacional será mais presente nos tribunais brasileiros;
- Não, porque até o momento (mesmo com a atualização do sistema para SNA) não consegui verificar a funcionalidade desses procedimentos para a adoção internacional. Em geral, quando se vincula irmãos, por exemplo, no SNA para habilitação estrangeira, os pretendentes já estão adotando, ou já adotaram ou já desistiram. Nenhuma vez deu certo, via SNA.

§ 2º. Concluída a migração dos dados para o SNA e observado o disposto no § 1º deste artigo, os cadastros CNA e CNCA serão extintos, em conformidade com a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados.

Somadas a estas respostas, o entendimento predominante é de que nesse novo sistema há uma tentativa de unificar e promover a adoção; que ele estabelece maior transparência, além de democratizar o procedimento de vinculação; auxilia no controle dos prazos de acolhimento familiar e institucional, além de facilitar o cruzamento de dados para identificação de pretendentes à adoção; que “desde a criação do Cadastro Nacional de Adoção – CNA por meio da Resolução nº 54/2008/CNJ, e agora em 2019 a implantação do novo sistema – SNA- Sistema Nacional de Adoção (Resolução nº 289/2019/CNJ), a adoção nacional foi facilitada”, por meio da inserção de dados de todas as crianças, bem como dos pretendentes habilitados à adoção, fazendo a busca automática, dando celeridade aos processos e, assim, abreviando o tempo de acolhimento, conforme resposta a seguir:

O Sistema Nacional de Adoção é regido pela Resolução CNJ 289/2019, tendo substituído o CNA (Cadastro Nacional de Adoção) e o CNCA (Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas), e contempla uma visão integral da situação da criança e do adolescente, desde a sua entrada no sistema de proteção, até a sua saída, seja pela reintegração à família de origem, seja pelo processo de adoção, considerando sempre o melhor interesse do adotando. Integra dados de todos os tribunais, com busca automática, por pretendentes de qualquer região do país. Se não houver pretendente no município de residência do adotando, é realizada busca, em outros municípios, e depois, em outros estados da Federação, para, posteriormente buscar pretendentes estrangeiros, vinculando a criança ou o adolescente ao primeiro pretendente da lista, acelerando, desse modo, o processo de adoção;

Inferese que a compreensão exposta nas respostas é de que “o SNA, o qual substituiu o CNA, parece ser excelente meio de controle das institucionalizações de crianças e adolescentes”, entendendo ser necessário, ainda, “dar continuidade ao treinamento das equipes de trabalho das Coordenadorias e Varas da Infância e Juventude, assim como das Cejas/Cejais”; que tais treinamentos devem ser constantes, tendo em vista a complexidade da ferramenta; sendo observado pelos entrevistados, que a inclusão das famílias estrangeiras no CNA permitiu agilizar e dar oportunidades a crianças provenientes de todos Estados brasileiros; que o sistema confere segurança e igualdade entre os pretendentes, além de observar o critério cronológico, porque prestigia a ordem de inscrição no SNA, tanto para as adoções nacionais, como internacionais; que o sistema “ampliou os cuidados com a adoção internacional”, e que pelo fato da adoção internacional ser amplamente controlada, são exigidos procedimentos que garantem a sua segurança, demonstrando já ser um começo de reconhecimento da importância da adoção internacional.

Também foi argumentado, nas respostas ora relatadas, que o “sistema necessita de diversas adequações, mas apresenta pontos positivos, especialmente a integração entre

acolhimento e adoção, permitindo uma visão sistêmica”; e que “há o critério de manter os adotandos o mais próximo possível de suas territorialidades.

Os que não concordam com os procedimentos estabelecidos pelo SNA disseram que “há preocupação excessiva com burocracias e as pessoas adotam de menos; que o importante é não haver corrupção e não existirem pagamentos milionários por parte das pessoas que só querem dar amor”; que “a burocracia estabelecida pela lei desestimula a adoção internacional”; “porque na medida em que é preciso esgotar todas as possibilidades de adoção nacional antes de se optar pela adoção internacional, muitas vezes a criança perde oportunidade de ser colocada em uma família residente no exterior. Em muitos casos a adoção internacional atende o melhor ao interesse daquela criança em particular”.

Assim, os argumentos dos que não concordam com os procedimentos do SNA demonstram as dificuldades em relação à adoção internacional e consequente prejuízo ao direito à convivência familiar da criança, contrariando seu melhor interesse, uma vez que a questão relativa aos cadastros de adoção, prazos e burocracias em relação aos procedimentos de habilitação e processos de adoção internacional tem sido evidenciada, em razão das novas regras estabelecidas nesta última década, em especial, a Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017, que dispõe sobre entrega voluntária, destituição do poder familiar, acolhimento, apadrinhamento, guarda e adoção de crianças; e a Resolução nº 289 do CNJ, de 14 de agosto de 2019, que dispõe sobre a implantação e funcionamento do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento.

A justificativa é de que estas normas foram aprovadas para agilizar²⁸⁸ os procedimentos administrativos e judiciais, com a finalidade de atender o melhor interesse da criança, para viabilizar sua inserção em uma família que lhe dê afeto, ame e cuide, mas para que haja sua efetividade, o entendimento que se traz é de que, para a aplicação de tais normas, é preciso investir na estrutura do Judiciário para o cumprimento dos prazos, pois a maioria das Varas de Infância e Juventude está defasada em sua estrutura, especialmente em relação aos recursos humanos (Cf. Agência Senado: Especial Cidadania, edição 621). Nesse sentido, a importância do instituto da adoção está cada vez mais evidenciada, pois o melhor interesse da criança sem família é a busca, pelo Estado, da sua colocação em família substituta, para a garantia do direito fundamental à convivência familiar e comunitária.

²⁸⁸ Vide Comentários à Lei nº 13.509/2017, que facilita o processo de adoção, que faz referência à criação de novas normas que vêm para incentivar e facilitar o processo de adoção (COMENTÁRIOS..., 2019).

4.4 A subsidiariedade da adoção internacional como fator de “resistência” à adoção internacional

No início da pesquisa realizada, quando das leituras feitas para melhor compreensão do instituto da adoção, em especial da adoção internacional, identificou-se que a excepcionalidade da adoção é a “colocação da criança em família substituta permanente” (art. 19 do ECA)²⁸⁹, sendo assim, qualquer modalidade de adoção é excepcional e que, no caso da adoção internacional, além da sua excepcionalidade (art. 31 do ECA), a lei estabelece sua subsidiariedade (art. 51, § 1º, II do ECA e art. 4º da CH/93²⁹⁰), que a coloca, de fato e de direito, como medida de último recurso para crianças sem família, seguindo o entendimento dos principais instrumentos legais internacionais, que tratam dos direitos da criança na perspectiva dos direitos humanos e que têm duas convenções ligadas ao princípio de subsidiariedade na adoção internacional: a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança (CDC)²⁹¹ e a Convenção da Haia Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (CH/93). Esses tratados reconhecem a criança como sujeito de direitos e conferem direitos, tais como: o direito à não discriminação (art. 2 da CDC); o direito a ter seus melhores interesses como consideração primária em todas as ações relacionadas a elas (art. 3 da CDC); o direito inerente à vida (art. 6 da CDC); e o direito daquela criança que é capaz de formar seu próprio ponto de vista “[...] a expressar sua opinião livremente sobre todos os aspectos que lhe afetem” (art. 12 da CDC).

No decorrer da pesquisa, constatou-se que algumas das pessoas que trabalham com adoção internacional não fazem, com clareza, distinção legal entre a excepcionalidade e a subsidiariedade da adoção internacional, sendo que esta é parte importante do objeto da pesquisa ora realizada, daí a inserção, no formulário da pesquisa de campo, das seguintes perguntas: o que o(a) senhor(a) entende por “último recurso” na adoção internacional?; o(a) senhor(a) concorda que a adoção internacional seja colocada como último recurso em decorrência da subsidiariedade? É possível que candidatos brasileiros à adoção (de

²⁸⁹ 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. (Redação dada pela Lei n. 13.257, de 2016) (grifo nosso)

²⁹⁰ Trata-se dos requisitos estabelecidos pela “Convenção de 29 de maio de 1993 relativa a Proteção das Crianças e a Cooperação em matéria de Adoção internacional” (CH/93), para que seja concedida a adoção internacional – “Artigo 4. As adoções abrangidas por esta Convenção só poderão ocorrer quando as autoridades competentes do Estado de origem: *a*) tiverem determinado que a criança é adotável; *b*) tiverem verificado, **depois de haver examinado adequadamente as possibilidades de colocação da criança em seu Estado de origem**, que uma adoção internacional atende ao interesse superior da criança”. (grifo nosso)

²⁹¹ Trata-se do instrumento de Direitos Humanos (DH) mais aceito na história universal. Foi ratificado por 196 países, dentre os quais o Brasil, que a ratificou em 24 de setembro de 1990 (CONVENÇÃO..., 2017).

crianças/adolescentes) invoquem o requisito do último recurso para conseguir preferência sobre candidatos estrangeiros? Por quê? Então, buscou-se conhecer qual a ideia que se faz quando a adoção internacional é colocada como subsidiária a qualquer outro tipo de cuidado alternativo da criança que está sem família.

Nas manifestações referentes ao “entendimento por último recurso na adoção internacional”, foi colocado, pelos entrevistados, *in verbis*, dentre outros, que se diz:

Quando esgotadas todas as buscas de pretendentes nacionais. Assim, se uma criança ou adolescente está apto a adoção, realiza a consulta pelos pretendentes habilitados da Comarca, do estado e depois dos outros estados, não localizando no território brasileiro disponibiliza para a consulta de pretendentes internacionais; também, quando nenhuma possibilidade de adoção nacional foi identificada ou quando as tentativas de colocação em família substituta nacional foram mal sucedidas; Não encontrando adotantes no Brasil, deve-se buscar a adoção internacional, ou seja quando nada mais deu certo, a adoção internacional é um recurso.

O entendimento majoritário foi de que “conforme a lei, deve-se tentar as várias formas disponíveis para a busca por pretendentes nacionais, porém, durante um tempo”; que:

Considerando o objetivo de garantir o direito constitucional à convivência social e familiar à criança e ao adolescente e, ausência de pretendentes nacionais interessados em ingressar com pedido de adoção dos infantes que aguardam ansiosamente por uma família, por não estarem dentro do perfil dos pretendentes nacionais, a adoção internacional surge como ultimada e segura alternativa à concretização dessa garantia fundamental aos infantes acolhidos.

No tocante à admissão da adoção internacional, há, também, o entendimento de que deve ser uma alternativa tão logo se constate a impossibilidade de colocação da criança em família substituta nacional, sendo a busca ativa por pretendentes nacionais e apadrinhamento afetivo os últimos recursos para a criança, e só seriam buscados se não houvesse chance de adoção internacional:

Como ‘último recurso’, entendo que se faz busca nacional, não foi encontrado durante um determinado tempo, deve-se partir para busca por pretendentes internacionais. Infelizmente, há magistrados e técnicos que resistem à adoção internacional e ficam nas buscas intermináveis por pretendentes nacionais, prejudicando o desenvolvimento da criança/adolescente.

Tal compreensão dos entrevistados demonstra que, embora a lei coloque a adoção internacional como último recurso, ela não deveria ser assim aplicada, uma vez que também argumentam que esta modalidade de adoção deveria ser uma possibilidade real, assim como as demais medidas para aquelas crianças que não conseguiram permanecer em sua família ou

serem inseridas em outra em âmbito local ou nacional, de forma fluida, e “não como um recurso de consulta de cadastro de família estrangeira após longa peregrinação do infante (cuja idade extrapolou o limite definido pelas famílias estrangeiras habilitadas) em recorrentes experiências frustradas, apenas para constar que se tentou a adoção nacional”; que a adoção internacional deveria fazer parte de um fluxo dinâmico, em que pese sua consulta em instância posterior às demais medidas, mas não como última chance da criança de ser acolhida por uma família substituta permanente; que “foram esgotadas as possibilidades de permanência da criança na família de origem e em família adotiva nacional, penso que se torna sinônimo de crianças pedintes e perambulando pelas ruas até que um traficante lhe encontre”; que é a “última oportunidade de colocação em família substituta”; que ela é subsidiária diante da “possibilidade de ser utilizada somente quando esgotado todos os meios para a inserção da criança ou adolescente na família extensa e na adoção por casais residentes no Brasil, ou mesmo casais brasileiros residentes no exterior”.

Numa das CEJAs entrevistadas, o entendimento foi de que a subsidiariedade significa:

Prestigiar a adoção internacional quando não há viabilidade da adoção nacional. Registro que, no nosso estado, há um entendimento, consolidado, inclusive, em Enunciado Administrativo da Infância e Juventude, que, tratando-se de adoção de grupo de irmãos, a fim de se manter os vínculos fraternais, como preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção internacional conjunta do grupo de irmãos terá prioridade à adoção nacional desmembrada desse grupo, por ser mais relevante, na hierarquia das normas, a manutenção e fortalecimento dos vínculos fraternais à permanência do grupo de irmãos no Brasil de forma desmembrada entre famílias, quando não se sabe se será assegurada a manutenção desses vínculos afetivo-fraternais entre os irmãos.

Diante do exposto, identifica-se a preocupação com a proteção integral da criança e o seu melhor interesse em relação ao direito à convivência familiar, mesmo que o posicionamento da maioria dos entrevistados seja de que a adoção internacional deve ser entendida como medida de último recurso, mas percebe-se que não há clareza do que realmente isto significa (ou deveria significar), especialmente em relação à institucionalização da criança, assim como quais são suas implicações nas políticas públicas e nas normas jurídicas de seu bem-estar e do seu direito fundamental à convivência familiar, pois são assuntos pouco pesquisados e sobre os quais existem informações precárias, “tornado um lugar comum dizer que a adoção internacional deve ser entendida como medida de último recurso” (MEZMUR, 2009, p. 84)²⁹².

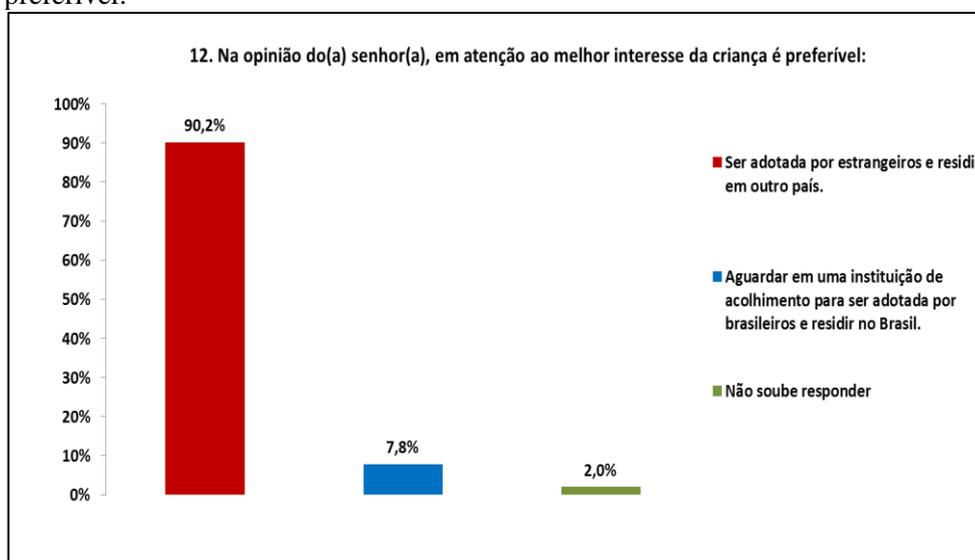
²⁹² Sobre essa questão, interessante ler o artigo de Mezmur (2009), que trata de a adoção internacional ser colocada como último recurso.

[...] o entendimento legal que tem surgido é de que a adoção internacional deve ser usada como medida de último recurso. O Comitê dos Direitos da Criança (Comitê CRC, sigla em inglês) reafirmou essa posição ao concluir que “a adoção internacional deve ser considerada à luz do Artigo 21, especificamente como medida de último recurso.” (COMITÊ CRC, 2004, §47). Organizações influentes como o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) coincidem com essa posição. De acordo com um dos princípios fundamentais que sustentam a prática da adoção internacional – **o princípio de subsidiariedade** – a adoção internacional é prevista apenas quando estabelecido que não há disponível nenhuma família substituta ou outro ambiente de cuidado no país de origem da criança (MEZMUR, 2009, p. 83-84, grifo nosso).

No Brasil, o entendimento predominante é nesse viés, de que deve haver a subsidiariedade, pois a criança deve ser colocada em família brasileira e, caso não haja uma que a queira, em família estrangeira; e para que isso aconteça ela deve estar em instituição de acolhimento e ser inserida no cadastro de adoção internacional.

Tal entendimento também ficou evidenciado na resposta dada à pergunta: “Em atenção ao melhor interesse da criança é preferível: ‘ser adotada por estrangeiros e residir em outro país’ ou ‘aguardar em uma instituição de acolhimento para ser adotada por brasileiros e residir no Brasil’? Por quê?”.

Gráfico 7 – Na opinião do(a) senhor(a), em atenção ao melhor interesse da criança é preferível:



Fonte: Elaborado pela autora da pesquisa, 2020.

Conforme o demonstrado no Gráfico 7, a interpretação que se dá às respostas, é de que o último recurso deveria ser deixar a criança em uma instituição de acolhimento, pois a maioria das respostas foi: “é preferível ser adotada por estrangeiros e residir em outro país”, cujas justificativas (por quê?) às respostas dadas à tal pergunta foram, *in verbis*:

- Porque aguardar em uma instituição não garante que surgirão pretendentes nacionais interessados. O exercício do direito à convivência familiar é fundamental para o integral desenvolvimento da criança ou adolescente, e mostra-se mais vantajoso para a criança do que viver no país de origem;
- Convivência familiar é direito fundamental (art. 227 CF). É obrigação do Estado assegurar esse direito a todos, não importa se a família é nacional ou internacional;
- Porque o melhor interesse da criança e do adolescente é atendido quando ele passa o menor tempo possível em uma unidade de acolhimento e encontra o mais rápido possível o aconchego, amor e cuidados, que são amplamente atendidos no seio familiar; O desenvolvimento psicossocial e familiar da criança “tem pressa”, não há o que aguardar e aumentar ainda mais a carga de traumas’

Tal entendimento está em consonância do princípio do melhor interesse da criança e com seu direito à convivência familiar, conforme argumentos do STJ, nas decisões analisadas no capítulo anterior, desta tese, que expressa ser a institucionalização da criança o último recurso.

- Mais importante do que ressaltar a nacionalidade da família é garantir a existência de uma criança feliz, acolhida em sua inteireza, respeitada em sua individualidade. Não pode ser mais possível tratar a vida de milhares de crianças centrando as ações com um olhar de quem está de fora da instituição de acolhimento. O tempo da criança é muito curto para que ela fique à mercê de decisões que visem à necessidade de famílias nacionais ou da existência de compatriotas que tenham interesse em adotá-las.
- Não acho que “ser adotada por estrangeiro” pode ser posto como MELHOR que a permanência na instituição de acolhimento. São coisas diferentes. A adoção por estrangeiro e a adoção por brasileiros devem ter a mesma conotação, são tão boas quanto. Não existe, no meu modo de ver, diferença entre uma e outra (nacional e internacional) quanto a ser melhor. Todas são boas para garantir a convivência familiar e comunitária para as crianças em situação de abandono;

A compreensão relatada nas entrevistas foi de que o importante é ter uma família que cuide da criança, que a “melhor instituição de acolhimento que há não é suficiente para a criança quando se pensa em estabilidade, pessoalidade e cuidados individualizados”; que respeitados os prazos legais, acredita-se que o melhor para a criança é se desenvolver no seio de uma família (independente se nacional ou internacional) que lhe dê afeto, atenção e cuidados individualizados que a “unidade de acolhimento” dificilmente poderá lhe proporcionar; que “todas as possibilidades são válidas, quando existe o AMOR. A criança quer estar onde seja amada. [...]. Sendo assim, como pensar em outro lugar e não entender que todos devemos nos dar as mãos [...]”; que as oportunidades de desenvolvimento da criança adotada por estrangeiros, em regra, são muito mais relevantes do que o acolhimento institucional por longo tempo, no aguardo de pretendentes brasileiros, que muitas vezes nunca chegam por diversos fatores seletivos, “então é preferível a adoção internacional do que ficar acolhido até os 18

anos”, tendo que sair da instituição de acolhimento sem nenhuma perspectiva de futuro; que “Não há uma resposta única”.

Como já dito e expressamente estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a prioridade é a adoção nacional, a ser realizada de forma célere. Se inviável, partir para adoção internacional, também com prioridade na busca de pretendentes; “Porque o que importa é a criança ter uma família que a ame e cuide”, e “o que interessa é a criança ter a chance de ser criada por uma família, uma vez que se acredita que, após a destituição do poder familiar, o preferível é ser inserida em família adotiva na maior brevidade possível, pois a família é um ambiente mais salutar para o seu desenvolvimento”.

Em relação à institucionalização da criança, também foi dito: que “não considero que se mantenham infantes em abrigo para aguardar adoções nacionais, por melhor que seja o abrigo, ele nunca será capaz de responder às necessidades da criança como seus pais adotivos”; que:

Na família adotiva ele será único, será visto em sua individualidade e será amado como filho. A espera no abrigo por pais brasileiros pode ser muito longa, e quanto mais a criança cresce no abrigo, mais autonomia ela desenvolverá, autonomia essa que dificultará a construção dos vínculos de dependência aos pais, que é absolutamente necessária ao sucesso da adoção;

Que o melhor interesse da criança é ter uma família, “o tempo de permanência da criança na instituição de acolhimento é que não deverá ser longo, pois a infância é curta e se chegar à adolescência, possivelmente, não será adotada sequer por estrangeiros”; que “os estrangeiros, muitas vezes dispostos a educar e dar carinho as crianças e adolescentes que se encontram relegados em abrigos, sem esperanças de ter um futuro digno”; e, muitas vezes, “o estrangeiro está mais preparado psicológica e economicamente para assumir uma adoção, não fazendo discriminações atinentes à raça, ao sexo, à idade ou até mesmo à doença ou defeito físico que a criança possa ter”; que é sempre melhor ser criada no seio de uma família do que em uma instituição de acolhimento, a “criança precisa de família URGENTE, tem que ser um processo rápido, se não tem casal brasileiro disponível neste momento, que se faça imediatamente a pesquisa de casais internacionais. A criança não pode perder a oportunidade de ter família que a proteja, seja ela qual for”; que “o acolhimento de uma criança em uma instituição de acolhimento deve ser apenas emergencial, nunca pode ser vista como solução para seu abandono”.

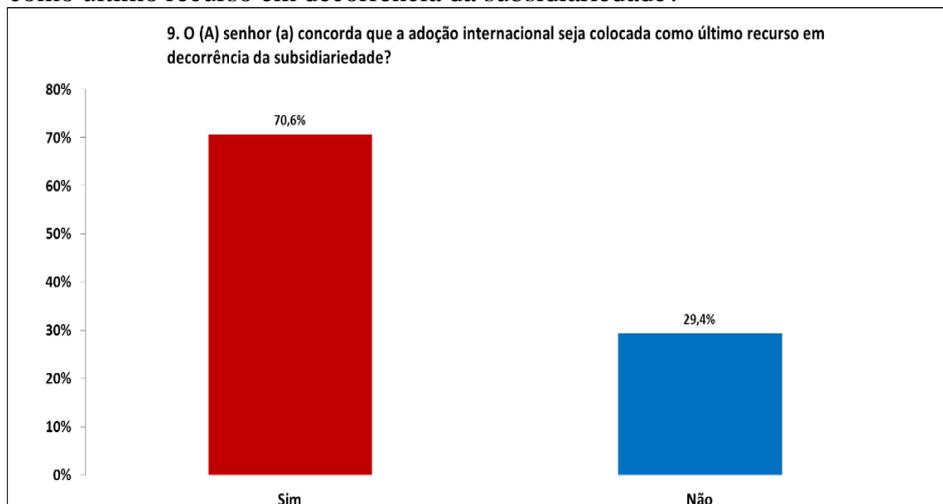
Nesse sentido, traz-se a lição de Leila Cavallieri (2017, p. 135):

Tanto faz que seja através do processo nacional ou internacional, a busca por uma família é prioridade na vida de tais crianças ou adolescentes. Por conta de vários meses ou anos vivendo o abandono ou rejeições, eles criam um sentimento que envolve revolta e carência. [...] Todo empenho é necessário para que realmente se atinja o objetivo principal: encontrar a família ideal para aquela criança. Não importa, do ponto de vista afetivo, a nacionalidade da família ou onde residem, o que é relevante é o que pode ser oferecido àquela criança tão usurpada de seus direitos mais elementares.

O entendimento predominante das respostas foi de que as crianças, quando privadas da convivência de suas famílias, devem se beneficiar da sua colocação em família substituta e que, de acordo com a hierarquia estabelecida pelo cuidado alternativo, devem, primeiramente, ser adotadas no seu país de origem. Se assim não for possível, devem ser disponibilizadas para adoção internacional, pois de acordo com seu melhor interesse, crescer em uma instituição de acolhimento não está em consonância com sua proteção integral. A adoção internacional, quando colocada como último recurso, portanto, é indicativa da sua natureza subsidiária, sendo considerada como “última” solução de cuidado alternativo para crianças privadas do seu ambiente familiar.

Pela legislação pátria, a subsidiariedade da adoção internacional estabelece uma hierarquia a ser seguida (art. 51, § 1º, II do ECA), mas que não está clarificada, pois o lugar onde a adoção internacional deve figurar, dentre as opções de cuidados alternativos, permanece pouco definida, especialmente quando se pergunta se “é a adoção internacional ou a institucionalização da criança que deverá ser considerada como medida de último recurso” (*vide* art. 34, § 1º do ECA), ou quando se indaga “o que pode e deve realmente significar último recurso” para o melhor interesse da criança. Esta falta de clareza referente ao “lugar” que o princípio da subsidiariedade coloca a adoção internacional, ficou demonstrada na resposta da pergunta seguinte: “O(A) senhor(a) concorda que a adoção internacional seja colocada como último recurso em decorrência da subsidiariedade? () Sim () Não Por quê?” As respostas foram assim manifestadas:

Gráfico 8 – O (A) senhor (a) concorda que a adoção internacional seja colocada como último recurso em decorrência da subsidiariedade?



Fonte: Elaborado pela autora da pesquisa, 2020.

Conforme mostra o Gráfico 8, a maioria respondeu que concorda com a adoção internacional ser assentada como último recurso, em decorrência da sua subsidiariedade; e como justificativa quatro pessoas colocaram não saber responder; e as demais apresentaram os seguintes argumentos, entre outros, *in verbis*:

- Sim. A adoção internacional traz uma mudança grandiosa para a vida das crianças/adolescentes, outro país, outra língua, outra cultura... tudo isso pode se transformar em dificuldades para os adotandos. Assim sendo, acredito que, pelo melhor interesse da criança/adolescente, a prioridade deve ser que ele fique em seu país de origem;
- Sim. Porque a ruptura com o país de origem, língua, costumes, cultura também é traumática para a criança/adolescente e por isso deve ter preferência a adoção nacional, em que essas perdas não ocorrem;
- Sim. Por acreditar que a busca preferencial para vincular o infante acolhido deva ocorrer primeiramente entre os interessados e cadastrados no país de origem do infante, o que facilita e otimiza o estabelecimento de vínculos às crianças e adolescentes, como também um aumento de possibilidade de maior e célere adaptação numa família nacional que partilha da mesma cultura, usos e costumes do infante acolhido, que tem urgência em encontrar sua família.

Identifica-se o permanente argumento de que o melhor interesse da criança é ser criada por uma família, que em virtude da subsidiariedade, por uma família da mesma nacionalidade da criança, para que ela possa crescer e se desenvolver dentro da cultura de suas origens.

- Sim, se as questões sociais ou políticas pudessem realmente ser resolvidas localmente, seria importante manter como último recurso a adoção internacional. Refletindo sobre a vida da criança/adolescente, aquele que já está sem sua família biológica, ir para outro país com cultura diferente, é mais uma “perda” de suas raízes. Por outro lado, como o Brasil não é capaz de resolver suas questões por si mesmo, a adoção internacional é a solução para garantir o direito dos infantes à convivência familiar;

Tal entendimento foi manifestado pela maioria, o que não corresponde com o que foi expresso anteriormente, no sentido de dizer que a institucionalização da criança é que deve ser o último recurso. Pela legislação, conforme já visto, a criança negligenciada por seus genitores ou sem família, só será disponibilizada para adoção após a destituição do poder familiar e, até então, é preciso buscar alguém dentro da família natural que queira assumir aquela criança, se não for encontrado, ela será disponibilizada para adoção, inicialmente nacional; e se não encontrar algum brasileiro que a queira, será disponibilizada para a adoção internacional.

A inferência que se faz, é de que a criança só será adotada via adoção internacional quando estiver “disponível” em instituição de acolhimento, significando que é a adoção internacional o último recurso. O que demonstra que, embora entendam que a institucionalização não atende o melhor interesse da criança em relação ao direito fundamental à convivência familiar, conforme identificado no capítulo anterior, quando da análise das decisões da Terceira Turma do STJ, e a expressiva maioria das respostas dadas à pergunta “Em atenção ao melhor interesse da criança é preferível: ‘ser adotada por estrangeiros e residir em outro país’ ou ‘aguardar em uma instituição de acolhimento para ser adotada por brasileiros e residir no Brasil’?”.

Por outro lado, 29,4% das pessoas entrevistadas respondeu que não concorda que a adoção internacional seja colocada como último recurso, sob o argumento de que:

A adoção internacional é uma possibilidade tão importante quanto às demais medidas de colocação da criança num núcleo familiar acolhedor de suas necessidades. No entanto, pensá-la como último recurso pode incorrer numa desconstrução interna de esperança da criança e do adolescente de pertencer a uma família bem como em descrédito por partes dos demais profissionais acerca de sua efetividade e confiabilidade, o que pode reforçar uma carga de preconceito pelos “riscos” e “desvantagens” de uma “adoção internacional”. Pensar a adoção internacional como último recurso (derradeiro) pode trazer prejuízos enormes às crianças e adolescentes, pois os profissionais vinculados a esses meninos e meninas podem sugerir a sua inserção no cadastro de adoção internacional tardiamente, em razão das insistentes tentativas frustradas para a manutenção da criança e/ou adolescente na família de origem, extensa ou substituta local/nacional. Considero que a tentativa de colocação de uma criança ou adolescente numa família, seja ela natural, extensa ou adotiva, tenha que ser fluida, com foco na criança (a preparação e apoio psicológico são ferramentas fundamentais para que ela possa lidar bem com o processo de mudança que ocorre em sua vida e sentir-se pronta para vivenciar as possibilidades que lhes serão apresentadas) e que considere o seu tempo cronológico e o emocional.

Tal compreensão demonstra a importância de se priorizar o direito à convivência familiar quando se trata do melhor interesse da criança. Nesse sentido, outros argumentos foram revelados nas respostas:

A adoção internacional poderia se tornar uma alternativa concomitante com a adoção nacional, principalmente, no caso de adoção tardia, haja vista que há inúmeras crianças e adolescentes institucionalizados, em casas de acolhimento (abrigos), aguardando um lar, uma família, considerando que, no Brasil, a maioria absoluta dos pretendentes à adoção tem preferência por recém-nascidos, do sexo feminino e de pele clara, enquanto, pelo menos 60% dos estrangeiros pretendentes à adoção, estão dispostos a adotar crianças de 7 a 10 anos de idade (adoção tardia), não apontando preferência com relação a gênero ou à etnia. Estão dispostos também a adotar crianças portadoras de deficiência ou de problemas de saúde, bem como dispostos a adotar grupo de irmãos.

Essa manifestação expressa que o importante é colocar a criança em uma família permanente que a ame e cuide, independentemente de ser nacional ou estrangeira, especialmente quando se tratar de adoção tardia ou de crianças “inadotáveis” para o padrão dos adotantes brasileiros.

Em síntese, ficou demonstrado que para os entrevistados que responderam “sim”, a adaptação da criança é mais difícil na adoção internacional, por isso a prioridade é permanecer no país de origem, pois deve-se tentar ao máximo preservar a criança em suas origens, sua língua, sua cultura, seu país. Disseram que “o ECA prioriza a convivência da criança com os pais e família extensa, em caso de adoção, a prioridade é de habilitados nacionais, que assegurem uma convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes em seu próprio país”, pois tirar uma criança ou adolescente do seu país, da sua cultura, da sua língua é muito sério e deve ser feito realmente se for o melhor para o adotado; que “concordo que sejam envidados esforços para a criança permanecer em família no território brasileiro, mas penso que tais esforços sejam realizados dentro de limites que respeitem a urgência da necessidade da criança”; que a legislação coloca a adoção internacional como último recurso a fim de proteger os direitos fundamentais, visando o melhor interesse da criança e do adolescente e garantindo o direito à convivência familiar, de forma a preservar inicialmente a família de origem e evitar ao máximo o abrigamento dos adotados; que em regra sim, concordando que a prioridade seja que a criança fique em uma família que resida no seu país de origem, porém que os interesses do adotando sejam prioritariamente observados.

Não considero que a família residente no Brasil deva ter prioridade a qualquer custo, em detrimento do bem-estar da criança. Um exemplo recorrente é a separação de grupos de irmãos para que os mais novos sejam adotados e os mais velhos permaneçam em acolhimento, sendo que há chances de toda a família ser adotada por família estrangeira, mesmo que sejam duas famílias para o grupo.

A maioria dos argumentos, acima apresentados, demonstra ser a subsidiariedade da adoção internacional um fator de “resistência” à esta modalidade de colocação em família

substituta permanente, pois está compreendida como um meio alternativo de cuidado que só deve ser adotado quando todas as outras possibilidades foram exauridas, embora a legislação estabeleça que, em atenção ao melhor interesse da criança, esta tem o direito fundamental à convivência familiar e social, que é o direito a ser criada (crescer e se desenvolver) no aconchego de uma família que a ame e cuide. Embora trabalhem com adoção internacional, a maioria das pessoas entrevistadas, demonstrou entender que a adoção “nacional” deve estar no alto da hierarquia das opções estabelecidas como cuidado alternativo para crianças privadas de seu ambiente familiar, considerando a importância das suas raízes culturais, pois a criança, ao ser disponibilizada para adoção, já está sem sua família biológica e ir definitivamente para outro país com cultura diferente, é mais uma “perda” que sofrerá, somada às dificuldades que provavelmente enfrentará para se adaptar à nova realidade.

Numa outra perspectiva, os entrevistados que responderam “não”, apresentaram como justificativa que é “por conta da subsidiariedade que muitas crianças ficam acolhidas por mais tempo aguardando a adoção por famílias brasileiras. E, em decorrência dessa espera, acabam também ficando fora do perfil de família estrangeira devido a sua faixa etária”; que ao concordar com a subsidiariedade não se está pensando no melhor interesse da criança, pois:

Isso é um pensamento egoísta, porque só se sabe a dificuldade das crianças quem realmente se importa com elas. Visitei mais de 30 casais que adotaram em outros países e achei que as leis da França possuem tolerância zero aos pais que abandonam seus filhos. Lá o Juiz acolhe o filho, mas esclarece para o responsável que se ele deixar de visitar seu filho por um mês, terá o seu Poder Familiar destituído e a criança imediatamente será colocada para adoção. Isso sim é se importar com a criança. Pais que abandonam seus filhos, já se destituíram automaticamente do Poder que tinham. Isso sim é se preocupar com a criança.

Também foi respondido que “as crianças inclusas no cadastro acabam perdendo tempo precioso e oportunidades absolutamente relevantes de serem acolhidas no seio de uma família em âmbito internacional, situação que a meu ver resulta na violação do princípio do melhor interesse dos infantes”; que “[...] não concordo com a subsidiariedade, pois o último recurso deve ser a institucionalização da criança e do adolescente, o que importa é encontrar uma família que lhe dê amor e carinho”; que não concorda com a adoção internacional ser colocada como último recurso em decorrência da sua subsidiariedade “porque na medida em que é preciso esgotar todas as possibilidades de adoção nacional antes de se optar pela adoção internacional, muitas vezes a criança perde oportunidade de ser colocada em uma família residente no exterior”.

Para os entrevistados, em muitos casos a adoção internacional atende melhor ao interesse daquela criança em particular; entendem que “não é justo as crianças serem prejudicadas a espera de pretendentes brasileiros, enquanto perdem a chance de integrarem um lar digno e profícuo, em decorrência de protocolos e regras que não atendem seu melhor interesse”; que “deve ser analisado cada caso, pois crianças a partir dos 5 anos não são o perfil do povo brasileiro e elas vão rolando por cadastro, indo do município na região e mais tarde a o estado e no final ao resto dos estados do Brasil, quando a criança chega para adoção internacional às vezes já tem mais de 10 anos e então não tem perfil dentro do cadastro de adoção internacional”; e que não concorda:

Porque existem casos em que a ruptura com a cultura de origem pode ser um elemento favorecedor do sucesso da adoção. Na adoção internacional a criança precisará passar por etapas próprias da primeira infância, como aprender a falar, aprender um novo modelo de funcionamento familiar, novas regras sociais, etc... Essa necessidade de retorno a etapas anteriores àquelas próprias de seu estágio de desenvolvimento, favorece muito a necessidade da criança de se restringir, nos primeiros meses de adoção, ao seu novo núcleo familiar restrito (a criança e seus pais). Esse elemento ajuda a construção de vínculos de apego mais fortes e mais rápidos. Na adoção nacional, a criança começa rapidamente a frequentar outros ambientes sociais (escolas, clubes etc.). Na adoção internacional isso ocorre mais tardiamente, o que é muito benéfico para a criança. Um outro aspecto se refere à adoção internacional como alternativa a crianças que foram “devolvidas” pelas famílias brasileiras, ou seja, houve insucesso na adoção nacional. Nesses casos a criança passou por um novo abandono, nova perda, novo traumatismo. Ela se torna mais resistente, mais temerosa ao processo de adoção. Essas adoções subseqüentes a insucessos da adoção nacional são sempre mais difíceis.

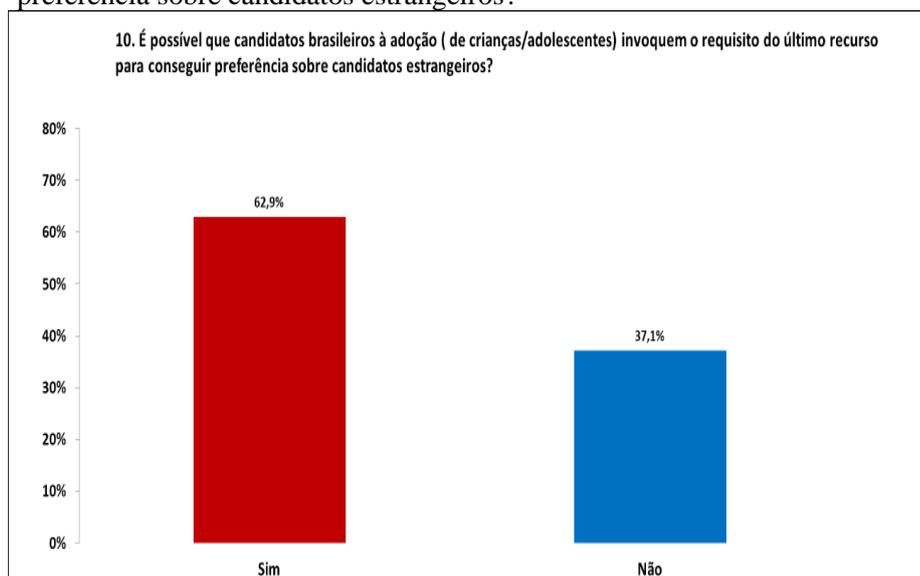
O entendimento contrário à subsidiariedade da adoção internacional traz argumentos no sentido de que, acima de tudo, está o melhor interesse da criança ao direito à convivência familiar, pois colocar essa modalidade de adoção como último recurso se corre contra o tempo de espera da criança, trazendo-lhe prejuízos em virtude da demora do esgotamento das demais alternativas, para só daí ser inserida no cadastro de adoção internacional, que é decorrente das insistentes e frustradas tentativas para sua manutenção na família biológica, extensa ou substituta local ou nacional. Nesse sentido, também, o entendimento de que a subsidiariedade faz com que a criança fique em instituição de acolhimento por mais tempo²⁹³, na espera de ser adotada por família brasileira, e por consequência dessa espera, acaba “também ficando fora do perfil de família estrangeira devido a sua faixa etária”.

²⁹³ Importante entender o “papel” da institucionalização da criança, pois, na prática, ela tem sido o primeiro encaminhamento dado em situações de vulnerabilidade da criança, embora a lei lhe estabeleça um “papel curto e temporário na promoção dos direitos da criança privada do ambiente de sua família”, servindo como local transitório.

Com o escopo de identificar a importância da subsidiariedade na adoção internacional, também foi perguntado: “É possível que candidatos brasileiros à adoção (de crianças/adolescentes) invoquem o requisito do último recurso para conseguir preferência sobre candidatos estrangeiros? Por quê?”.

A maioria dos entrevistados respondeu que sim, conforme demonstrado no Gráfico 9:

Gráfico 9 – É possível que candidatos brasileiros à adoção (de crianças/adolescentes) invoquem o requisito do último recurso para conseguir preferência sobre candidatos estrangeiros?



Fonte: Elaborado pela autora da pesquisa, 2020.

Tal questionamento tenta demonstrar a realidade da aplicação do princípio da subsidiariedade na adoção internacional, conforme argumentos apresentados nas respostas dos entrevistados, quando dizem que “tal perspectiva coloca o interesse dos candidatos brasileiros à adoção acima do interesse da criança. Deve-se analisar o que será mais benéfico para a criança”; que como está assegurado pela legislação, “trata-se de preferência natural que deve haver para os nacionais”, onde o adotante nacional tem preferência legal, embora isso não possa “ser feito a qualquer momento, ou seja, se já existir um processo de Adoção Internacional em andamento, não entendo que possam atrapalhar esse processo, pois a criança não é um objeto”.

Como a legislação resguarda esse direito, estabelecendo que “os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros, nos casos de adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro” (art. 51, § 2º do ECA), os entrevistados que responderam “sim” argumentaram no sentido de acreditar “ser preferível que a criança seja adotada por casais brasileiros, nestes casos, as crianças compartilhariam com o pretendente a mesma língua e cultura, além da possibilidade de fazer visitas a seu país de origem”.

Os entrevistados que responderam “não”, o fizeram argumentando que esse requisito deve ser observado antes da indicação à adoção internacional, “vez que antes da vinculação a uma família residente no exterior, cumpre-se a norma de consultar os interessados residentes no Brasil, sobre eventual interesse em pleitear adoção em favor do infante envolvido no processo de indicação à adoção internacional”; que “os técnicos do judiciário não podem permitir disputas desse tipo, de maneira que uma família estrangeira somente será consultada sobre o interesse em adotar uma criança quando não houver candidatos nacionais”; “porque o último recurso refere-se a permanecer ou não no país e essa preferência de brasileiros a estrangeiros já existe na lei”; “Acredito que não, porque no Brasil tem muitas crianças disponível para adoção”; e que:

Isto não ocorre, habitualmente. Uma criança só é indicada para adoção internacional com a segurança de que não foi possível ser acolhida por um casal no Brasil. Há uma certidão neste sentido. Depois da indicação daquela criança para um casal estrangeiro, a questão a se considerar é a segurança das decisões judiciais (e da comissão de adoção), que devem ser respeitadas. E o princípio de que o direito não socorre aquele que dorme.

Pelas respostas relatadas, sendo a adoção internacional a última forma de colocação da criança em família substituta permanente, no decorrer do processo de adoção por estrangeiros, caso surja uma família brasileira que queira essa criança, a lei estabelece que ela terá preferência, salvo o melhor interesse da criança determinado pelo magistrado. Embora haja o entendimento de que isso nunca ocorreu em virtude de as CEJA/CEJAIs serem diligentes e estarem atentas à disponibilização da criança à adoção internacional, fazendo-o apenas quando houver a certeza de que nenhum pretendente brasileiro quer adotá-la.

De tudo que foi exposto neste capítulo, restou evidenciado que a adoção internacional é uma alternativa de colocação em família substituta permanente, para garantir o direito à convivência familiar em atenção ao melhor interesse da criança, apesar do preconceito que a cerca. A subsidiariedade é um entrave, embora a maioria dos entrevistados não entenda desta forma, pois ela “corre contra o tempo” e atrasa o processo adotivo da criança, em virtude da necessidade de comprovação de que não existe família nacional que queira adotar aquela criança. O fato de se posicionar contrária à subsidiariedade da adoção internacional, não implica que se defenda a “multiplicação” desta modalidade de adoção, em prejuízo à adoção nacional, uma vez que não se quer “facilitar” a adoção internacional, o que se quer é que haja um sistema em condições de garantir a convivência familiar da criança que se mostre adequado ao seu melhor interesse.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As imperiosas transformações por que tem passado a sociedade, ao longo das últimas décadas, seja na área do conhecimento, da tecnologia e dos relacionamentos sociais, refletiram na família²⁹⁴, em especial na criança, que passou a ser reconhecida como pessoa em desenvolvimento, merecedora de direitos próprios e especiais (sujeito de direitos/proteção integral) em consonância com seu melhor interesse, dentre os quais o direito fundamental à convivência familiar e comunitária, diante da imprescindível necessidade da construção de vínculos afetivos para seu desenvolvimento pleno.

Novos conceitos de família demandam uma nova visão do Direito que envolve seus membros, como é o caso da subsidiariedade da adoção internacional. A convivência familiar é um direito humano fundamental garantido à criança, em razão da sua condição humana de pessoa em desenvolvimento, que deve ser viabilizado pela família, Estado e sociedade. No caso das crianças que estão sem família, o Estado deve providenciar sua colocação em família substituta, sendo a adoção medida excepcional, fundamentada no princípio do melhor interesse da criança, estabelecido por lei: “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

As hipóteses levantadas nesta pesquisa foram: “as práticas da adoção internacional, consoante a legislação brasileira vigente, que a colocam como último recurso, não garantem a efetividade do direito à convivência familiar da criança em situação de adotabilidade”; e “a diminuição dos pedidos de adoção internacional também é decorrente dela ser tratada como último recurso”. Em relação à primeira hipótese, ao analisar o conceito da adoção internacional, no primeiro capítulo da tese (2.1) constata-se que, além da excepcionalidade do instituto da adoção, há a subsidiariedade da adoção internacional (2.2), que a coloca como último recurso (art. 51, § 1º, II do ECA)²⁹⁵, quando exige a comprovação nos autos do processo de que não há família brasileira que queira adotar a criança, sendo, portanto, necessário que ela esteja institucionalizada e cadastrada para tal modalidade de adoção.

A adoção internacional só acontece mediante um conjunto de atos, divididos em uma fase preparatória e de habilitação, junto às autoridades centrais com expedição de relatórios; e outra fase judicial, perante o Poder Judiciário, por meio de ação de adoção, com intervenção do

²⁹⁴ A família passou a ser um “lugar de trocas afetivas” (VERONESE; PETRY, 2004, p. 120).

²⁹⁵ O artigo assim dispõe: “foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família adotiva brasileira, **com a comprovação, certificada nos autos, da inexistência de adotantes habilitados residentes no Brasil** com perfil compatível com a criança ou adolescente, após consulta aos cadastros mencionados nesta Lei” (grifo nosso).

Ministério Público, sendo nesta última fase que a subsidiariedade deve ser observada. Na primeira fase é expedido o laudo de habilitação; mediante tal documento, o interessado será cadastrado junto ao Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), considerando que no caso de adoção internacional, haverá cadastros distintos para pessoas ou casais residentes fora do país, em decorrência da sua subsidiariedade (art. 50, § 6º e art. 51, § 1º, II do ECA), considerando que os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros (art. 51, § 2º), onde fica demonstrada uma das causas da demora nos processos de adoção internacional, a qual foi alegada por alguns dos entrevistados.

Entende-se, assim, que a subsidiariedade, quando coloca a adoção internacional como último recurso, está mais para atender a autonomia do Estado, no sentido de que este deve resolver suas questões internas, como é o caso das crianças institucionalizadas, do que para atender o melhor interesse da criança em ser adotada por uma família que lhe dê um lar, onde possa crescer e se desenvolver cercada de amor e cuidado.

Na análise do segundo capítulo da tese (3.1 e 3.2), que relata os procedimentos, previstos em lei, para o processo de adoção internacional, juntamente com as respostas dadas pela maioria dos profissionais entrevistados, no terceiro capítulo (4.3), identificou-se que os avanços atribuídos foram considerados em razão do maior “controle” do Estado nas adoções internacionais, não sendo priorizado o melhor interesse da criança, principalmente, em virtude da obrigatoriedade da sua institucionalização e da “conveniência” desta prática. A compreensão que se dá é de que alguns profissionais e o legislador entendem que reivindicar o “direito de custódia ou controle” sobre as crianças tem prevalência em detrimento à proteção do seu melhor interesse, demonstrando, assim, uma apreensão (vaidade) no sentido de que o Estado será “condenado” por não conseguir “cuidar” das suas crianças, se sobrepondo à preocupação de que o melhor para a criança é ser criada por uma família que a cuide, lhe dê afeto e amor, independentemente de ser nacional ou estrangeira.

Nesta pesquisa, quando da análise das decisões da Terceira Turma do STJ, o entendimento que se chegou, foi de que o conteúdo do melhor interesse da criança é dúbio (instâncias originárias e superiores)²⁹⁶, a interpretação do melhor interesse da criança é subjetiva e está veiculada por valores morais preestabelecidos, geralmente previstos em lei, mas que cada aplicador a faz, subsumindo-os ao caso concreto. Tal conclusão foi construída quando da aplicação do princípio do melhor interesse da criança em detrimento do interesse dos genitores (biológicos), onde ficou demonstrado que é a afetividade construída pelo tempo e

²⁹⁶ Vide decisões 04, 09 e 10, fichamentos disponíveis no Apêndice A desta tese.

fortalecida pela afinidade que prevalece nas relações familiares, que o conteúdo do princípio do melhor interesse da criança, nos processos de adoção, deve ser estabelecido pelo caso concreto, uma vez que a sua principal finalidade é conseguir uma família que garanta o que é adequado para o desenvolvimento da criança, pois de acordo com a maioria das decisões do STJ deve ser considerado o justo acima do legal, no sentido de que o “acolhimento institucional ou familiar temporário não representa o melhor interesse da criança mesmo nos casos de adoção irregular ou ‘à brasileira’, salvo quando há evidente risco à integridade física ou psíquica do menor”. Neste sentido, traz-se, também, a contenda se deu em razão da irrevogabilidade da adoção, estabelecida no art. 39, § 1º, do ECA, e a justificativa via princípio do melhor interesse do adotado para que ela fosse “afastada”, podendo, portanto, a alegada irrevogabilidade ser flexibilizada no melhor interesse do adotando.

Nesse sentido, considerando a técnica de ponderação, prevista art. 489, § 2º, do CPC vigente, constata-se ser meio adequado para a solução de questões de adoção, que via decisões bem fundamentadas (“Dec.05” – Resp.1448969), pode ser dada uma nova interpretação a letra fria da lei, pois quando se trata de criança, o tribunal já se manifestou pela flexibilização da norma, em razão do seu melhor interesse e da sua proteção integral.

Note-se que a adoção internacional tratada como medida excepcional e subsidiária de colocação em família substituta, à qual só se recorre quando esgotadas as possibilidades de manutenção da criança na família natural ou extensa e a obrigatoriedade do adotante e do adotado estar devidamente cadastrados, burocratizaram de tal forma esta modalidade de adoção, dificultando o direito à convivência familiar de quem teve a desdita de não ser acolhido no seio da sua família biológica ou de quem não tem a possibilidade de gerar um filho.

Diante do expressivo número de pretendentes aptos a adotar e de crianças disponíveis para adoção em instituições de acolhimento, mas que não atendem o perfil desejado pelos pretendentes brasileiros, entende-se ser a adoção internacional uma opção “necessária” para dar uma família a quem não tem, garantindo o direito à convivência familiar e atendendo o princípio do melhor interesse da criança. A compreensão a que se chega é de que não existe adoção internacional que não envolva dor, sofrimento e insegurança, pois, pelas leis brasileiras, a criança só será disponibilizada para estrangeiros após ter recebido muitas rejeições em sua curta trajetória de vida. Daí a reflexão crítica da subsidiariedade da adoção internacional, enquanto medida de último recurso. Nesse sentido, foi desenvolvida a presente pesquisa, para responder “em que medida a subsidiariedade da adoção internacional, no Brasil, repercute na efetivação do direito à convivência familiar da criança na perspectiva do seu melhor interesse?”.

A conclusão que se faz é que a compreensão do princípio da subsidiariedade é controvertida quando ela coloca a adoção internacional como último recurso, pois o STJ afirma ser a institucionalização da criança o último recurso (*vide* 3.3.1), quando expõe o risco e a excepcionalidade da institucionalização (Decisão 9), e a maioria dos entrevistados diz que é melhor uma criança ser adotada por estrangeiros e ser criada por uma família em outro país, do que ficar no Brasil em uma instituição de acolhimento.

O argumento da subsidiariedade, via adaptação à cultura diferente, adoções fraudulentas e tráfico internacional de criança, não deve ser mais importante do que o direito à convivência familiar, que é o direito da criança crescer e se desenvolver no seio de uma família que a cuide e a ame. A burocracia imposta em virtude da subsidiariedade faz com que muitas crianças permaneçam nas instituições de acolhimento por mais tempo, aguardando a adoção por famílias brasileiras e, em decorrência dessa espera, chegam a uma idade em que acabam ficando fora do perfil de interesse da família estrangeira, devido sua faixa etária. Defende-se que a adoção internacional também deve ser viabilizada para que não haja adoção fraudulenta ou o comércio internacional de crianças, independente da cultura que envolve a subsidiariedade, a qual expressa o pensamento de que “os problemas devem ser resolvidos no lugar em que são criados”, pois há um grave equívoco em relação a isso, uma vez que o importante é dar um referencial para a criança, é cuidá-la para que se transforme numa pessoa adulta responsável, bem resolvida e integrada.

Registre-se novamente, que as opiniões sobre a necessidade e moralidade da adoção internacional são divergentes, o preconceito que se apresentou no decorrer da pesquisa foi em relação desta modalidade de adoção “poder ser fraudulenta” e usada para o tráfico internacional de crianças, como também pela dificuldade da criança se adaptar em outra cultura, portanto, estaria sendo negado a ela o direito a ser criada por uma família brasileira e viver dentro da sua cultura. Entende-se serem conceitos formados sem uma fundamentação verdadeiramente comprovada, como também, não haver manifesta menção de que o importante é a garantia do direito à convivência familiar da criança e que, ao invés de dificultar a adoção internacional, o Estado deve combater o tráfico internacional de crianças, pois a adoção, tanto nacional como internacional, “é uma maneira de formar e/ou aumentar uma família e realizar trocas afetivas entre os membros” (WEBER, 2011, p. 26), garantindo à criança o seu direito fundamental à convivência familiar, para crescer e se desenvolver no seio de uma família que a ame e cuide.

A subsidiariedade da adoção internacional foi estabelecida num momento histórico em que não havia normas jurídicas que regulassem a adoção de crianças por adotantes que as levariam para o seu domicílio em outro país e, assim, perdia-se o contato com o adotado, sem

saber se este estava sendo bem cuidado. Somado a isso, as “negociações” que se estabeleciam para levar a criança e as denominadas “adoções fraudulentas”, daí a necessidade do rigor legislativo da adoção internacional.

O entendimento que se traz é que o tempo passou e a sociedade mudou. A contextualização da subsidiariedade é contemplada no tempo e, como tal, sofre variações no sentido de pormenorizar antecedentes, causas e consequências. Essas variáveis sofrem modificações à medida que vão se desdobrando no próprio tempo. Axiologicamente, elas são mobilizadas por matizes que vão se impregnando no processo em curso, então, o que era melhor para uma criança no momento da adoção no século passado, respeitando seu melhor interesse, pode não ser tão significativo no momento histórico atual. Por exemplo: uma criança aguardando por adoção numa instituição de acolhimento, até ficar comprovado que nenhuma família brasileira quer adotá-la, para daí, ela ser cadastrada como “apta” para adoção internacional, decorre um lapso temporal que para ela é implacável e prejudicial, pois está crescendo e, com o passar dos anos, fica mais difícil encontrar uma família que queira adotá-la, pois as pesquisas comprovam que a maioria dos brasileiros não quer adotar crianças com mais de 2 anos de idade; o que não acontece com estrangeiros, que aceitam a “adoção tardia”, pois “o fato de ter um filho é mais importante do que ter um bebê”. Assim, um novo olhar pode ser admitido sobre este processo, mesmo porque o tempo agiu sobre ele e revelou situações inéditas que podem ser apreciadas sob o melhor interesse do adotado.

Observa-se que há causas novas que foram surgindo a partir da Convenção da Haia de 1993, que vão desde as políticas públicas adotadas pelos Estados em prol da infância e da família, assim como o comprometimento do Estado de recepção em reconhecer o estado de filiação efetivado pela adoção e o acompanhamento adotivo estabelecido em lei. Daí dizer-se que o viver requer uma tessitura permanente que foge ao controle dos próprios agentes envolvidos, mas que ao se suceder, o próprio fato histórico, vai admitindo na perspectiva de se suceder em *práxis*. Os interesses dos agentes envolvidos no processo de adoção internacional, quer seja dos adotandos, do adotado ou dos próprios agentes intermediadores do mesmo processo, vão sofrendo alterações na medida que o próprio tempo age sobre eles. Para a criança, o que importa é encontrar uma família, independentemente de ser nacional ou estrangeira, ela precisa de um lar, para se sentir amada, pois necessita do amor e segurança que se constrói com a “relação filial”, então, a preservação da sua nacionalidade e cultura ficam delegadas a um segundo plano quando se trata de crescer e se desenvolver sem uma família que a ame e cuide.

Nas entrevistas relatadas no terceiro capítulo (4.2) foi expressado não ser “justo” o prejuízo causado às crianças pela espera de pretendentes brasileiros, enquanto “perdem a

chance” de integrarem um lar digno e profícuo, em virtude de protocolos e regras que não atendem seu melhor interesse, considerando que essa perda se dá em virtude de crianças maiores não terem o perfil desejado pelo povo brasileiro e elas vão “rolando” por cadastros (local, regional e nacional); e quando chegam para adoção internacional, na maioria das vezes, já têm mais de 10 anos, diminuindo consideravelmente o perfil da criança para cadastro de adoção internacional.

A segunda hipótese aventada foi “a diminuição dos pedidos de adoção internacional também é decorrente dela ser tratada como último recurso”, a qual não foi claramente explicitada, pois no decorrer da pesquisa, identificou-se que as causas atribuídas à redução dos pedidos de adoção internacional no Brasil (4.3) vão além das normas estabelecidas e que estão relacionadas com a crise financeira mundial, os conflitos armados e imigrações em massa, assim como as políticas públicas estabelecidas pelos últimos governos do Brasil e programas criados pelo Judiciário e Ministério Público, que deram mais visibilidade à adoção, mudando a mentalidade de parte da sociedade, especialmente em relação ao preconceito atribuído a ela²⁹⁷, fazendo com que uma pequena parcela de adotantes brasileiros optasse pela “adoção tardia”, grupos de irmãos e crianças com necessidades especiais.

Diante disto, a inferência que se faz, de que a redução do número de adoções internacionais é positiva quando as famílias brasileiras passam a adotar, com mais frequência, as denominadas “crianças inadotáveis”, mudando/ampliando o perfil da adoção nacional, muito em razão de campanhas e toda uma rede de atendimento trabalhando na adaptação da relação familiar estabelecida entre o adotado e os adotantes, por meio de políticas de apoio.

Na pesquisa de campo junto às CEJAs não se conseguiu ter acesso aos processos de adoção internacional, nem às suas sentenças, sob a justificativa de tramitarem em segredo de justiça. Lamentou-se, pois teria sido valioso para uma análise e compreensão do melhor interesse da criança em casos de adoção internacional e o direito à convivência familiar, na perspectiva da “distribuição de justiça”, onde advogados, juízes, promotores e profissionais da equipe multidisciplinar se manifestam diante do caso concreto.

Por fim, o entendimento que se traz é de que a essência da concessão da adoção internacional está na prioridade em proteger a criança, garantindo-lhe o direito à convivência familiar, viabilizando seu desenvolvimento saudável e sua proteção integral. Enquanto não forem aplicadas políticas públicas que garantam o direito à convivência familiar da criança no Brasil, a subsidiariedade da adoção internacional, que a coloca como último recurso a qualquer

²⁹⁷ Interessante ver a pesquisa realizada por Lídia Weber (2011, p. 123-155), referente à questão das crianças denominadas “inadotáveis” que conseguem ser adotadas por estrangeiros.

outro tipo de cuidado alternativo, não está condizente com o princípio do melhor interesse da criança no viés do direito fundamental à convivência familiar, principalmente quando é reconhecida a personalidade jurídica da criança como sujeito de direitos e a prevalência da afetividade nas relações familiares.

Diante de todo estudo e investigação realizada, a tese construída é de que a subsidiariedade que coloca a adoção internacional como último recurso, é um entrave para efetivação da adoção internacional na perspectiva do melhor interesse da criança sem família, pois o que importa é ela ser criada no seio de uma família que a ame e cuide, independentemente de ser no Brasil ou no estrangeiro, portanto, entende-se a necessidade de uma revisão legal e doutrinária deste princípio, para que a adoção internacional não seja o último recurso que dê a esta criança uma família definitiva.

REFERÊNCIAS

ABREU, D. **No bico da cegonha**: histórias de adoção e da adoção internacional no Brasil. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

ADOÇÃO internacional no Brasil. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/adocao-internacional/adocao-internacional-no-brasil.aspx>. Acesso em: 4 out. 2020.

ADOÇÃO internacional. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional>. Acesso em: 30 nov. 2019.

ADOÇÃO por Residentes no Exterior. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional/adocao-por-residentes-no-exterior>. Acesso em: 2 set 2020.

ADOÇÃO. Belém, 2020. Disponível em: <http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Infancia-e-Juventude/567276-adocao.xhtml>. Acesso em 28 nov. 2020.

ALEXY, R. **Teoria Discursiva do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

AMAZONAS. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 40049293020178040000. Relator: Jorge Manoel Lopes Lins. Manaus, AM, 24 de julho de 2018. **Diário de Justiça do Estado do Amazonas**, Manaus, 24 jul. 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/jurisprudencia/10519/>. Acesso em: 7 dez. 2018.

A NOVA lei da adoção, editada em 2009, enfrenta desafios de má estrutura e questão cultural. **Em Discussão**. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/a-nova-lei-da-adocao-2009-desafios-ma-estrutura-cultural.aspx>. Acesso em: 21 dez. 2020.

ARANGUREN, G. P. **Informe Explicativo del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional**. 6. ed. Holanda: Oficina Permanente de la Conferencia Scheveningseweg, 1994. Disponível em <https://assets.hcch.net/upload/expl33.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2016.

AUTORIDADE central Federal. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/acaf/autoridade-central-federal>. Acesso em: 2 set. 2020.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 289, de 14 agosto de 2019**. Dispõe sobre a implantação e funcionamento do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA e dá outras providências. Brasília, DF, 14 ago. 2019a. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_289_14082019_15082019141539.pdf. Acesso em: 13 maio 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília, DF, 3 ago. 2009.

BRASIL. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Brasília, DF, 22 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 13 jul. 1990.

BRASIL. **Mandado de segurança nº 35.234-5**. Relator: Desembargador Lenz César. Curitiba, 17 de novembro de 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 18329 SC 2011/0185917-9**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 28 nov. 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21030366/agravo-regimental-na-medida-cautelar-agrg-na-mc-18329-sc-2011-0185917-9-stj/inteiro-teor-21030367>. Acesso em: 2 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 1410447-91.2019.8.12.0000 MS 2019/0296581-0**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 21 fev. 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/858141359/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-118696-ms-2019-0296581-0>. Acesso em: 2 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 358.536**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevai. Brasília, DF, 21 jun. 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1521939&num_registro=201601495849&data=20160624&formato=PDF. Acesso em: 24 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 440.752**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevai. Brasília, DF, 27 abr. 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1703618&num_registro=201800583867&data=20180427&formato=HTML. Acesso em: 2 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar nº 1.523.283**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Correa. Brasília, DF, 16 junho de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar nº 20.264**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Correa. Brasília, DF, 3 junho de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23358859/medida-cautelar-mc-20264-rj-2012-0245464-0-stj/inteiro-teor-23358860?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.099.959**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 15 maio 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1146873&num_registro=200802340340&data=20120521&formato=HTML. Acesso em: 3 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.199.465**. Relator: Ministra Andriahi. Brasília, DF, 14 jun. 2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1069454&num_registro=201001209020&data=20110621&formato=PDF. Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.444.747**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 23 mar. 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400674215&dt_publicacao=23/03/2015. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.448.969**. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, DF, 3 nov. 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1359234&num_registro=201400864461&data=20141103&formato=HTML. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.545.959**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 6 jun. 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200079032&dt_publicacao=01/08/2017. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.635.649**. Relator: Ministra Nancy Andriahi. Brasília, DF, 2 mar. 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1678070&num_registro=201602733123&data=20180302&formato=HTML. Acesso em: 30 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 180.341**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 14 de dezembro de 2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 196.406**. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 9 de março de 1999. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 9 mar. 1999b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 7.634**. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 9 de abril de 1999. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 29 abr. 1999a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em habeas corpus nº 106091. Relator: Ministro Ribeiro. Brasília, DF, 9 de abril de 2019. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 29 abr. 2019b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/713206324/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-106091-go-20180322237-0/inteiro-teor-713206328?ref=serp>. Acesso em: 5 dez. 2019.

BRITO, D. Nova lei dá esperança a quem aguarda adoção. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/nova-lei-da-esperanca-a-quem-espera-adocao>. Acesso em: 25 ago. 2020.

CALIL, D. A. C. Aspectos históricos e relevantes do instituto da adoção no Brasil. **Revista IBDFAM: famílias e sucessões**, Belo Horizonte, v.31, p. 92-105, jan./fev. 2019.

CAMBI, E. O paradoxo da verdade biológica e sócio-afetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame do DNA, na hipótese da 'adoção à brasileira'. **Revista de Direito Privado**, Brasília, DF, v. 14, n. 13, a. 4, jan./mar. 2003.

CÁPUA, V. A. **Adoção internacional: procedimentos legais**. Curitiba: Juruá, 2012.

CARNEIRO, C. S. Adoção internacional: a importância dos relatórios pós-adotivos para a proteção da criança brasileira no país dos adotantes. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 56, n. 223, p. 99-122, jul./set. 2019.

CARVALHO, D. M. **Direito das famílias: direito civil**. 3. ed. Lavras: UNILAVRAS, 2014.

CASSESE, S. **Los Tribunales ante la Construcción de um Sistema Jurídico Global**. Sevilla: Global Law Press; Derecho Global, 2010.

CAVALLIERI, A. Adoção internacional. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v.1, n. 2, p. 203-204, 1998. Disponível em: <http://infanciaejuventude.tjrj.jus.br/cejai/docs/adocao-internacional-alyrio-cavallieri.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2018.

CAVALLIERI, A. Reunião de especialistas em adoção: notas e comentários. **Revista dos Tribunais**, Brasília, DF, v. 73, p. 266-22, 1984.

CAVALLIERI, L. A. **O Direito Internacional e a Criança: adoção transnacional e nacionalidade do adotando**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

CNJ Serviço: entenda como funciona a adoção internacional. **CNJ**, Brasília, DF, 11 dez. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-entenda-como-funciona-a-adocao-internacional/>. Acesso em: 11 abr. 2020.

COLLAÇO, I. M. M. Estudos sobre Projetos de Convenções Internacionais – sobre o esboço de convenção acerca da “adoção internacional de crianças”, emanado da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. 16, 1963.

COMENTÁRIOS à Lei 13.509/2017, que facilita o processo de adoção. Goiás, 2017. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/noticia/comentarios-a-lei-13-509-2017-que-facilita-o-processo-de-adocao#.X0-J38hKjIW>. Acesso em: 5 ago. 2019.

COMO É A VIDA de crianças e adolescentes nos abrigos? Brasília, DF, 2020. Disponível em: <http://www.turminha.mpf.mp.br/explore/direitos-das-criancas/convivencia-familiar-e-comunitaria>. Acesso em: 2 out. 2020.

CONSELHO das Autoridades Centrais Brasileiras. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional/conselho-das-autoridades-centrais-brasileiras>. Acesso em: 25 ago. 2020.

CONVENÇÃO sobre os Direitos da Criança: instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 196 países. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 25 out. 2019.

DECLARAÇÃO universal dos direitos das crianças – UNICEF. [S. l.], 1959. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm. Acesso em: 16 fev. 2018.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, M. B. **Os filhos abandonados da Pátria que os pariu**. Belo Horizonte, 2018. Disponível em:

<https://www.ibdfam.org.br/artigos/1268/Os+filhos+abandonados+da+P%C3%A1tria+que+os+pariu>. Acesso em: 12 abr. 2019.

DIGIÁCOMO, M. J. **O Conselho Tutelar e a medida de acolhimento institucional**. Paraná: MPPR, [20--]. Disponível em:

<https://mppr.mp.br/arquivos/File/OConselhoTutelareamedidadeabrigamento.pdf>. Acesso em 13 jan. 2021.

ENCONTROS pós-adoptivos-adoção internacional. Belém: TJ, 2020. Disponível em:

<http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/CEJAI---Comissao-Estadual-Judiciaria-de-Adocao-Internacional/530280-encontros-pos-adoptivos-adocao-internacional.xhtml> Acesso em: 23 set. 2020.

ESPECIALISTAS alertam: adoção de crianças no exterior só deve ser feita em casos excepcionais. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://unicrio.org.br/especialistas-alertam-adocao-de-criancas-no-externo-so-deve-ser-feita-em-casos-excepcionais/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

FONSECA, C. Da circulação de crianças à adoção internacional: questões de pertencimento e posse. **Anthropologie et Sociétés**, v. 24, n. 3, p. 24-43, 2001.

FURTADO, S. **A Proscrição do Desejo**. [S.l.]: [s.n.], 2020.

HERRERA, M.; LA TORRE N. Actualidad em derecho de família. **Derecho de familia:** Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Buenos Aires, 2012.

IBDFAM. 3 mitos e 3 verdades sobre guarda compartilhada. Belo Horizonte, 20 mar. 2021. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/noticias/8187/3+mitos+e+3+verdades+sobre+guarda+compartilhada%2>
2. Acesso em: 15 out. 2020.

KREUS, S. L. **Direito à Convivência Familiar da Criança e do Adolescente:** direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. Curitiba: Juruá, 2012.

LEGISLAÇÃO – adoção internacional. Brasília, DF, 2020. Disponível em <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional/legislacao-adocao-internacional>. Acesso em: 15 set 2020.

LIMA, F. S.; VERONESE, J. R. P. **Os direitos da criança e do adolescente:** a necessária efetivação dos direitos fundamentais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

LÔBO, P. Direito de família e os princípios constitucionais. *In:* PEREIRA, R. C. (coord.). **Tratado de direito das famílias.** 3 ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019.

MACEDO, F. História da adoção internacional de crianças: um perfil franco-brasileiro (1990-2006). *In:* SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 26., 2011, São Paulo. **Anais [...]** São Paulo, 2011. Disponível em: http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1312985353_ARQUIVO_FMacado_TextoAnpuh2011_Versaoagosto.pdf Acesso em: 13 dez. 2016.

MACIEL, K. R. F. L. A (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, C. L. A Convenção de Haia de 1993 e o regime da adoção internacional no Brasil após a aprovação do novo Código Civil Brasileiro em 2002. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 2, n. 4, 2004. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/49210/30840> Acesso em: 13 jul. 2012.

MEZMUR, B. D. Adoção Internacional como Medida de Último Recurso na África: promover os direitos de uma criança ao invés do direito a uma criança. **SUR:** Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 6, n. 10. p. 82-115, 2009. Disponível em: www.scielo.br/pdf/sur/v6n10/a05v6n10.pdf. Acesso em: 1 mar. 2012.

MONEBHURRUN, N. **Manual de metodologia jurídica:** técnicas para argumentar em textos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOREIRA, Cristiane da Silva Sarmiento. **Adoção internacional e o acompanhamento pós-adoativo no Estado de Minas Gerais.** Belo Horizonte, 2005. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/9550/1/Ado%20C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20e%20o%20acompanhamento%20p%C3%B3s-adoativo%20no%20estado%20de%20MG.pdf>. Acesso em: 5 maio 2020.

MUDANÇAS legais e atualizações no CNA contribuem para aumento das adoções. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/mudancas-legais-e-atualizacoes-no-cna-contribuem-para-aumento-das-adocoes/>. Acesso em: 20 ago. 2020.

NERY, M. A. A convivência familiar e comunitária é direito da criança e do adolescente e uma realidade a ser repensada pela escola. **Caderno CEDES**, Campinas, v. 30, n. 81, maio/ago. 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-32622010000200005. Acesso em: 10 mar. 2016.

NUCCI, G. S. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

O DIREITO Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária à Luz da Lei Federal 12.010/09. **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público**, Brasília, DF, n. 4, 2014.

ORGANISMOS de adoção. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional/organismos-de-adocao>. Acesso em: 3 out. 2020.

PARÁ. Tribunal De Justiça. Coordenadoria Estadual da Infância e da Juventude. **Orientações básicas para preparação de crianças e adolescentes acolhidos para adoção**. Belém: Tribunal de Justiça do Estado do Pará, 2020.

PARRA, A. C.; OLIVEIRA, J. A.; MATURANA, A. P. M. O paradoxo da institucionalização infantil: proteção ou risco? **Psicologia em Revista**, Belo Horizonte, v. 25, n. 1, jan./abr. 2019. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-11682019000100010. Acesso em: 20 dez. 2020.

PASOLD, C. L. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2008.

PASSOS, M. C. Família, laços e sofrimento psíquico. **Revista mal estar e subjetividade**, Fortaleza, v. 11 n. 3, 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482011001300005. Acesso em: 13 out. 2018.

PEDIDO de providências do IBDFAM em prol da adoção retorna para a análise da corregedoria do CNJ. Belo Horizonte, 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/8078/Pedido+de+provid%3%aancias+do+IBDFAM+em+prol+da+ado%3%a7%3%a3o+retorna+para+a+an%3%a1lise+da+corregedoria+do+CNJ>. Acesso em: 28 dez. 2020.

PEREIRA, C. M.S. **Instituições de direito civil: Direito de Família**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, R. C. (coord.). **Tratado de Direito das Famílias**. 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2019.

PEREIRA, R. C. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, T. S. O Princípio do Melhor Interesse da Criança: da teoria à prática. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 2008, Belo Horizonte. **Anais** [...]. Belo Horizonte: IBDFAM, 2008.

PLENÁRIO aprova criação do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/plenario-aprova-resolucao-sobre-sistema-nacional-de-adocao-e-acolhimento/>. Acesso em: 13 ago. 2020.

POMPEU, I. M. R. **Uma análise sobre o instituto da adoção internacional no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49338/uma-analise-sobre-o-instituto-da-adocao-internacional-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 15 jun. 2016.

PORTAL da infância e da juventude do Poder judiciário do Rio de Janeiro: estatística. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <http://infanciaejuventude.tjrj.jus.br/cejai/estatistica.html>. Acesso em: 25 jun. 2020.

PRINCÍPIO do melhor interesse da criança impera nas decisões do STJ. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2232709/principio-do-melhor-interesse-da-crianca-impera-nas-decisoes-do-stj>. Acesso em: 02 de julho de 2020.

PROCEDIMENTOS de adoção: adoção internacional. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional/procedimentos-de-adocao>. Acesso em: 10 out. 2019.

PUCCI NETO, B. **Adoção *Intuitu Personae***. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/subs/marilia/artigos/adocao-intuitu-personae>. Acesso em: 15 jun. 2018.

REALIDADE brasileira sobre adoção: a diferença entre o perfil desejado pelos pais adotantes e as crianças disponíveis para serem adotadas. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/NOTICIAS/JORNAL/EMDISCUSSAO/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao.aspx>. Acesso em: 10 out. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação civil nº Processo No: 0000969-16.2013.8.19.0079. Relator: Desembargadora Claudia Telles de Menezes. Rio de Janeiro, 14 mar. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 70076485424. Porto Alegre, RS, 17 de maio de 2018. **Diário da Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 17 maio 2018. Disponível em: Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Ac%C3%B3rd%C3%A3o%20-%20CNA.pdf>. Acesso em: 7 dez. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 70016023780. Porto Alegre, RS, 24 de setembro de 2006. **Diário da Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 24 set. 2006. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 15 dez 2020.

ROSSATO, L. A.; LÉPORE, P. E.; CUNHA R. S. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA FILHO, A. M. **Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SILVEIRA, R. T. **Adoção Internacional**. Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_1/rachel_tischer.pdf. Acesso em: 16 jan. 2017.

SISTEMA nacional de adoção e acolhimento. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/adoacao/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

SUPERIOR Court of Justice. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://international.stj.jus.br/en/Brazilian-Judicial-Branch/Superior-Courts/Superior-Court-of-Justice>. Acesso em: 25 set. 2020.

TRINDADE, A. A. C. **A humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VENOSA, S. S. **Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VERBETES STJ. Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em: 25 mar. 2020.

VERONESE, J. R. P.; PETRY, J. F. C. **Adoção internacional e Mercosul: aspectos jurídicos e sociais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WEBER, L. N. D. **Aspectos psicológicos da adoção**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1106637 SP 2008/0260892-8. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 1 jul. 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15267288/recurso-especial-esp-1106637-sp-2008-0260892-8/inteiro-teor-15267289>. Acesso em: 15 agosto 2018.

**APÊNDICE A - ESTUDO DAS DECISÕES DA TERCEIRA TURMA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) – PERÍODO 2010-2019**

Decisão 01²⁹⁸

Fichamento do caso

1 - Nome do Tribunal: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – 3ª TURMA

2 - Data da decisão: DJe 01/07/2010

3 - Identificação da Decisão:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.106.637 - SP (2008/0260892-8)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: L A C P

ADVOGADO: FÁBIO GUSMAN E OUTRO(S)

RECORRIDO: A M C

ADVOGADO: CEZAR RODRIGUES E OUTRO(S)

4 - Os fatos: Adoção unilateral. Pedido preparatório de “destituição do poder familiar” formulado pelo padrasto em face do pai biológico da criança, onde este contesta alegando, em preliminar, “ilegitimidade ativa do autor”.

EMENTA

Direito civil. Família. Criança e adolescente. Adoção. Pedido preparatório de destituição do poder familiar formulado pelo padrasto em face do pai biológico. Legítimo interesse. Famílias recompostas. Melhor interesse da criança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora. Impedido o Sr. Ministro Sidnei Beneti. Brasília (DF), 1º de junho de 2010 (Data do Julgamento).

5 - O Processo (descrever a história judiciária do caso e verificar se foram esgotadas as vias de recursos internos);

Cuida-se de Recurso Especial interposto por L. A. C. P., com fundamento no art. 105, *a e c* da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TJ/SP.

Petição Inicial de Adoção c/c Destituição do Poder Familiar do pai biológico (fls. 2/28), ajuizada em 09/11/2006, por A. M. C., em relação à menor M. N. P., nascida em 03/08/2000, filha de relacionamento anterior de sua mulher, L. N. C. com L. A. C. P., tudo com base nos arts. 39 a 52 do ECA, e arts. 1.635 a 1.638 do CC/02.

Contestação (fls. 82/103): o pai biológico aduz, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do autor argumentando que somente o representante do Ministério Público ou a própria mãe da criança é que se revestem de pertinência subjetiva para a propositura da ação. Argui que o autor não detém a guarda, tutela ou qualquer outro vínculo jurídico com a criança M., que nem o ECA e nem todo o restante do ordenamento jurídico pátrio trazem qualquer previsão acerca da legitimação extraordinária do padrasto ou do pretense adotante, ou de qualquer um que se auto intitule parente por afinidade. Em contraposição as alegações da exordial, o pai biológico sustenta que sempre manifestou interesse em relação à filha e que, após o seu nascimento, ele

²⁹⁸ Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15267288/recurso-especial-resp-1106637-sp-2008-0260892-8/inteiro-teor-15267289>. Acesso em 15 agosto 2018.

e seus familiares estiveram com ela muitas vezes; que sempre auxiliou L. N. com as despesas necessárias ao sustento da filha, arcando, inclusive, com seu plano de saúde; procura demonstrar a existência de vínculo de afetividade entre a filha e toda família do réu, desde os primeiros dias de vida da criança, não se enquadrando, dessa forma, em nenhuma das hipóteses de destituição do poder familiar previstas no art. 1.638 do CC/02.

Manifestação do autor (fls. 167/193): o autor assevera sua legitimidade ativa, seja para a ação de adoção, seja para o pedido preparatório de destituição do poder familiar em relação ao pai biológico, reiterando o “descaso” deste para com a filha, no sentido de que não houve nenhuma contribuição material do pai biológico, esclarecendo que os depósitos havidos para L. N. foram decorrentes de empréstimos feitos pelo réu, que deveria tê-la ressarcido e não fez, fazendo dois ou três depósitos em sua conta; que os contatos do pai biológico e dos seus familiares com a menor deram-se em caráter esporádico, com agressões verbais, ameaças e conteúdo ofensivo, feitas principalmente pelo avô paterno, em relação ao padrasto e à genitora da criança.

Decisão interlocutória (fl. 252): o i. Juiz rejeitou a preliminar suscitada na contestação, declarando, por conseguinte, o legítimo interesse do padrasto para o ajuizamento da ação de destituição do poder familiar c/c pedido de adoção.

Decisão em sede agravo de instrumento (fls. 283/287): via juízo de retratação, viabilizado pela interposição de agravo de instrumento e pedido de reconsideração (fls. 265/282) contra a supramencionada decisão interlocutória, *acolheu o i. Juiz a preliminar de ilegitimidade ativa e falta de interesse de agir do padrasto* da criança, extinguindo o processo, sem apreciação do mérito, ao fundamento de que “a despeito dos pais biológicos estarem separados, a criança tem direito de manter os laços com o genitor e seus avós, sobretudo quando não há risco pessoal ou social à luz do ECA e do Código Civil” (fl. 285).

Apelação: interposta pelo padrasto da criança às fls. 294/308.

Contrarrazões à apelação: apresentadas pelo pai biológico às fls. 334/343.

Parecer do Ministério Público Estadual (fls. 347/352): ao entendimento de que é “prematura a r. decisão que extinguiu a ação sem o julgamento do mérito”, o *Parquet* opinou pelo seu regular prosseguimento, para que, após “minuciosa instrução”, possa ser alcançada “a solução que melhor atenda os interesses da criança” (fl. 352).

Acórdão (fls. 364/369): o TJ/SP conferiu parcial provimento ao apelo do padrasto da criança, para anular a sentença, determinando, por conseguinte, o prosseguimento da ação, “a fim de que os autos sejam instruídos com elementos de provas suficientes, sobretudo com laudos e estudos psicossociais, para que, analisando-se o mérito, verifique-se se é caso de destituição de poder familiar e se, para fins de adoção, há motivo legítimo e reais vantagens à menor” (fl. 368).

Embargos de declaração: interpostos pelo recorrente às fls. 373/375, foram rejeitados (fls. 387/389).

Recurso especial: foi interposto sob alegação de ofensa ao art. 155, *caput*, do ECA, bem como de existência de dissídio jurisprudencial, ao argumento de que a mera relação de afetividade não tem o condão de revestir de legítimo interesse o padrasto para o ajuizamento de ação de destituição do poder familiar do pai biológico. No voto da Relatora em relação ao *dissídio jurisprudencial*: “no que concerne ao dissídio jurisprudencial, registre-se que não foi demonstrada a similitude fática, o que, de qualquer forma, afasta a apreciação do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional.”.

Contrarrazões: não foram oferecidas, conforme certidão à fl. 411.

Prévio Juízo de admissibilidade recursal: às fls. 421/423.

Parecer do MPF (fls. 429/433): o i. Subprocurador-Geral de República Pedro Henrique Távora Niess, opinou pelo não conhecimento do Recurso Especial.

VOTO da Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): A lide consiste em verificar se o padrasto detém legitimidade ativa e interesse de agir para propor a destituição do poder familiar do pai biológico, em caráter preparatório à adoção de menor.

Segundo dispõe o art. 155 do ECA, o procedimento para a perda do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de pessoa dotada de legítimo interesse. O legítimo interesse, ao que se apresenta, deve se caracterizar por uma estreita relação entre o interesse pessoal do sujeito ativo e o bem-estar da criança, isto é, o interesse pessoal do sujeito ativo deve estar ligado à proteção da criança; a personalidade referida para compor a definição de legítimo interesse abarca os interesses familiares, daí percebe-se como dotados de legítimo interesse os familiares da criança (ascendentes, colaterais e parentes por afinidade). O interesse pessoal, neste caso, é o interesse familiar, consanguíneo ou não; como também naqueles que, embora não sendo parentes, consanguíneos ou afins, detêm interesse pessoal em se tornarem responsáveis pela criança, de forma definitiva, visando à sua proteção, neste caso são os adotantes ou os que pleiteiam a tutela da criança, ou o guardião, desde que pretenda a adoção ou tutela, também detém legítimo interesse para a propositura da ação. O pedido de adoção, formulado neste processo, funda-se no art. 41, § 1º, do ECA (correspondente ao art. 1.626, parágrafo único, do CC/02), em que um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico, arvorado na convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade social, ou seja, à *socioafetividade*, que representa, um convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança, sem a concorrência do vínculo biológico. O alicerce, portanto, do pedido de adoção, reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança, em decorrência de ter formado verdadeira entidade familiar com a mulher e a adotanda, atualmente composta também por filha comum do casal. Desse arranjo familiar, sobressai o cuidado inerente aos cônjuges, em reciprocidade e em relação aos filhos, seja a prole comum, seja ela oriunda de relacionamentos anteriores de cada consorte, considerando a família como espaço para dar e receber cuidados. Nessa perspectiva, o cuidado representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro; entra na natureza e na constituição do ser humano. Se não receber cuidado desde o nascimento até a morte, o ser humano desestrutura-se, define, perde sentido e morre. Se, ao largo da vida, não fizer com cuidado tudo o que empreender, acabará por prejudicar a si mesmo por destruir o que estiver à sua volta, devendo o cuidado ser entendido na linha da essência humana. Ressalte-se que, com fundamento na paternidade responsável, o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em benefício dos genitores e é nesse sentido que deve ser analisada sua permanência ou destituição. No viés do legítimo interesse amparado na socioafetividade, ao padrasto é conferida legitimidade ativa e interesse de agir para postular a destituição do poder familiar do pai biológico da criança. Entretanto, todas as circunstâncias deverão ser analisadas detidamente no curso do processo, com a necessária instrução probatória e amplo contraditório, determinando-se a realização de estudo social ou, se possível, de perícia por equipe interprofissional, segundo estabelece o art. 162, § 1º, do ECA. O importante é que seja conferida ao padrasto a oportunidade de discutir a questão em Juízo, em procedimento contraditório, conforme dispõem os arts. 24 e 169, do ECA, sem descuidar que sempre deverá prevalecer o melhor interesse da criança e que as hipóteses autorizadas da destituição do poder familiar – que devem estar sobejamente comprovadas – são aquelas contempladas no art. 1.638 do CC/02 c.c. art. 24 do ECA, em *numerus clausus*. Isto é, tão somente diante da inequívoca comprovação de uma das causas de destituição do poder familiar, em que efetivamente seja demonstrado o risco social e pessoal a que esteja sujeita a criança ou de ameaça de lesão aos seus direitos, é que o genitor poderá ter extirpado o poder familiar, em caráter preparatório à adoção, a qual tem a capacidade de cortar quaisquer vínculos existentes entre a criança e a família paterna. O direito fundamental da criança de ser criada e educada no seio da sua família, preconizado no art. 19 do ECA, engloba a convivência familiar ampla, para que o menor alcance em sua plenitude um desenvolvimento sadio e completo. Atento a isso é que o Juiz deverá colher os elementos para decidir consoante o melhor interesse da criança. Dentro do contexto da multiplicidade de vínculos exibida pelas famílias

intituladas “pluriparentais” ou “mosaicos”, as crianças lucrarão em afetividade se os familiares envolvidos, sejam eles socioafetivos, sejam eles biológicos, alcançarem a consciência de que o melhor para todos é agregar muito amor e cuidado aos pequenos inseridos nessa nova realidade das famílias “recompostas”, sem direito a exclusividades castradoras, ou, ainda, exclusão do amor de uns em detrimento de outros. O novo formato de famílias que tem se apresentado, a exemplo das famílias pluriparentais, também conhecidas como famílias mosaicos, famílias *patchwork* (Alemanha), famílias *ensambladas* (Argentina), *step-families* (Estados Unidos), *familles recomposées* (França), representam o mais novo e desafiante modelo familiar já conhecido pelo Direito de Família; são famílias decorrentes da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo *recasamento*, seguidos das famílias não-matrimoniais e pelas desuniões. A estrutura das recomposições familiares vem caracterizada por matrimônios ou uniões sucessivas e a presença de filhos de outras relações. Em decorrência desta ordem familiar, questões permanentes do Direito de Família, agora redimensionadas pelas especificidades das famílias mosaicos, transportam para o centro das reflexões dilemas como: alteração do nome de família, a divisão do poder familiar e guarda dos menores, o direito de visita e o dever alimentar. Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no universo jurídico – ampliados pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas –, deve o Juiz pautar-se em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e consequente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras. Com base nesse raciocínio, incluir pessoas sem responsabilidade parental ou fora do melhor interesse, ou, ainda, gente demais que poderá gerar confusão ou contradição para a criação e para o pleno desenvolvimento da criança, no sentido de que não se perpetuem grandes divergências quanto à educação, formação espiritual, etc., são dilemas que se abrem à dissecação no fenomênico âmbito do Direito de Família, sob a premissa da doutrina de proteção integral à criança. De outra parte, excluir parentes e pessoas de referência próxima poderá gerar igualmente efeitos perversos para a formação da criança, de modo que o círculo pessoal com o qual ela deve ter contato para o fomento de sua evolução tende a ser alargado para além dos pais biológicos, sem, contudo, promover sua exclusão – ressalvadas as hipóteses expressas em lei – para abarcar também pessoas alcançadas pelo conceito de relação socioafetiva. Por tudo isso – consideradas as peculiaridades do processo –, é que deve ser concedido ao padrasto – legitimado ativamente e detentor de interesse de agir – o direito de postular em juízo a destituição do poder familiar – pressuposto lógico da medida principal de adoção por ele requerida – em face do pai biológico, em procedimento contraditório, consonante o que prevê o art. 169 do ECA. Nada há para reformar no acórdão recorrido, porquanto a regra inserta no art. 155 do ECA foi devidamente observada, ao contemplar o padrasto como detentor de legítimo interesse para o pleito destitutivo, em procedimento contraditório.

Por fim, no que concerne ao dissídio jurisprudencial, registre-se que não foi demonstrada a similitude fática, o que, de qualquer forma, afasta a apreciação do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional.

Forte nessas razões, NEGOU PROVIMENTO ao recurso especial.

VOTO-VOGAL. Exmo. Sr. Ministro Massami Uyeda: Srs. Ministros, inegavelmente, nessa fase preliminar de condição de ação, também estou aqui acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, no sentido de negar provimento ao recurso especial e afastar o dissídio jurisprudencial. Não há como deixar de reconhecer que, entre os valores preponderantes de família e paternidade, temos que ver algo que sobrepaira esses dois valores, que é o princípio do melhor interesse do menor.

6 - Os argumentos das partes (resumo dos argumentos de quem está inconformado e de quem responde – quais os argumentos para decidir sobre o melhor interesse da criança);

O autor alega que é casado com a mãe da criança, e como padrasto peticiona a destituição do poder familiar do pai biológico c/c o pedido de adoção unilateral, argumenta que

o réu não tem interesse e nem cuida da filha, que a aproximação que o mesmo tem estabelecido se deu em decorrência da insistência dos avós da criança que demonstram acreditar que a mesma fará com que o pai biológico seja mais responsável, sem priorizar o melhor interesse da neta, a qual resiste em manter contato com o pai e os avós paternos; justifica o pedido de adoção na relação afetiva mantida com a enteada, em decorrência de ter formado verdadeira entidade familiar com a mulher e a criança, atualmente composta, também, por filha comum do casal; arguindo a paternidade responsável, onde “o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores”, e que nessa premissa deve ser analisada sua permanência ou destituição, portanto, o legítimo interesse amparado na socio afetividade, o Tribunal entende que confere a ele (padrasto) legitimidade ativa e interesse de agir para postular a destituição do poder familiar do pai biológico da criança.

O réu (pai biológico da criança) contesta arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do autor – padrasto da menor –, argumenta que somente o representante do Ministério Público ou a própria mãe da criança é que têm legitimidade para a propositura da ação; que o autor “não detém a guarda, tutela ou qualquer outro vínculo jurídico com a criança M.” e que “nem o Estatuto da Criança e do Adolescente nem todo o restante do ordenamento trazem qualquer previsão acerca da legitimação extraordinária do padrasto ou do pretense adotante, ou de qualquer um que se auto intitule 'parente por afinidade'” (fl. 85); sustenta que sempre manifestou interesse em relação à filha e que, após o seu nascimento, ele e seus familiares estiveram muitas vezes com ela; que sempre auxiliou L. N. com as despesas necessárias ao sustento da filha, arcando, inclusive, com plano de saúde, do qual ela figura como beneficiária; que a genitora e o padrasto é que buscam afastar a criança do convívio com a família paterna, inclusive afirmando para ela que seu verdadeiro pai é o autor – padrasto – e não o réu – pai biológico; que “as afirmações acerca da agressão do avô paterno contra a mãe da criança também são inverídicas. (...) Ocorre que o problema se agravou e a mãe passou, deliberadamente, a proibir qualquer tipo de visita da família paterna, que está sem ver a criança desde 31/12/2005”; que em relação à regulamentação de visitas, diz que a criança tem 6 anos de idade e foi forçada a recusar e que as tentativas de cumprimento da determinação judicial foram todas frustradas pelo comportamento violento da mãe e do Autor dessa ação; que o pai evitava ir pessoalmente buscar a filha para evitar rugas mais significativas, em virtude de vários Boletins de Ocorrência que foram lavrados por este motivo, inclusive um na Corregedoria da Polícia Civil contra o autor desta ação; demonstra a existência de vínculo de afetividade entre pai biológico e filha, bem como entre toda família paterna (avós, tias, primos, etc.) e a criança, desde os primeiros dias de sua vida até outubro de 2005, quando se deu o rompimento por abrupta oposição de resistência da mãe e do padrasto, o que torna absolutamente inviável a destituição do poder familiar e a adoção pleiteada; que é pessoa idônea e que se “já utilizou substância entorpecente (maconha) há tempos, não o faz mais, não se enquadrando, portanto, em nenhuma das hipóteses de destituição do poder familiar previstas no art. 1.638 do CC/02; pondera, no que toca ao pedido de adoção, que o corte repentino e irreversível das relações familiares que a criança mantém não só com o pai biológico, como também com os familiares paternos, poderá redundar em danos psicológicos igualmente irreversíveis para a mente em formação da menina, não sendo admissível que ao padrasto seja conferido o direito de adota-la com base apenas no vínculo afetivo com ela mantido; que “não se nega que um vínculo afetivo entre o autor e a criança realmente exista, a genitora tem a guarda de M. e vive com o autor, não sendo possível negar uma afetividade que venha a existir, que o pai de M. é um só, não importando quantos sejam os relacionamentos da mãe da criança; que pelas provas juntadas é possível dizer que a relação dos pais biológicos da criança era realmente intensa, mas acabou; levanta os seguintes questionamentos: o que ocorrerá se o atual relacionamento do Autor com a mãe da criança acabar um dia? O que ocorrerá se a mãe de M. se aventurar em um novo relacionamento? E se se casar novamente, o que é perfeitamente

normal nos dias atuais? M. sofrerá outro processo de adoção, destituindo-se o 'papai do coração' em favor do novo amor da mãe?

7 - O problema jurídico (normas aplicáveis, fundamentação legal e jurisprudencial):

Trata-se do Recurso Especial “por divergência” interposto em razão de haver (ou não) *legítimo interesse* do pedido de destituição do poder familiar do pai biológico e adoção, fundamentado no art. 41, § 1º, do ECA, em que o padrasto quer adotar a filha da sua esposa, arguindo a convivência familiar e a paternidade social (socioafetividade) concebida pela convivência, carinho e participação do padrasto no desenvolvimento e formação da criança, sem a concorrência do vínculo biológico.

Segundo o autor da ação (inicial), o pleito da adoção c/c destituição do poder familiar do pai biológico se dá em razão da ligação de afeto que tem com a menor, que é filha de sua esposa, portanto, vivem no mesmo núcleo familiar, que é composto pelo casal, a sua filha biológica e a adotanda; afirma o padrasto (autor) que o pai natural é ausente e não manifesta interesse pela filha, descumprindo seus deveres e obrigações por desídia; fundamenta seu pedido nos arts. 39 a 52 do ECA, e 1.635 a 1.638 do CC/02.

Na contestação, o réu, pai natural da adotanda, aduz a inexistência do legítimo interesse do autor, pois entende que somente o representante do Ministério Público ou a própria mãe da criança é que podem propor tal ação, pois para ele, “nem o Estatuto da Criança e do Adolescente nem todo o restante do ordenamento trazem qualquer previsão acerca da legitimação extraordinária do padrasto ou do pretense adotante, ou de qualquer um que se auto-intitule 'parente por afinidade’” (p. 08 do voto); que sempre demonstrou interesse pela filha e que se houve afastamento, este foi causado pela mãe e o padrasto/autor; que em relação ao pedido de adoção, este poderá causar danos psicológicos irreversíveis à sua filha decorrente do rompimento repentino e irreversível das relações familiares que ela mantém não só com o pai biológico, como também com os familiares paternos, que entende não ser admissível, que por uma questão somente de afetividade, dar ao padrasto o direito de adotar a sua filha.

Em sua “manifestação”, o autor assegura sua legitimidade ativa, tanto para o pedido de adoção, como para o pedido preparatório de destituição do poder familiar em relação ao pai biológico, reiterando a falta de cuidado/descaso deste para com a filha; que os contatos do réu e dos seus familiares com a adotanda foram ocasionais, relatando a existência de agressões verbais, carregadas de ameaças e conteúdo ofensivo, praticados, principalmente, pelo avô paterno da criança, em relação ao padrasto e à sua genitora.

Em “decisão interlocutória” o juiz rejeitou a preliminar suscitada na contestação, declarando o legítimo interesse do padrasto para o ajuizamento da ação de destituição do poder familiar c/c pedido de adoção. Dando prosseguimento ao processo, por meio de juízo de retratação, viabilizado pela interposição de “agravo de instrumento e pedido de reconsideração” contra a supra mencionada decisão interlocutória, acolheu o juiz a preliminar de ilegitimidade ativa e falta de interesse de agir do padrasto/autor, extinguindo o processo, sem julgamento do mérito, ao fundamento de que “a despeito dos pais biológicos estarem separados, a criança tem direito de manter os laços com o genitor e seus avós, sobretudo quando não há risco pessoal ou social à luz do ECA e do Código Civil”. O padrasto interpôs “apelação”, o pai biológico apresentou as “contrarrazões à apelação”; em “parecer” o Ministério Público Estadual se manifestou do sentido de que foi prematura a decisão que extinguiu a ação sem o julgamento do mérito, opinando pelo seu regular prosseguimento, para que, após detalhada instrução, possa ser alcançada uma solução que melhor atenda os interesses da criança.

Em “acórdão”, o TJ/SP deu parcial provimento ao apelo do autor, para anular a decisão, determinando o prosseguimento da ação, para que os autos sejam instruídos com elementos de provas suficientes, sobretudo com laudos e estudos psicossociais, para que, analisando-se o mérito, seja constatado se é caso de destituição de poder familiar e se, para fins de adoção, há motivo legítimo e reais vantagens à criança. O recorrente interpôs “embargos de declaração”,

que foram rejeitados. Foi interposto “recurso especial” sob alegação de ofensa ao art. 155, *caput*, do ECA, bem como de existência de “dissídio jurisprudencial”, ao argumento de que a mera relação de afetividade não tem o condão de revestir de legítimo interesse o padrasto para o ajuizamento de ação de destituição do poder familiar do pai biológico. Não foram oferecidas “contrarrazões”; havendo “prévio Juízo de admissibilidade recursal”; em “parecer do MPF, o Subprocurador-Geral da República Pedro Henrique Távora Niess, opinou pelo não conhecimento do recurso especial.

Em “voto”, como Relatora da Terceira Turma do STJ, a Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi, entendeu que o alicerce do pedido de adoção reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança, em decorrência da entidade familiar formada com a mulher, a filha comum do casal e a adotanda; que desse arranjo familiar, sobressai o cuidado inerente aos cônjuges, em reciprocidade e em relação aos filhos, seja a prole comum, seja ela oriunda de relacionamentos anteriores de cada consorte, considerando a família como espaço para dar e receber cuidados. Assim, reconheceu ao padrasto a legitimidade ativa e interesse de agir para postular a destituição do poder familiar do pai biológico da criança, mas que deverão ser analisadas cuidadosamente, no decorrer do Processo, todas as circunstâncias, com a necessária instrução probatória e amplo contraditório, devendo ser realizado estudo social ou, se possível, perícia por equipe interprofissional, segundo o art. 162, § 1º, do ECA, sendo necessária a comprovação das hipóteses autorizadoras da destituição do poder familiar, previstas no art. 1.638 do CC/02 c/c o art. 24 do ECA, em que efetivamente seja demonstrado o risco social e pessoal a que esteja sujeita a criança ou de ameaça de lesão aos seus direitos, só assim poderá o genitor ser destituído do poder familiar, em caráter preparatório à adoção, a qual irá cortar quaisquer vínculos existentes entre a criança e a família paterna. Também expressa a Relatora que diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no mundo jurídico, juntamente com o entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas, deve o Juiz pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e consequente segurança às crianças introduzidas nesses *modelos familiares*; que nesse sentido, consideradas as particularidades do processo, é que deve ser concedido ao autor/padrasto o direito de postular em juízo a destituição do poder familiar em face do pai biológico, em obediência ao procedimento contraditório, conforme estabelece o art. 169 do ECA. A Relatora, portanto, vota no sentido de que nada há para reformar no acórdão recorrido, uma vez que a regra inserta no art. 155 do ECA foi devidamente observada, ao contemplar o padrasto como detentor de legítimo interesse para o pleito destituitório, em procedimento contraditório, dando o Recurso Especial por não provido.

8 - A conclusão (identificar o *problema jurídico* e a *problemática*, esta irá embasar o *comentário*);

A construção deste *comentário* se dá para elaboração de um entendimento jurisprudencial do significado do princípio do “melhor interesse da criança”²⁹⁹, a partir da vigência da *lei da adoção* aprovada em agosto de 2009 (Lei N. 12.010/09), a qual “dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças” (art. 1º).

O ‘comentário’ a seguir exposto, portanto, traz como ‘problema jurídico’ o Recurso Especial (art. 541, CPC/73 - Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973), em processo de pedido de adoção c/c destituição do poder familiar, fundamentado pelo art. 41, § 1º, do ECA, em que o

²⁹⁹ Instituto jurídico do direito anglo-saxônico, que determinava que o Estado assumia a responsabilidade pelos indivíduos considerados juridicamente limitados, que eram os loucos e os menores. No século XVIII o instituto foi dividido separando assim a proteção infantil da proteção do louco e assim, no ano de 1836, o princípio do melhor interesse foi oficializado pelo sistema jurídico inglês. (PEREIRA, 2008).

padrasto quer adotar sua enteada. Trata-se de ‘adoção unilateral’³⁰⁰, para tanto, o pai afetivo invoca o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico, fundamentado na convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade socioafetiva, que representa a convivência afetiva e sua participação no desenvolvimento e formação da adotanda, sem a concorrência do vínculo biológico, pois alega que as bases para o pedido de adoção se encontram na relação afetiva mantida entre o adotante e a criança, em virtude de terem formado verdadeira entidade familiar, juntamente com a mãe biológica e a irmã, alicerçada na paternidade responsável, considerando que o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos pais biológicos.

O recurso interposto foi negado, sendo reconhecida a legitimidade ativa do padrasto³⁰¹, mas em contrapartida ao pedido formulado, na inicial, a relatora traz no seu voto a necessidade de inequívoca comprovação de uma das causas de destituição do poder familiar, consoante art. 1.638 do CC/02³⁰², em que deve ser comprovado o risco social e pessoal a que esteja sujeita a criança ou de ameaça de lesão aos seus direitos, pois só assim é que o genitor poderá ser destituído do poder familiar, em caráter preparatório à adoção, a qual irá desfazer quaisquer vínculos existentes entre a criança e sua família paterna.

Sob tal ótica, das causas de destituição do poder familiar para posterior adoção, houve, no decorrer do processo, “Decisão em sede agravo de instrumento” via juízo de retratação, viabilizado pela interposição de agravo de instrumento e pedido de reconsideração contra decisão interlocutória, em que o Juiz acolheu a preliminar de ilegitimidade ativa e falta de interesse de agir do padrasto da criança, extinguindo o processo, sem apreciação do mérito, ao fundamento de que “a despeito dos pais biológicos estarem separados, a criança tem direito de manter os laços com o genitor e seus avós, sobretudo quando não há risco pessoal ou social à luz do ECA e do Código Civil”. Também o Ministério Público Estadual, em seu parecer, entendeu que só após “minuciosa instrução”, possa ser alcançada “a solução que melhor atenda os interesses da criança”; assim como o Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), que conferiu parcial provimento ao apelo do padrasto da criança, determinando o prosseguimento da ação, “a fim de que os autos sejam instruídos com elementos de provas suficientes, sobretudo com laudos e estudos psicossociais, para que, analisando-se o mérito, verifique-se se é caso de destituição de poder familiar e se, para fins de adoção, há motivo legítimo e reais vantagens à menor”.

Diante da problemática³⁰³ estabelecida nesta pesquisa, o direito fundamental da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio da sua família natural, preconizado no art. 19 do ECA, engloba a convivência familiar ampla (família extensa), para que a criança alcance em sua plenitude um desenvolvimento sadio e completo. Conforme voto da Relatora,

³⁰⁰ É uma forma especial de adoção, em que apenas um dos genitores será substituído, conforme disposição do ECA, § 1º do art. 41: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, **desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes**, salvo os impedimentos matrimoniais. § 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.” (Grifo nosso)

³⁰¹ Em seu voto a Relatora assim se manifesta: “O pedido de adoção, formulado neste processo, funda-se no art. 41, § 1º, do ECA, em que um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico, arvorado na convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade social, ou seja, à *socioafetividade*, que representa, um convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança, sem a concorrência do vínculo biológico.”

³⁰² A perda do poder familiar, por entender se tratar de medida extrema, somente será cabível após esgotadas todas as possibilidades de manutenção da criança no seio da sua família natural, pressupondo a existência de um procedimento contraditório, no qual deve ser apurado se a medida efetivamente atende o melhor interesse da criança.

³⁰³ No sentido de reforçar o que já foi colocado, a problemática trazida é referente a adoção que viabiliza direito à convivência familiar em atenção ao melhor interesse da criança, no sentido de entender a aplicação deste princípio em casos de adoção.

que expressa, “atento a isso é que o juiz deverá colher os elementos para decidir consoante o melhor interesse da criança”, significando, no entender desta pesquisa, que o julgador deve se pautar, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos atitudes coerentes para garantir a harmonia familiar e consequente segurança às crianças introduzidas nas ‘diferentes composições familiares’³⁰⁴.

Todos os passos do processo foram analisados, daí a inteligência do ‘Voto’³⁰⁵ da Relatora que se manifestou no sentido de que as afirmações apresentadas tanto pelo autor como pelo réu precisam ser provadas e comprovadas diante de estudos e laudos necessários, elaborados pela equipe multidisciplinar da Vara da Infância e Juventude, para ser verificado se o motivo é legítimo e se a adoção apresentará reais vantagens à infante, conforme dispõe o art. 43 do ECA³⁰⁶ e art. 1.638 do CC³⁰⁷, o qual elenca as hipóteses autorizadoras para a perda do poder familiar dos genitores por ato judicial.

O reconhecimento da legitimidade do padrasto em requerer a destituição do poder familiar do pai biológico e a adoção da criança, pela Relatora, em razão da relação socioafetiva entre o adotante e a adotanda, fez deste julgamento referência, sendo citado como precedente:

[...] o que deve nortear a decisão judicial é a demonstração de vantagens reais para o adotado e o respeito à sua proteção integral. Por isso, entendemos que o magistrado precisa ter na tela da sua imaginação as circunstâncias concretas de cada caso para verificar a providência mais adequada ao *melhor interesse da criança*. Exatamente na linha dessa compreensão, há um didático precedente da nossa jurisprudência superior [...] Direito civil. Família. Criança e adolescente. Adoção. Pedido preparatório de destituição do poder familiar formulado pelo padrasto em face do pai biológico. Legítimo interesse. Famílias recompostas. Melhor interesse da criança. (FARIAS e ROSENVALD, 2013, p. 1068).

[...] a 3ª Turma do STJ, no julgamento do REsp n. 1.106.637-SP, decidiu que “sob a tónica do legítimo interesse amparado na socioafetividade, ao padrasto é conferida

³⁰⁴ “O novo formato de famílias que tem se apresentado, a exemplo das famílias pluriparentais, também conhecidas como famílias mosaicos, famílias *patchwork* (Alemanha), famílias *ensambladas* (Argentina), *step-families* (Estados Unidos), *familles recomposées* (França), representam o mais novo e desafiante modelo familiar já conhecido pelo Direito de Família; são famílias decorrentes da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo *recasamento*, seguidos das famílias não-matrimoniais e pelas desuniões.” (Nancy Andrighi, no voto do acórdão ora comentado)

³⁰⁵ Tal voto é considerado um didático precedente da Jurisprudência superior, no que diz respeito às decisões serem norteadas pela “demonstração de vantagens reais para o adotado e o respeito à sua proteção integral” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 1.068).

³⁰⁶ Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

³⁰⁷ Diante dos fatos apresentados no Relatório e Voto da Relatora, pergunta-se: No caso apresentado, para adoção unilateral (adoção por cônjuge), a destituição do poder familiar prevista no art. 1.368 do CC/02 pode ser flexibilizada no melhor interesse do adotando?

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. V – entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

legitimidade ativa e interesse de agir para postular a destituição do poder familiar do pai biológico da criança”. (PEREIRA, 2019, p. 432).

Diante dos argumentos apresentados no voto em análise, referente a destituição do poder familiar para adoção e na perspectiva desta pesquisa, entende-se que, em atenção ao melhor interesse da criança, deve ser respeitado seu direito fundamental de ser criada e educada no seio da sua família natural (art. 19 do ECA), considerando a convivência familiar ampla, envolvendo os avós, tios e primos (maternos e paternos), para que a infante alcance em sua plenitude um desenvolvimento sadio e integral, pois para excluir parentes e pessoas de referência próxima, não é o interesse dos genitores ou do “pai socioafetivo” que deve ser considerado, por isso, tem que ser inequivocamente comprovada a causa da destituição da paternidade, uma vez que o fato de haver uma relação afetiva entre o padrasto e a enteada não dá aquele o direito de adotá-la, cortando os laços da criança com a família paterna, o que poderá causar efeitos desastrosos para a sua formação. Assim, neste caso, o que deve orientar a decisão final, referente ao pleito da inicial deste processo, é a demonstração das reais vantagens para a adotanda e o respeito à sua proteção integral, pois a realidade dos fatos pode se apresentar muito mais complexa do que a norma jurídica pode apreender.

No caso das famílias reconstituídas (*pluriparentais*) dentro do contexto da multiplicidade de vínculos estabelecidos e do melhor interesse da criança, esta poderá ser beneficiada em afetividade numa ampla rede de cuidados, mas para isto acontecer, os familiares envolvidos (biológicos e socioafetivos) deverão ter consciência de que o melhor para todos é agregar muito amor e cuidado às crianças inseridas nessa nova realidade familiar, sem direito a exclusividade do amor de uns em detrimento dos outros. Nesse sentido, considerando que na época que tramitava esse processo já era permitida a inclusão do nome do pai afetivo³⁰⁸ na certidão de nascimento da criança (Lei n. 12.100/2009), conforme art. 57, § 8º, da Lei de Registros Públicos³⁰⁹ (Lei n. 6.015/73), entende-se que deve ser muito bem pensada a adoção pelo padrasto, pois esta rompe com os laços da família natural extensa (avós, tios, primos) paterna, que neste caso não quer perder o vínculo com a adotanda, demonstrando sua afetividade por esta, pelo simples fato de estar discutindo em juízo seu direito de pai. Assim, em atenção ao melhor interesse da criança, pessoa em condição peculiar, em que deve ser priorizado seu interesse em detrimento do interesse de seus genitores, pois a aplicação da lei decorre de uma subjetividade que veicula valores morais, sendo complexo afirmar que ela estará melhor se cortar os vínculos com a sua família paterna.

³⁰⁸ TJRJ - 0000969-16.2013.8.19.0079 - APELAÇÃO 1ª Ementa Des(a). CLÁUDIA TELLES DE MENEZES - Julgamento: 12/03/2014 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL INCLUSAO DO PATRONIMICO DO PADRASTO POSSIBILIDADE PRESERVACAO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Apelação cível. Requerimento de retificação de registro civil. [...] Ausência de convivência e de laços afetivos com o pai biológico e família paterna. Circunstâncias do caso que demonstram que a modificação se faz necessária para a preservação da dignidade da pessoa humana. Presença de justo motivo e ausência de prejuízos para terceiros. [...] Ausência de alteração do estado de filiação. Sentença que se reforma para autorizar a retificação pretendida. Provimento do recurso. Ementário: 16/2014 - N. 11 - 04/06/2014. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/2759078/registro-civil-inclusao-sobrenome-padastro.pdf>

³⁰⁹ Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei. (Redação dada pela Lei n. 12.100, de 2009). [...]

§ 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família (Incluído pela Lei n. 11.924, de 2009).

Decisão 02³¹⁰**1 - Nome do Tribunal:** SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – 3ª TURMA**2 - Data da decisão:** DJe 21/06/2011**3 - Identificação da Decisão:**

RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.465 - DF (2010/0120902-0)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE: O L E OUTRO

ADVOGADO: OSLI CAMILO BARRETO - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS

RECORRIDO: G A L

ADVOGADO: ANDREA SUELY VASQUEZ MOTA

4 - Os fatos: O Acórdão analisado é referente a Recurso Especial interposto por O. L. e S.F.L., fundamentados no art. 105, III, *a e c*, da CF/88, contra Acórdão proferido pelo TJ/DF, em Ação de adoção com pedido liminar, ajuizada pelos Recorrentes, por meio da qual buscam, em primeiro momento a guarda provisória da criança M.V.A.L. e sua posterior adoção.

EMENTA

CIVIL. ADOÇÃO. VÍCIO NO CONSENTIMENTO DA GENITORA. BOA-FÉ DOS ADOTANTES. LONGO CONVÍVIO DA ADOTANDA COM OS ADOTANTES. PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

1. A criança adotanda é o objeto de proteção legal primário em um processo de adoção, devendo a ela ser assegurada condições básicas para o seu bem-estar e desenvolvimento sociopsicológico. 2. A constatação de vício no consentimento da genitora, com relação a entrega de sua filha para a adoção, não nulifica, por si só, a adoção já realizada, na qual é possível se constatar a boa-fé dos adotantes. 3. O alçar do direito materno, em relação à sua prole, à condição de prevalência sobre tudo e todos, dando-se a coacta manifestação da mãe-adolescente a capacidade de apagar anos de convivência familiar, estabelecida sobre os auspícios do Estado, entre o casal adotante, seus filhos naturais e a adotanda, no único lar que essa sempre teve, importa em ignorar o direito primário da infante, vista mais como objeto litigioso e menos, ou quase nada, como indivíduo, detentora, ela própria, de direitos, que, no particular, se sobrepõe aos brandidos pelas partes. 4. Apontando as circunstâncias fáticas para uma melhor qualidade de vida no lar adotivo e associando-se essas circunstâncias à convivência da adotanda, por lapso temporal significativo - 09 anos -, junto à família adotante, deve-se manter íntegro esse núcleo familiar. 5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora. Brasília (DF), 14 de junho de 2011(Data do Julgamento)

Para entender a controvérsia, a Relatora historiou os principais eventos relativos ao trâmite da ação de adoção: em 28/10/2002, nasceu M.V.A.L. (adotanda); em 15/05/2003, após declaração em Juízo da mãe biológica da criança (G.A.L.), anuindo com a adoção, foi entregue aos adotantes a guarda provisória da adotanda; em 28/08/2003, houve retratação formal de G.A.L., quanto aos termos da declaração anteriormente firmada, sustentando que consentiu com a adoção, por força de coação física e moral praticada por seu pai; em 19/11/2003, em audiência com as partes e representantes legais, foi feito acordo outorgando à G.A.L., mãe biológica, direito de visitas à sua filha; em 27/06/2007, foi proferida sentença julgando procedente o pedido de adoção formulado pelos Recorrentes do RE; em 14/05/2008, foi publicado o Acórdão

³¹⁰ Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001209020&dt_publicacao=21/06/2011
Acesso em: 25 out 2019

que deu provimento à Apelação interposta pela Recorrida (G. A. L.). Note-se que os múltiplos mandados de busca e apreensão da criança, expedidos, desde a publicação do Acórdão, foram infrutíferos, pois a adotanda e os adotantes não foram localizados nos endereços fornecidos nos autos.

M.V.A.L. é filha biológica de G.A.L., que quando a teve era menor de idade, naquela época concordou em dar sua filha recém nascida (M.V.A.L., fruto de relação incestuosa entre ela e seu padrasto) para o casal de adotantes, com a anuência de seu genitor e representante legal, dizendo que desejava entregar a filha em adoção porque não possuía condições socioeconômicas de criá-la e que os adotantes detinham a guarda e estavam cuidando muito bem da criança. Foi solicitado “Relatório Técnico sobre o pedido de adoção”, o qual foi emitido pela Seção de Adoção da Vara da Infância e da Juventude, subscrito por assistente social, sugerindo o deferimento do pedido de adoção.

Acontece que G. A. L. se arrependeu e procurou o MPDFT, que apresentou um Requerimento em face das declarações da genitora da adotanda, afirmando que consentiu com o pedido de adoção sob coação de seu pai, diante de tal afirmação o MP requereu a anulação de todo o processo de adoção e a designação de nova audiência. Os adotantes se manifestaram sustentando que desconheciam tais fatos apresentados pelo MP, concordando com a nova oitiva de G. A. L., mas pugnam pela manutenção da guarda, ante a perfeita integração de M.V.A.L. no lar substituto.

Foi realizado um novo relatório técnico sobre o pedido de adoção, com laudo emitido pela Seção de Adoção da Vara da Infância e da Juventude, subscrito por assistente social, sugerindo o indeferimento do pedido de adoção, no qual se destacou que as visitas feitas por G. A. L. progrediram com vistas a uma aproximação menos traumática para mãe e filha; que G. mostrou-se calorosa e alegre, empenhada em estabelecer uma aproximação física e afetiva com a filha, denotando que sente muito a falta dessa; que os adotantes, mesmo temendo os desdobramentos desses contatos, contribuíram para o bom transcurso dessas visitas, se mostrando sensíveis ao sofrimento da adolescente (G.); que eles demonstraram estar apegados à infante e reafirmaram o desejo de adotá-la; e que a adotanda está com eles há aproximadamente doze meses, tratando-os por pai e mãe, desfrutando de todo carinho e atenção na sua convivência.

Os adotantes interpuseram Agravo de Instrumento, o TJ/DFT, por unanimidade, negou seu provimento. O MPDFT emitiu seu parecer opinando pela procedência do pedido de adoção, sustentando que não houve prova cabal da coação alegada, que o lar que receberia M.V.A.L., caso ficasse com a mãe biológica, é inapto para acolher a adotanda e que tem sido bem cuidada no lar dos adotantes, afirmando, ao final, que: “[...] à luz dos princípios da proteção integral e do superior interesse da criança, não se recomenda simplesmente entregar a infante em tela à sua família natural, até porque as informações dos autos demonstram o bem-estar da criança na companhia da família substituta”. O pedido foi julgado procedente, sendo dada Sentença concedendo aos recorrentes a adoção da criança M.V.A.L..

Foi interposta Apelação por G.A.L.; em Acórdão o TJ/DFT lhe deu provimento, reconhecendo o vício de consentimento em relação à declaração inicial de que pretendida entregar sua filha para a adoção e, afirmando ainda, que o lapso temporal até então transcorrido não tinha o condão de ilidir o direito de a mãe biológica criar sua filha. Foi interposto Recurso Especial, os adotantes/Recorrentes sustentaram que o melhor interesse da criança será preservado pela sua efetiva adoção, tendo em vista o tempo de convívio mútuo já havido. Nas Contrarrazões a recorrida reafirma a existência de vício de consentimento em relação à declaração original e que todos os laudos técnicos produzidos foram favoráveis à manutenção da guarda da criança por sua mãe biológica. Em Juízo prévio de admissibilidade, o TJ/DFT não admitiu o Recurso Especial. Em decisão unipessoal, foi dado provimento ao agravo de

instrumento interposto pelos recorrentes e determinada a subida do recurso especial. O Parecer do MPF foi pelo não conhecimento do recurso especial.

Em seu Voto, a Relatora Ministra Nancy Andrighi conhece o recurso especial e lhe dá provimento a fim de cassar o acórdão recorrido, para restabelecer a sentença e, por conseguinte, conceder aos recorrentes, a adoção de M.V.A.L..

5 - O Processo (descrever a história judiciária do caso e verificar se foram esgotadas as vias de recursos internos);

Trata-se de Recurso Especial interposto por O. L. e S.F.L., fundamentado no art. 105, III, *a e c*, da CF/88, contra Acórdão proferido pelo TJ/DF, em Ação de adoção com pedido liminar, ajuizada pelos recorrentes, por meio da qual buscam, em primeiro momento a guarda provisória da criança M.V.A.L. e sua posterior adoção.

A lide que gerou o recurso apresentado é referente ao vício de consentimento declarado pela mãe biológica, quando da sua declaração de que pretendia entregar sua filha M.V.A.L., se tal vício é elemento suficiente para se determinar a improcedência do pedido de adoção formulado por O.L. e S.F.L., que detêm a guarda da adotanda há quase nove anos.

No pedido inicial da “ação de guarda provisória e posterior adoção”, a mãe biológica (G.A.L., então menor de idade) concordou em juízo dar sua filha recém nascida (M.V.A.L., fruto de relação incestuosa entre ela e seu padrasto) para o casal O. L. e S.F.L., com a anuência de seu genitor e representante legal, dizendo que desejava entregar a filha em adoção porque não possuía condições socioeconômicas de criá-la e que os requerentes detinham a guarda e estavam cuidando muito bem da criança. Foi solicitado “Relatório Técnico sobre o pedido de adoção”, o qual foi emitido pela Seção de Adoção da Vara da Infância e da Juventude, subscrito por assistente social, sugerindo o deferimento do pedido de adoção.

O MPDFT apresentou um Requerimento em face das declarações de G.A.L. (genitora da adotanda), afirmando que consentiu com o pedido de adoção sob coação de seu pai, diante de tal afirmação o MP requereu a anulação de todo o processo de adoção e a designação de nova audiência. Os adotantes se manifestaram sustentando que desconheciam tais fatos apresentados pelo MPDFT, concordando com a nova oitiva da mãe biológica da adotanda, mas pugnam pela manutenção da guarda, ante a perfeita integração de M.V.A.L. no lar substituto.

Foi realizado um novo relatório técnico sobre o pedido de adoção, com laudo emitido pela Seção de Adoção da Vara da Infância e da Juventude, subscrito por assistente social, sugerindo o indeferimento do pedido de adoção, no qual se destacou que as visitas feitas pela mãe biológica progrediram com vistas a uma aproximação menos traumática para mãe e filha; que G. mostrou-se calorosa e alegre, empenhada em estabelecer uma aproximação física e afetiva com a filha, denotando que sente muito a falta dessa; que os adotantes, mesmo temendo os desdobramentos desses contatos, contribuíram para o bom transcurso dessas visitas, se mostrando sensíveis ao sofrimento de G.; que eles demonstraram estar apegados à infante e reafirmaram o desejo de adotá-la; e que a adotanda está com eles há aproximadamente doze meses, tratando-os por pai e mãe, desfrutando de todo carinho e atenção na sua convivência.

Os adotantes interpuseram Agravo de Instrumento, o TJ/DFT, por unanimidade, negou seu provimento, contra decisão do i. Juiz que determinou a emenda da contestação apresentada pelos tios e guardiões de G.A.L., para que se incluísse a manifestação da própria, parte efetiva no processo de adoção.

O MPDFT emitiu seu parecer opinando pela procedência do pedido de adoção, sustentando que não houve prova cabal da coação alegada, que o lar que receberia M.V.A.L., caso ficasse com a mãe biológica, é inapto para acolher a adotanda e que tem sido bem cuidada no lar dos adotantes, afirmando, ao final, que: “[...] à luz dos princípios da proteção integral e do superior interesse da criança, não se recomenda simplesmente entregar a infante em tela à

sua família natural, até porque as informações dos autos demonstram o bem-estar da criança na companhia da família substituta”.

O pedido foi julgado procedente, sendo dada Sentença concedendo aos recorrentes a adoção da criança M.V.A.L..

Foi interposta Apelação por G.A.L.; em Acórdão o TJ/DFT lhe deu provimento, reconhecendo o vício de consentimento em relação à declaração inicial de que pretendida entregar sua filha para a adoção e, afirmando ainda, que o lapso temporal até então transcorrido não tinha o condão de ilidir o direito de a mãe biológica criar sua filha.

Foi interposto Recurso Especial sob alegação da violação dos arts. 6º e 43 do ECA, bem como divergência jurisprudencial. Os Recorrentes sustentaram que o melhor interesse da criança será preservado pela sua efetiva adoção, tendo em vista o tempo de convívio mútuo já havido e laços de afetividade estabelecidos.

Nas Contrarrazões a Recorrida reafirma a existência de vício de consentimento em relação à sua declaração original e que todos os laudos técnicos produzidos foram favoráveis à manutenção da guarda da criança por sua mãe biológica.

Em Juízo prévio de admissibilidade, o TJ/DFT não admitiu o Recurso Especial. Em decisão unipessoal, foi dado provimento ao Agravo de Instrumento interposto pelos Recorrentes e determinada a subida do Recurso Especial. O Parecer do MPF foi pelo não conhecimento do recurso especial.

A Relatora, Ministra Nancy Andrighi, inicia seu Voto dizendo que “Cinge-se a lide a se averiguar se o constatado vício de consentimento da mãe biológica, quanto a sua declaração de que pretendia entregar sua filha M.V.A.L., é elemento suficiente para se determinar a improcedência do pedido de adoção formulado por O.L. e S.F.L., que detêm a guarda da adotanda há quase 09 (nove) anos”. Diz que o problema jurídico surge a partir de quando se expõe a situação de fragilidade familiar que estava submetida G.A.L., mãe biológica da infante, ela mesma, menor impúbere, primeiro vítima de violência sexual presumida, praticada por seu padrasto e, posteriormente, de agressão física e psicológica perpetrada por seu pai, para que entregasse a filha, fruto daquela relação incestuosa, para adoção; que instaurada a litigiosidade no processo de adoção, a partir do requerimento do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, houve manifestação dos adotantes pugnando por nova oitiva da mãe biológica da criança, porém evidenciavam o zelo e cuidados dispensados a criança até aquele momento. Por final, aduziam que o pedido de adoção deveria ser apreciado à luz do interesse maior da criança.

Ao tratar do “melhor interesse da criança como elemento autorizador da adoção” (arts. 6º e 43 do ECA e divergência jurisprudencial), a Relatora argumenta que a solução da cizânia aqui estabelecida, para além de contrapor o lídimo pleito dos recorrentes (O.L. e S.F.L) de adotarem M.V.A.L., e o não menos justo desejo de sua mãe biológica, por preservar consigo sua prole, está em se definir, diante do quadro fático cristalizado na origem, qual das duas hipóteses atenderá o melhor interesse da adotanda; que nas questões envolvendo interesses da infância e da juventude, conquanto não se possam ignorar os direitos dos pais, dos guardiões ou responsáveis, é à criança que deve ser assegurado, com primazia, o direito de ser cuidada pelos pais ou, ainda, por família substituta, conforme as balizas definidas no art. 227 da CF/88, que seguem delineadas nos arts. 6º e 43 do ECA; que sob esse imperativo, uma solução que contemple o melhor interesse da criança deve garantir um bom alicerce para seu desenvolvimento pessoal; que a preservação de sua integridade, dignidade, respeito e liberdade, mesmo que isso implique em flexibilização de outra norma cogente, pois se estará, na hipótese, privilegiando a norma principiológica, que é matriz interpretativa de toda a legislação relativa à criança e ao adolescente; que sob essa ótica, não se flexibiliza com o justo, não se ignora os contornos fáticos, mas tão só se constrói a solução da controvérsia com os olhos voltados para a maior interessada no desenrolar de toda a questão: a própria adotanda.

A Relatora também enfatiza que a tônica do Acórdão é submeter, *in casu*, os direitos dos adotantes e da mãe biológica ao direito primário e maior da criança adotanda; que esta é o objeto de proteção legal e a ela se procura assegurar condições de mínimo desenvolvimento sociopsicológico; que mesmo o poder familiar e suas desinências é, na afirmação Washington de Barros Monteiro (2009, p. 414), “instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores”; que sabendo-se que as disputas que envolvem guarda ou adoção de criança sempre vêm envoltas em muitas e múltiplas emoções, que opõe genuínos direitos e interesses, não se pode pretender solver querela que trate da adoção por singela aplicação pura e literal da lei, pois, além de se afrontar o expresso comando encartado nos arts. 6º e 43 do ECA, há concreta possibilidade de se vulnerar o princípio do melhor interesse da criança, cuja intangibilidade deve ser preservada com todo o rigor.

Nesse sentido, a Relatora traz do acórdão recorrido, para efeitos de importância, excerto que sintetiza o posicionamento acolhido pelo Tribunal de origem para o desate do recurso de apelação a ele alçado:

Conquanto o tempo milite em desfavor da apelante pois, desprovida da companhia da filha, que certamente está adaptada em sua família substituta, não subsistindo, frise-se, nenhum fato apto a desabonar a conduta dos apelandos, que, ao invés, mostraram-se revestidos de nobres sentimentos, pois, não obstante tenham 03 (três filhos comuns, se dispuseram já com certa idade a assumir a condição de pais de criança com a qual não nutrem laços consanguíneos, do aduzido e do que deflui dos elementos que ilustram os autos não subsiste estofo jurídico passível de legitimar que seja definitivamente desprovida da sua condição de mãe biológica e privada de todos os prazeres, felicidades, satisfações, angústias e preocupações inerentes à essa condição. Consoante inicialmente apontado, a adoção de criança ou adolescente que possua pais conhecidos carece da anuência dos genitores, salvo se desprovidos do poder familiar. Essa condição emerge do direito natural que é assegurado aos pais de terem consigo os filhos e dirigir-lhes a educação, e, em contrapartida, do direito natural resguardado aos filhos de serem criados e educados no seio da sua família biológica. Esses regramentos, a par de inerentes aos vínculos consanguíneos estabelecidos entre pai e filhos, estão formalmente estratificados e amalgamados no direito positivo, contanto, inclusive, com tutela constitucional (CF, art. 227, ECA, arts. 19 e segs., e CC, art. 1634 etc). Defluindo do direito natural e contando com regulação normativa, os direitos e deveres inerentes à paternidade ao poder familiar somente podem ser sobrestados e eliminados nas hipóteses legalmente assinaladas e sempre no interesse dos filhos. (fl. 595, e-STJ - sem destaques no original)

Nota-se, da fundamentação transcrita, o alçar do direito materno à condição de prevalência sobre tudo e todos, onde a coacta manifestação da mãe-adolescente subordina e apaga anos de convivência familiar estabelecido, sobre os auspícios do Estado, entre o casal O.L. e S.F.L, seus filhos naturais e M.V.A.L. - adotanda, no único lar que essa sempre teve. Vale dizer, na colisão entre os direitos materno-biológicos e os parentais-socioafetivos, feneceu o direito primário da infante, vista mais como objeto litigioso e menos, ou quase nada, como indivíduo detentora, ela própria, de direitos que, no particular, sobrepõe-se aos brandidos pelas partes. Do incontestado fato de que M.V.A.L. vive há praticamente nove anos com os adotantes, depreende-se que a adotanda não conhece outra referência de família, a não ser os recorrentes e os demais filhos. Nesse período, além de construir todos os vínculos emocionais inerentes a um grupo familiar, também adquiriu suas noções próprias de crenças, hierarquia, autoridade, respeito, compartilhamento, deveres e direitos e todos os demais elementos de formação cultural. Frise-se que houve todo um ajuste pessoal da adotanda, dos recorrentes e de seus demais filhos, em uma construção pessoal, em que as bases de referência e os valores são aplicados de maneira peculiar, não reproduzida em nenhuma outra família. É evidente que a realocação de M.V.A.L. na sua família biológica importará na sofrida necessidade de readaptação de todos esses valores e costumes, construídos ao longo desses anos. Também

notório que essa mudança se dará no conturbado período da pré-adolescência, podendo-se, em rasa percepção, questionar seu sucesso, pois representará para adotanda a troca de seu mundo ideal – sua família, mesmo que afetivamente construída – por uma incógnita, pela desconstrução de suas certezas, e sua substituição, ao menos em um primeiro momento, por nada!

Diz ainda a Relatora que não se ignora o sofrimento da recorrida, mãe biológica da adotanda, nem os direitos que lhe são inerentes – frutos de sua maternidade –, porém, nem aquele nem estes são esteio suficiente para se fragmentar a família de fato de M.V.A.L. e colocá-la em verdadeiro limbo emocional, afastando-a de suas únicas referências de amor, solidariedade, conforto, autoridade, em suma, desligando-a daquela que sempre foi a sua família. Preservar a aplicação do entendimento dado pelo TJ/DFT restabelece, indubitavelmente, os direitos da mãe biológica, mas como lhe é inerente, traz amargor e a rascante sensação de que o legal prevaleceu sobre o justo. Por tudo isso – consideradas as peculiaridades do processo –, é que se impõe a inversão das conclusões do acórdão recorrido, devendo ser concedido ao casal O.L. e S.F.L., a adoção de M.V.A.L. Registra-se, por fim, que em hipótese semelhante, o STJ, por meio de sua Quarta Turma, manifestou-se em idêntico sentido ao que aqui se adota:

CIVIL. ADOÇÃO. CONSENTIMENTO DA GENITORA. AUSÊNCIA. DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. PROCEDIMENTO PRÓPRIO. INOBSERVÂNCIA. LEI N. 8.069/90 (ECA), ARTS. 24, 45, § 1.º, 155, 156, 166 E 169. SITUAÇÃO FORTEMENTE CONSOLIDADA NO TEMPO. PRESERVAÇÃO DO BEM ESTAR DO MENOR. MANUTENÇÃO, EXCEPCIONAL, DO *STATUS QUO*. I. A dispensa do consentimento paterno e materno para a adoção de menor somente tem lugar quando os genitores sejam desconhecidos ou quando destituídos do pátrio poder. II. Não se configurando expressa anuência da mãe, esta, para perfazer-se, depende, então, da destituição da genitora, o que se opera mediante ação própria, obedecido o devido processo legal previsto na Lei n. 8.069/90, inservível, para tanto, o aproveitamento de mero requerimento de jurisdição voluntária. III. Caso, todavia, em que a adoção perdura por longo tempo – mais de dez anos – achando-se o menor em excelentes condições, recebendo de seus pais adotivos criação e educação adequadas, como reconhecido expressamente pelo Tribunal estadual e *parquet* federal, a recomendar, excepcionalmente, a manutenção da situação até aqui favorável à criança, cujo bem estar constitui o interesse maior de todos e da Justiça. IV. Recurso especial não conhecido. (REsp 100294/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2001, DJ 19/11/2001, p. 276)

Finaliza, a Relatora, fundamentando que “consideradas as peculiaridades do processo é que se impõe a inversão das conclusões do acórdão recorrido, devendo ser concedido ao casal O.L. e S.F.L., a adoção de M.V.A.L.”; que pelas razões apresentadas “CONHEÇO do recurso especial, para DAR-LHE provimento a fim de cassar o acórdão recorrido, para restabelecer a sentença e, por conseguinte, conceder aos recorrentes, a adoção de M.V.A.L.”.

6 - Os argumentos das partes (resumo dos argumentos de quem está inconformado e de quem responde);

O Recurso Especial interpostos pelos adotantes O.L. e S.F.L. em razão de a adoção de M.V.A.L. via ação de adoção com pedido liminar de guarda provisória e posterior adoção.

Sustentam os autores – O.L. e S.F.L. – que não tem relação de parentesco com a adotanda e que a mãe biológica (G.A.L.), além de não possuir condições de criar sua filha, voluntariamente a entregou em adoção, com a anuência de seu genitor e representante legal. Afirmam, ainda, que M.V.A.L. é fruto de relação incestuosa entre sua mãe G.A.L. e o padrasto desta. Em audiência, no dia 15 de maio de 2003, G.A.L. prestou declarações asseverando que queria entregar a filha em adoção porque não tinha condições socioeconômicas de criá-la; que

os requerentes detêm a guarda da criança há cerca de um mês; que não deseja dar a filha em adoção a possíveis interessados, previamente cadastrados no setor de adoção da Vara da Infância e da Juventude, pois sua filha está muito bem cuidada nas mãos dos requerentes, que a supre das necessidades materiais e afetivas para uma vida digna. Nessa mesma audiência, os autores declararam receber M.V.A.L. sob guarda e responsabilidade, em caráter provisório.

G.A.L., genitora da adotanda, procurou o MPDFT declarando que consentiu com o pedido de adoção sob coação de seu pai, então o MP requereu a anulação de todo o processo de adoção e a designação de nova audiência. Em manifestação, os adotantes sustentaram que desconheciam os fatos declinados pelo MPDFT, pelo que anuem com a nova oitiva da mãe biológica da adotanda, pugnando pela manutenção da guarda, ante a perfeita integração de M.V.A.L. no lar substituto.

Após avaliações e Relatório Técnico sobre o pedido de adoção apresentados; o TJ/DFT, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento interposto, pelos autores, contra decisão do i. Juiz que determinou a emenda da contestação apresentada pelos tios e guardiões de G.A.L., para que se incluísse a sua manifestação.

Em Parecer, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios opinou pela procedência do pedido de adoção, sustentando que não houve prova cabal da coação alegada, que o lar que receberia M.V.A.L., caso ela fique com a mãe, é inapto para acolher a adotanda e que tem sido bem cuidada no lar dos adotantes, afirmando, ao final, que: “(...) à luz dos princípios da proteção integral e do superior interesse da criança, não se recomenda simplesmente entregar a infante em tela à sua família natural, até porque as informações dos autos demonstram o bem estar da criança na companhia da família substituta”. A Sentença prolatada deu como procedente o pedido, concedendo aos recorrentes a adoção da criança M.V.A.L., ao fundamento de que:

O certo é, porém, que não pode este Juízo, atento aos comandos do estatuto menorista, que prevê a proteção integral à criança e ao adolescente, deixar de colocar a adotanda sob a proteção máxima representada pelo instituto da adoção, retirando-a do lar onde reside desde tenra idade, para restituí-la à genitora, que até pela pouca idade, não dispõe de condições materiais e mesmo psicológica para cuidar e propiciar à filha, condições ao menos semelhantes àquelas por ela desfrutada durante estes anos junto ao lar substituto. É certo que a falta de condições financeiras não pode, por si só, constituir requisito para a perda do poder familiar e conseqüente manutenção de infante na família substituta, porém o tempo laborou em desfavor da requerida, mostrando-se, no momento, despicienda até mesmo, a análise de suas atuais condições, e mesmo de eventual conduta incompatível com o exercício da maternidade, já que não se pode exigir que ela tivesse condições de prover afetiva e materialmente a filha, quando ela própria necessitava e tinha o direito de ser cuidada e mantida pelos genitores ou até mesmo pelo próprio Estado, diante de sua condição de pessoa em desenvolvimento.

O TJ/DFT deu provimento à apelação interposta por G.A.L., reconhecendo o vício de consentimento em relação à declaração inicial de que pretendida entregar sua filha para a adoção e, afirmando ainda, que o lapso temporal até então transcorrido não tinha o condão de ilidir o direito de a mãe biológica criar sua filha. A ementa foi exarada nos seguintes termos:

CIVIL. ADOÇÃO. ANUÊNCIA DA GENITORA. RETRATAÇÃO. EFICÁCIA. COAÇÃO FÍSICA E MORAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVO JUSTO. INOCORRÊNCIA DE VANTAGEM REAL PARA A ADOTANDA. LAUDOS TÉCNICOS. PREVALÊNCIA. TEMPO. INTERSEÇÃO NO DESENLACE. FATOR IMPONDERÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DE ENSEJAR A CONSOLIDAÇÃO DA SITUAÇÃO DELIMITADA POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. I. Aferido que a anuência derivada da genitora da adotanda está enodada por vício de consentimento, pois obtida quando subjugada a coação física e moral,

não é apta a irradiar nenhum efeito jurídico devendo ser desconsiderada, notadamente quando, cessado o jugo ao qual estava submetida, se retratara e manifestara sua oposição à adoção da filha em todas as demais oportunidades em que pudera externar sua vontade. II. Apurado que não subsiste nenhum fato apto a desqualificar a mãe como guardiã e detentora do poder familiar e legítimar que seja desprovida da filha mediante o rompimento dos vínculos jurídicos que as enlaçam, o direito natural que a assiste de ter consigo a filha, educá-la e criá-la e o travejamento normativo que o reveste de efetividade devem sobejar e ser tutelado, ensejando a rejeição do pedido de adoção. III. Atestado por laudos técnicos confeccionados por órgãos de assessoramento qualificados que não subsiste nenhuma vantagem real para a criança sua colocação em família substituta em caráter definitivo e irreversível, o apurado deve sobejar, não podendo o fator imponderável do tempo ser içado como suficiente para o rompimento dos vínculos consanguíneos e afetivos que enlaçam mãe e filha. IV. Conquanto o tempo se qualifique como elemento de consolidação dos fatos e balizador da atividade humana, não pode ser interpretado em desfavor da mãe biológica quando, desprovida da guarda da filha sem que consciente e livremente houvesse praticado qualquer fato apto a ensejar a colocação da infanta em família substituta em caráter provisório, não intercedera na marcha processual, cuja delonga não pode, então, se consubstanciar em fato de irradiação ou perecimento de direitos. V. Apelação conhecida e provida. (fl. 582, e-STJ).

Os adotantes recorreram interpondo Recurso Especial sob alegação da violação dos arts. 6º e 43 do ECA, bem como divergência jurisprudencial. Sustentam que o melhor interesse da criança será preservado pela sua efetiva adoção, tendo em vista o tempo de convívio mútuo já havido.

Em Contrarrazões a Recorrida reafirma a existência de vício de consentimento em relação à declaração original e que todos os laudos técnicos produzidos foram favoráveis à manutenção da guarda da criança por sua mãe biológica.

O TJ/DFT, em Juízo prévio de admissibilidade, não admitiu o RE. Em decisão unipessoal, foi dado provimento ao Agravo de Instrumento interposto pelos Recorrentes e determinado a subida do RE. Em Parecer do MPF foi pelo não conhecimento do RE.

7 - O problema jurídico (normas aplicáveis, fundamentação legal e jurisprudencial);

Referência Legislativa

ECA – art. 6º e art. 43

CF/88 – art. 227

Jurisprudência Citada: STJ - REsp 100294-SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2001, DJ 19/11/2001, p. 276.

Referência Doutrinária: MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. V. 2. Direito de Família. 39ª ed., por Regina Beatriz Tavares da Silva, de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009.

8 - A conclusão (identificar o *problema jurídico* e a *problemática*, esta irá embasar o *comentário*);

O *problema jurídico* apresentado para elaboração do voto do Acórdão, ora analisado, foi decidir se o vício de consentimento alegado pela mãe biológica (G.A.L.), em sua declaração de que pretendia entregar sua filha M.V.A.L. para adoção, seria elemento suficiente para se determinar a improcedência do pedido de adoção formulado por O.L. e S.F.L., que detêm a guarda da criança há quase nove anos, estando em consonância ao que prescreve o ECA em seus arts. 6º e 43, e a CF/88, no art. 227; como também, o prequestionamento do dissídio jurisprudencial.

A *problemática* levantada pela pesquisa, que enseja a análise do voto do Recurso Especial apresentado no processo de pedido de guarda para posterior adoção, é referente ao instituto da adoção na perspectiva do melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar, no sentido de construir um *conceito dogmático* do *melhor interesse da criança* em casos de adoção.

A *lide* teve início com o pedido de guarda provisória para posterior adoção da criança M.V.A.L., filha da adolescente G.A.L., que a deu para O.L. e S.F.L. adotarem-na, com anuência de seu genitor, avô da criança, sob a justificativa de que não possuía condições socioeconômicas de criá-la, que o casal adotante detinha a guarda de fato da criança, e que não desejava dar a filha em adoção a interessados cadastrados no setor de adoção da Vara da Infância e da Juventude, pois sua filha estava muito bem cuidada nas mãos dos Requerentes, que lhe supriam as necessidades materiais e afetivas para uma vida digna. A mãe biológica, após ter concordado com a adoção de sua filha em audiência, procurou o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) afirmando que foi coagida por seu genitor para dar sua filha em adoção.

Foram elaborados relatórios técnicos, inicialmente favoráveis ao pedido de adoção e, posteriormente ao alegado vício de consentimento, desfavoráveis ao referido pedido, com a justificativa de que as visitas determinadas “progrediram de forma satisfatória, com vistas a uma aproximação menos traumática para mãe e filha”; que a mãe biológica mostrou-se calorosa e alegre, empenhada em estabelecer uma aproximação física e afetiva com a filha, denotando que sente muito a falta desta; que “por sua vez, os adotantes, mesmo temendo os desdobramentos desses contatos, contribuíram para o bom transcurso dessas visitas, vê como se mostraram sensíveis ao sofrimento da adolescente”; que o casal transpareceu estar apegado à infante, reafirmando seu desejo de adotá-la, pois estava com eles há aproximadamente doze meses, e já os tratava por pai e mãe; que avaliaram “que a criança vem desfrutando de todo carinho e atenção na convivência com os adotantes”.

Os adotantes afirmaram que desconheciam os fatos trazidos pelo MPDFT, concordando com a nova oitiva da mãe biológica da adotanda e pugnando pela manutenção da guarda provisória, ante a perfeita integração de M.V.A.L. no lar substituto. Interpuseram Agravo de Instrumento ao TJ/DFT, contra decisão do i. Juiz que determinou a emenda da contestação apresentada pelos tios e guardiões de G.A.L., para que se incluísse a sua manifestação como efetiva parte no processo de adoção, a tal recurso foi negado provimento, por unanimidade. Em novo Relatório Informativo sobre o pedido de adoção, subscrito por Psicóloga e por Assistente Social, a manifestação foi pelo indeferimento do pedido de adoção e de que a *busca e a apreensão* da criança deveria ser feita com urgência, para imediata entrega à sua mãe biológica. Porém, o Parecer do MPDFT foi pela procedência do pedido de adoção, uma vez que não houve prova robusta da coação alegada, que o lar que receberia M.V.A.L., caso ela ficasse com G.A.L., seria inapto para acolhe-la, considerando que tem sido bem cuidada no lar dos adotantes, finaliza afirmando que “[...] à luz dos princípios da proteção integral e do superior interesse da criança, não se recomenda simplesmente entregar a infante em tela à sua família natural, até porque as informações dos autos demonstram o bem estar da criança na companhia da família substituta”. Nesse sentido, a Sentença julgou procedente o pedido, concedendo aos Recorrentes a adoção da criança M.V.A.L., sob fundamento de que:

O certo é, porém, que não pode este Juízo, atento aos comandos do estatuto menorista, que prevê a proteção integral à criança e ao adolescente, deixar de colocar a adotanda sob a proteção máxima representada pelo instituto da adoção, retirando-a do lar onde reside desde tenra idade, para restituí-la à genitora, que até pela pouca idade, não dispõe de condições materiais e mesmo psicológica para cuidar e propiciar à filha, condições ao menos semelhantes àquelas por ela desfrutada durante estes anos junto ao lar substituto. É certo que a falta de condições financeiras não pode, por si só, constituir requisito para a perda do poder familiar e conseqüente manutenção de infante na família substituta, porém o tempo laborou em desfavor da requerida, mostrando-se, no momento, despicienda até mesmo, a análise de suas atuais condições, e mesmo de eventual conduta incompatível com o exercício da maternidade, já que não se pode exigir que ela tivesse condições de prover afetiva e materialmente a filha, quando ela própria necessitava e tinha o direito de ser cuidada

e mantida pelos genitores ou até mesmo pelo próprio Estado, diante de sua condição de pessoa em desenvolvimento. (fls. 457 e 458, e-STJ).

Diante de tais fatos, não se pode deixar de reconhecer a vontade e direito da mãe biológica em criar a sua filha, mas o que se tem de levar em consideração, em primeiro lugar, é o direito da filha (criança) em ser criada num lar seguro, que ela conhece, recebe amor e cuidado, e que tem demonstrado ser o melhor para o seu desenvolvimento integral, em consonância ao princípio do melhor interesse da criança, o qual permeia a norma estatutária. Porém, a mãe biológica inconformada com a decisão, via recurso de Apelação, buscou o entendimento do TJ/DF, que deu provimento à sua apelação interposta, reconhecendo o vício de consentimento em relação à sua declaração inicial, de que pretendida entregar sua filha para a adoção, também fundamenta o Tribunal, “que o lapso temporal até então transcorrido não tinha o condão de ilidir o direito de a mãe biológica criar sua filha”, nos termos da ementa:

CIVIL. ADOÇÃO. ANUÊNCIA DA GENITORA. RETRATAÇÃO. EFICÁCIA. COAÇÃO FÍSICA E MORAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVO JUSTO. INOCORRÊNCIA DE VANTAGEM REAL PARA A ADOTANDA. LAUDOS TÉCNICOS. PREVALÊNCIA. TEMPO. INTERSEÇÃO NO DESENLACE. FATOR IMPONDERÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DE ENSEJAR A CONSOLIDAÇÃO DA SITUAÇÃO DELIMITADA POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. I. Aferido que a anuência derivada da genitora da adotanda está enodada por vício de consentimento, pois obtida quando subjugada a coação física e moral, não é apta a irradiar nenhum efeito jurídico devendo ser desconsiderada, notadamente quando, cessado o jugo ao qual estava submetida, se retratara e manifestara sua oposição à adoção da filha em todas as demais oportunidades em que pudera externar sua vontade. II. Apurado que não subsiste nenhum fato apto a desqualificar a mãe como guardiã e detentora do poder familiar e legitimar que seja desprovida da filha mediante o rompimento dos vínculos jurídicos que as enlaçam, o direito natural que a assiste de ter consigo a filha, educá-la e criá-la e o travejamento normativo que o reveste de efetividade devem sobejar e ser tutelado, ensejando a rejeição do pedido de adoção. III. Atestado por laudos técnicos confeccionados por órgãos de assessoramento qualificados que não subsiste nenhuma vantagem real para a criança sua colocação em família substituta em caráter definitivo e irreversível, o apurado deve sobejar, não podendo o fator imponderável do tempo ser içado como suficiente para o rompimento dos vínculos consanguíneos e afetivos que enlaçam mãe e filha. IV. Conquanto o tempo se qualifique como elemento de consolidação dos fatos e balizador da atividade humana, não pode ser interpretado em desfavor da mãe biológica quando, desprovida da guarda da filha sem que consciente e livremente houvesse praticado qualquer fato apto a ensejar a colocação da infante em família substituta em caráter provisório, não intercedera na marcha processual, cuja delonga não pode, então, se consubstanciar em fato de irradiação ou perecimento de direitos. V. Apelação conhecida e provida. (fl. 582, e-STJ).

Trata-se de uma questão controvertida, que deve ser solucionada de acordo com o que é mais adequado para a infante, o direito da mãe sucumbe ao direito da filha em razão da sua condição de vulnerabilidade por ser criança. Em Recurso Especial os adotantes alegaram a violação dos arts. 6º e 43 do ECA, bem como divergência jurisprudencial, por entenderem que o melhor interesse da criança será preservado pela sua efetiva adoção pelos Recorrentes, tendo em vista o tempo de convívio mútuo já havido. Se utilizando do contraditório, a Recorrida apresentou Contrarrazões, onde “reafirma a existência de vício de consentimento em relação à declaração original e que todos os laudos técnicos produzidos foram favoráveis à manutenção da guarda da criança por sua mãe biológica”. Em Juízo prévio de admissibilidade, o TJ/DF não admitiu o RE, mas em decisão unipessoal, a Relatora deu provimento ao Agravo de Instrumento interposto pelos Recorrentes e determinou a subida do RE, contrariando o Parecer

do MPF, de lavra do Subprocurador-Geral da República João Pedro Saboia Bandeira de Mello Filho, pelo não conhecimento do RE.

Os argumentos e fundamentos apresentados no voto da Exma. Relatora Nancy Andrichi, foram analisados e são comentados no que atine ao *melhor interesse da criança*, pois trata-se de legalizar uma situação familiar já consolidada no tempo, que é favorável a adotanda, como no caso em exame. Assim, foram observados os pressupostos indispensáveis ao deferimento do pleito, mormente em razão direito fundamental à convivência familiar e do seu melhor interesse em viver no seio da família que lhe dá amor e cuida-a desde a mais tenra idade.

Na alegação do dissídio jurisprudencial, no acórdão recorrido, não houve manifestação expressa dos dispositivos de lei tidos como violados, daí não ter o que julgar, pois a divergência jurisprudencial apontada, semelhante à hipótese dos autos, apresenta interpretação diversa da indicada pelo Tribunal de origem, “confluindo a insurgência recursal, em ambas as alíneas, para o mesmo tema, suficiente a demonstração da divergência jurisprudencial realizada, que põe em foco o cerne de todo esse processo de adoção”.

A *lide processual* se inicia com o pedido de guarda provisória para posterior adoção, fundamentado na relação afetiva estabelecida pelos adotantes (O.L. e S.F.L.) e a adotanda (recém nascida M.V.A.L.), decorrente do fato desta ter sido dada por sua mãe biológica (G.A.L.) aqueles. O que não se sabia, até então, é que a *abdicação* da mãe em relação a filha, não era voluntária como se acreditava, pois G.A.L. se mostrou ser uma adolescente, vítima de violência sexual presumida, praticada por seu padrasto, somada a sua fragilidade familiar, uma vez que seu pai a obrigou para que entregasse a filha, fruto daquela relação incestuosa, para adoção, gerando um *imbróglio jurídico* a partir do requerimento do MPDFT pugnando por nova oitiva da mãe biológica da criança. Foi reconhecido o direito da mãe ficar com a filha, como mencionado acima, a questão principal era se o melhor interesse da filha era ficar com a mãe.

O melhor interesse da criança como elemento autorizador da adoção (arts. 6º e 43 do ECA) é uma celeuma que pede uma decisão justa, que decorre do lídimo pleito dos adotantes/Recorrentes (O.L. e S.F.L.) de adotarem M.V.A.L., e o não menos justo desejo de sua mãe biológica, por tê-la consigo. A distribuição de justiça está em se definir, diante do quadro fático cristalizado na origem, qual das duas hipóteses atenderá o melhor interesse da adotanda.

Considerando a prioridade que se dá às relações jurídicas que envolvem interesses da criança, não se pode desconsiderar os direitos dos pais, dos guardiões ou responsáveis, mas neste caso a primazia é do direito da adotanda de ser cuidada por uma família, conforme os valores definidos no art. 227 da CF/88, que seguem delineadas nos arts. 6º e 43 do ECA. A Relatora entende que adotanda

Sob esse imperativo, uma solução que contemple o melhor interesse da criança deve garantir um bom alicerce para seu desenvolvimento pessoal. A preservação de sua integridade, dignidade, respeito e liberdade, mesmo que isso implique em flexibilização de outra norma cogente, pois se estará, na hipótese, privilegiando a norma principiológica, que é matriz interpretativa de toda a legislação relativa à criança e ao adolescente. Nessa ótica, não se flexibiliza com o justo, não se ignora os contornos fáticos, mas tão só se constrói a solução da controvérsia com os olhos voltados para a maior interessada no desenrolar de toda a questão: a própria adotanda. A tônica aqui, repita-se, é submeter, *in casu*, os direitos dos adotantes e da mãe biológica ao direito primário e maior da criança. Ela é o objeto de proteção legal e a ela se procura assegurar condições de mínimo desenvolvimento sociopsicológico. (Inteiro teor do Acórdão, p. 9 e 10 de 4)

A mãe biológica foi desfavorecida pelo tempo em duas situações, na primeira, pelo fato de ser mãe na adolescência e depender de terceiros para administrar sua vida, na segunda, pelo tempo de convivência de sua filha com os adotantes, que consolidou uma relação afetiva familiar que lhe trará prejuízos emocionais e psicológicos se for desfeita. Existe todo um

conceito e previsão legal referente ao direito fundamental da convivência familiar se concretizar no seio da família natural, no caso analisado, o tempo militou em desfavor da Apelante pois, desprovida da companhia da filha, que comprovadamente estava adaptada em sua família substituta, sem haver qualquer fato apto a desabonar a conduta dos Apelados, que se mostraram revestidos de nobres sentimentos, pois, não obstante tenham três filhos comuns, se dispuseram já com certa idade a assumir a condição de pais de criança adotanda.

Assim, tira-se do Acórdão recorrido (p. 11 de 4) que nos argumentos e fundamentos apresentados nos autos não existe pressuposto jurídico passível de legitimar que a mãe biológica seja definitivamente desprovida da sua condição de mãe e privada de todos os prazeres, felicidades, satisfações, angústias e preocupações inerentes à essa condição. A lei estabelece que a adoção de criança que possua pais conhecidos deve ter a sua anuência, salvo se desprovidos do poder familiar.

Essa condição emerge do direito natural que é assegurado aos pais de terem consigo os filhos e dirigir-lhes a educação, e, em contrapartida, do mesmo direito resguardado aos filhos de serem criados e educados no seio da sua família biológica. Esses regramentos, a par de inerentes aos vínculos consanguíneos estabelecidos entre pais e filhos, estão formalmente estratificados e amalgamados no direito positivo, com tutela constitucional (CF, art. 227, ECA, arts. 19 e segs., e CC, art. 1634, etc). Defluindo do direito natural e contando com regulação normativa, os direitos e deveres inerentes à paternidade ao poder familiar somente podem ser sobrestados e eliminados nas hipóteses legalmente assinaladas e sempre no interesse dos filhos.

Nota-se, é o interesse da criança que deve ser considerado primeiramente, o direito materno, neste caso deve ser afastado da condição de prevalência sobre o direito da adotanda em continuar vivendo no único lar que sempre teve, onde vive há praticamente nove anos com os Recorrentes (O.L. e S.F.L.) e seus três filhos. Nesse período, além de construir todos os vínculos emocionais inerentes a um grupo familiar, também adquiriu suas noções próprias de crenças, hierarquia, autoridade, respeito, compartilhamento, deveres e direitos e todos os demais elementos de formação cultural.

Frise-se que houve todo um ajuste pessoal da adotanda, dos recorrentes e de seus demais filhos, em uma construção idiossincrática, em que as bases de referência e os valores são aplicados de maneira peculiar, não reproduzida em nenhuma outra família. É evidente que a realocação de M.V.A.L. na sua família biológica importará na sofrida necessidade de readaptação de todos esses valores e costumes, construídos ao longo desses anos. Também notório que essa mudança se dará no conturbado período da pré-adolescência, podendo-se, em rasa percepção, questionar seu sucesso, pois representará para adotanda a troca de seu mundo ideal – sua família, mesmo que afetivamente construída – por uma incógnita, pela desconstrução de suas certezas, e sua substituição, ao menos em um primeiro momento, por nada! Não se ignora o sofrimento da recorrida, mãe biológica da adotanda, nem os direitos que lhe são inerentes – frutos de sua maternidade –, porém, nem aquele nem estes são esteio suficiente para se fragmentar a família de fato de M.V.A.L. e colocá-la em verdadeiro limbo emocional, afastando-a de suas únicas referências de amor, solidariedade, conforto, autoridade, em suma, desligando-a daquela que sempre foi a sua família.

Diante de tais argumentos fica a indagação, por que após tanto tempo transcorrido não houve preocupação do Tribunal em saber como estava a vida da criança, pois em 27/06/2007, foi proferida Sentença julgando procedente o pedido de adoção formulado pelos recorrentes; em 14/05/2008, foi publicado o Acórdão que deu provimento à apelação interposta pela recorrida; embora o recurso interposto pelos adotantes, desde a publicação do Acórdão que reformou a sentença, foram expedidos múltiplos mandados de busca e apreensão da criança, os quais foram infrutíferos, pois a adotanda e os Recorrentes não foram localizados nos endereços fornecidos nos autos (fls. 704; 706; 710; 769, e-STJ). Então o que aconteceu nesse período?.

A Relatora entendeu que “preservar a aplicação da acre panaceia preconizada pelo TJ/DFT restabelece, indubitavelmente, os direitos da mãe biológica, mas como lhe é inerente, traz amargor e a rascante sensação de que o legal prevaleceu sobre o justo”; que “consideradas as peculiaridades do processo é que se impõe a inversão das conclusões do Acórdão recorrido, devendo ser concedido ao casal O.L. e S.F.L., a adoção de M.V.A.L.”, registrando que em hipótese semelhante, o STJ, via Quarta Turma, manifestou-se em idêntico sentido ao por ela adotado:

CIVIL. ADOÇÃO. CONSENTIMENTO DA GENITORA. AUSÊNCIA. DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. PROCEDIMENTO PRÓPRIO. INOBSERVÂNCIA. LEI N. 8.069/90 (ECA), ARTS. 24, 45, § 1.º, 155, 156, 166 E 169. SITUAÇÃO FORTEMENTE CONSOLIDADA NO TEMPO. PRESERVAÇÃO DO BEM ESTAR DO MENOR. MANUTENÇÃO, EXCEPCIONAL, DO *STATUS QUO*. I. A dispensa do consentimento paterno e materno para a adoção de menor somente tem lugar quando os genitores sejam desconhecidos ou quando destituídos do pátrio poder. II. Não se configurando expressa anuência da mãe, esta, para perfazer-se, depende, então, da destituição da genitora, o que se opera mediante ação própria, obedecido o devido processo legal previsto na Lei n. 8.069/90, inservível, para tanto, o aproveitamento de mero requerimento de jurisdição voluntária. III. Caso, todavia, em que a adoção perdura por longo tempo – mais de dez anos – achando-se o menor em excelentes condições, recebendo de seus pais adotivos criação e educação adequadas, como reconhecido expressamente pelo Tribunal estadual e *parquet* federal, a recomendar, excepcionalmente, a manutenção da situação até aqui favorável à criança, cujo bem estar constitui o interesse maior de todos e da Justiça. IV. Recurso especial não conhecido. (REsp 100294/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2001, DJ 19/11/2001, p. 276)

Assim, foi dado conhecimento ao RE, para dar-lhe provimento a fim de cassar o Acórdão recorrido, para restabelecer a sentença e, por conseguinte, conceder aos recorrentes, a adoção de M.V.A.L.

Do acima exposto, percebe-se que a contextualização é contemplada no tempo e como tal ela sofre variações quer no sentido de pormenorizar antecedentes, causas e consequências, pois essas variáveis sofrem modificações à medida que vão se desdobrando no próprio tempo. A criança M.V.A.L. foi privada de crescer junto à sua família natural por ser filha de uma adolescente que foi vítima de violências físicas e psíquicas praticadas contra ela, por seu padrasto e seu pai, mas mesmo assim, sua mãe biológica a queria.

Axiologicamente as variáveis citadas são mobilizadas por matizes que vão se impregnando no próprio processo em curso, assim o que seria melhor para uma criança no momento da adoção, respeitando o seu melhor interesse, pode não ser tão significativo algum tempo depois. A exemplo do tempo (nove anos) que durou o processo que gerou o Acórdão analisado, consolidando o direito fundamental à convivência familiar ser vivido em família substituta, por ser a única que a adotanda conhecia, mesmo havendo laços que uniam mãe e filha, a adoção ofereceu melhores condições para o seu desenvolvimento integral.

Um novo olhar só poderia ser admitido se comprovado que a criança não estava adaptada no lar substituto e ficaria melhor com a mãe biológica, pois o tempo agiu sobre o processo, e revelou situação mais adequada à criança continuar junto da família substituta.

Decisão 03³¹¹**1 - Nome do Tribunal:** SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – 3ª TURMA**2 - Data da decisão:** DJe 21/05/2012**3 - Identificação da Decisão:**

RECURSO ESPECIAL Nº 1.099.959 - DF (2008/0234034-0)

RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

AGRAVANTE: F U M

ADVOGADOS: CATIÚSCIA PACHECO PIRES DE OLIVEIRA E OUTRO(S); VALTER FERREIRA XAVIER FILHO E OUTRO(S)

AGRAVADO: L M DE S V P

ADVOGADO: NILMA GERVASIO AZEVEDO SOUZA FERREIRA SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

4 - Os fatos:

Trata-se de agravo regimental interposto por F. U. M. contra decisão em que foi negado, pelo Relator, provimento ao recurso especial interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios no curso da ação de adoção como forma de extensão do poder familiar que lhe moveu L. M. S. V. P., em favor da criança R. B. M..

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. RAZÕES QUE NÃO ALTERAM O ENTENDIMENTO FIRMADO NA DECISÃO AGRAVADA. AÇÃO DE ADOÇÃO UNILATERAL CUMULADA COM PEDIDO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ART. 148, III, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. PRIMAZIA DO INTERESSE DO MENOR. NULIDADE DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DE DEFESA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ABANDONO DO ADOTANDO RECONHECIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 07/STJ.

Nas suas razões (fls. 635/643), o agravante reiterou as alegações do seu recurso especial, no sentido da (i) incompetência absoluta da Vara da Infância e da Juventude; (ii) impossibilidade de ser considerado abandonado o filho que permaneceu na companhia da mãe e irmãos com o consentimento paterno e (iii) ocorrência de cerceamento de defesa, pois realizada audiência de oitiva do adotando sem sua presença. O pai biológico postulou o provimento do recurso.

5 - O Processo (descrever a história judiciária do caso):

- *Ação de Adoção Unilateral* cumulada com pedido de *Destituição de Poder Familiar* (Art. 148, III, ECA), feita pelo padrasto do adotando, “pedido concedido”;
- *Contestação* não consta no relatório do Relator do Agravo Regimental;
- *Recurso de Apelação* interposta contra a sentença de procedência proferida na ação de adoção, “apelo desprovido”;
- *Recurso Especial* interposto pelo genitor da criança pedindo a nulidade do processo por cerceamento de defesa, alegando ter havido prejuízo ao não participar da oitiva do adotando (impossibilidade da anulação do processo por cerceamento de defesa, pois, apesar da intimação dos patronos do genitor para a audiência de oitiva do adotando ter se realizado apenas na véspera do ato, não foi demonstrado o prejuízo), “negado seguimento”. O Ministério Público

³¹¹ Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802340340&dt_publicacao=21/05/2012. Acesso em 25 out 2019.

Federal, em parecer (fls. 614/617) entendeu caracterizado o cerceamento de defesa do recorrido, opinando pelo provimento do recurso especial.

- *Agravo Regimental* do Recurso Especial, o Relator (Exmo. Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino) votou argumentando que a decisão agravada deve permanecer incólume, em razão da ausência de qualquer fundamento trazido pelo agravante capaz de alterar o entendimento nela firmado, portanto, “negou provimento ao agravo regimental”, sendo seguido por unanimidade pela Terceira Turma (Ministros: Ricardo Villas Bôas Cueva, Massami Uyeda e Sidnei Beneti, sendo impedida a Sra. Ministra Nancy Andrichi).

6 - Os argumentos das partes (resumo dos argumentos de quem está inconformado e de quem responde);

Trata-se de agravo regimental interposto por F. U. M. (pai biológico da criança) contra decisão do próprio Relator, que negou provimento ao recurso especial interposto contra Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios no curso da ação de adoção como forma de extensão do poder familiar que lhe moveu L. M. S. V. P., em favor da criança R. B. M.

O agravante alegou: (i) incompetência absoluta da Vara da Infância e da Juventude; (ii) impossibilidade de ser considerado abandonado o filho que permaneceu na companhia da mãe e irmãos com o consentimento paterno; e (iii) ocorrência de cerceamento de defesa, pois foi realizada audiência de oitiva do adotando sem sua presença. Por esses motivos postulou pelo provimento do recurso, argumentando que o Acórdão recorrido negou a vigência ao artigo 91 do Código de Processo Civil por entender competente para apreciar e julgar o pedido de adoção a Vara da Infância e da Juventude, desconsiderando tratar-se o adotando de criança em *situação regular*, o que ensejaria a competência do juízo de uma Vara de Família, nos termos da Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal. De outro lado, declara ter sido cerceado o seu direito de defesa, pois não lhe foi garantida a igualdade de tratamento prevista no artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil, diante da realização de audiência de oitiva do adotando sem a sua presença, referindo que a intimação de seus patronos não se realizou em tempo hábil, ou seja, apenas um dia antes da data designada para o ato, o que inviabilizou o seu comparecimento. Sustentou, ainda, que da decisão contrária aos seus interesses (concessão da adoção e destituição do seu poder familiar) decorre o prejuízo, sendo violado o artigo 1.638, II, do Código Civil, sob o argumento de que o abandono autorizador da perda do poder familiar não se materializa enquanto a criança permanece no seio de sua família natural, tal como ocorreu no presente caso, ou seja, deu o seu consentimento para o filho ficar em companhia da mãe, de irmãos e do padrasto, e que para a adoção do seu filho, seria indispensável o seu consentimento, o qual foi negado expressamente. Acenou, ainda, divergência jurisprudencial com julgados desta Corte Superior.

Os recorridos apresentaram contrarrazões (fls. 587/894, as quais não tive acesso). Foi admitido o recurso, os autos conclusos foram enviados ao Relator. O Ministério Público Federal, em parecer, entendeu caracterizado o cerceamento de defesa do recorrido, opinando pelo provimento do recurso especial.

Por não ter tido acesso aos argumentos do autor da ação (padrasto), traz-se o voto do Relator, Exmo. Sr. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, que expressa suas considerações no sentido de que o Agravo Regimental não mereceu prosperar, em razão da ausência de qualquer fundamento trazido pelo agravante capaz de alterar o entendimento firmado na “Decisão agravada”, reafirmando seu teor. O Relator decidiu diferente do parecer dado pelo Ministério Público, portanto, em seu voto negou o recurso especial. Em seus argumentos expôs que a questão devolvida ao conhecimento da Corte diz com o alegado a indevida aplicação dos artigos 91 e 125, I, do Código de Processo Civil e 1.638, II, do Código Civil, além de divergência jurisprudencial; que no que concerne à competência para apreciar e julgar o presente procedimento de adoção, o Tribunal do DF, interpretando os artigos 41, 98 e 148 do

Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), entendeu não ser mais pressuposto de competência a situação irregular do adotando, tal como previa o revogado Código de Menores, concluindo ser a Justiça da Infância e da Juventude competente para conhecer da ação de adoção de menor, uma vez que a adoção unilateral está expressamente prevista no art. 41, §1º do ECA, e que não se incluem no rol do parágrafo único do art. 148 os pedidos de adoção, de modo que, em qualquer situação em que se encontrar a criança ou o adolescente, seja irregular ou não, sempre será competente o Juízo da Infância e da Juventude para apreciar esses pedidos e seus incidentes; que tratando-se de ação para a perda do poder familiar, cumulada com adoção, a competência, em razão da matéria, será sempre da Justiça da Infância e da Juventude; que a destituição do poder familiar aparece como pressuposto lógico da adoção, competindo ao Juiz da Infância e da Juventude conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes (ECA, art. 148, III); que nesses incidentes, incluem-se o procedimento, sob contraditório, de destituição do poder familiar e o pedido de guarda; que a jurisprudência da Corte, por sua vez, reconhece a competência da Vara da Infância e Juventude para julgar pedidos de destituição do poder familiar cumulados com pedido de adoção, embora em decisões que não tratam, especificamente, de conflitos de competência entre a Vara da Família e a Vara da Infância e da Juventude, assim:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CUMULADA COM PEDIDO DE ADOÇÃO. GUARDA PROVISÓRIA DEFERIDA. DOMICÍLIO DOS ADOTANTES. ALTERAÇÃO DO DOMICÍLIO DOS GUARDIÃES. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRIORIDADE ABSOLUTA. INTERESSE DO MENOR. CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. 1. Segundo a jurisprudência do STJ, a competência para dirimir as questões referentes ao menor é a do foro do domicílio de quem já exerce a guarda, na linha do que dispõe o art. 147, I, do ECA. 2. Considerada a condição peculiar da criança como pessoa em desenvolvimento, sob os aspectos dados pelo art. 6º do ECA, os direitos dos menores devem sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, não havendo que se falar em prevenção. Destarte, em face do princípio constitucional da prioridade absoluta dos interesses do menor, orientador dos critérios do art. 147 do ECA, necessária a declaração de competência do Juízo Pernambucano a atrair a demanda proposta perante o Juízo Paulista. 4. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara da Infância e da Juventude de Recife - PE, o suscitante. - (CC 92473/PE, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, DJe 27/10/2009);

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA - GUARDA DE MENOR - AÇÃO DE ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR - GUARDA PROVISÓRIA DEFERIDA - DOMICÍLIO DA ADOTANTE - PROCEDIMENTO DE VERIFICAÇÃO DE SITUAÇÃO DE RISCO - AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR - BUSCA E APREENSÃO - DOMICÍLIO DA MÃE BIOLÓGICA - CONEXÃO - SENTENÇA PROLATADA - ADOÇÃO - PROCEDÊNCIA - SÚMULA 235/STJ - POSSIBILIDADE DE JULGAMENTOS COLIDENTES - PERSISTÊNCIA - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRIORIDADE ABSOLUTA - INTERESSES DO MENOR - CONFLITO CONHECIDO - COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. (...) 4. Destarte, em face do princípio constitucional da prioridade absoluta dos interesses do menor, orientador dos critérios do art. 147 do ECA, necessária a declaração de competência do Juízo Gaúcho a atrair a demanda proposta perante o Juízo Paranaense. 5. Conflito conhecido, declarando-se a competência do d. Juízo de Direito da Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre/RS, suscitado. - (CC 54084/PR, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, Segunda Seção, DJ de 06/11/2006, p. 299);

Competência. Ação de destituição de pátrio poder acumulada com pedido de adoção. I - A competência para processar e julgar lides envolvendo menores é determinada pelo domicílio dos pais ou responsáveis ou, na ausência dos mesmos, pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente. II - Conflito de que se conhece, a fim de declarar-se a competência da Vara Criminal, da Infância e da Juventude de Mogi das Cruzes

SP, o suscitado. (CC 40022/AL, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Segunda Seção, DJ de 22/09/2004, p. 204)

Assim, tendo o Tribunal do DF aplicado os dispositivos sobre competência estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, que, por ser legislação específica sobre a matéria, prevalece sobre as normas de organização judiciária, não se sustenta a alegação de violação ao artigo 91 do Código de Processo Civil. Ademais, conforme pacífico entendimento jurisprudencial, "a determinação da competência, em casos de disputa judicial sobre a guarda - ou mesmo a adoção - de infante deve garantir primazia ao melhor interesse da criança, mesmo que isso implique em flexibilização de outras normas" (CC 111.130/SC, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Segunda Seção, DJ de 01.02.2011). Na espécie, ainda que se pudesse cogitar da incompetência do juízo da Vara da Infância e da Juventude, deve ser observado o princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente (CF/88, art. 227, *caput*), não se afigurando razoável reconhecer, neste momento processual, já passados mais de quatro anos desde a prolação da sentença, a incompetência do juízo. No mais, quanto a alegação de nulidade do processo por cerceamento de defesa e a não-caracterização do abandono do menor, melhor sorte não assiste ao recorrente. Com efeito, em processo civil, não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*), sendo certo que a invalidade processual é penalidade aplicada quando houver a conjugação do defeito do ato processual com a existência de prejuízo. Nesse sentido, afirmou o recorrente que o prejuízo decorrente do seu não comparecimento à audiência de oitiva do menor, diante da intimação dos seus patronos apenas na véspera do ato, seria a própria concessão da adoção e a destituição do seu poder familiar. Verifica-se, entretanto, que o juízo de primeiro grau, ao julgar procedente a ação, considerou não apenas a anuência do adotando manifestada na sua oitiva, mas também as provas constantes dos autos, especialmente os relatórios dos estudos sociais realizados, que demonstraram o consentimento do adotando ao pedido, uma vez que reconhece no "padrasto" seu verdadeiro pai, tendo, inclusive, consciência acerca do fato do nome do pai biológico não constar de seu assento de nascimento, estando ansioso para que o feito se concretize, e já tendo ele próprio escolhido o nome que irá usar. O Tribunal do DF ao analisar a alegação de nulidade do processo, constatou o seguinte, *verbis*:

Conquanto o pai biológico não tivesse comparecido, verifico que seus patronos têm escritório nesta Capital e da realização do ato processual foram intimados um dia antes, portanto, em tempo hábil. Poderiam ter representado seu cliente na referida audiência, não o fazendo sem motivo justificável.

Ademais, **sequer foi aventado pelas partes qualquer vício a inquinar o depoimento do menor, razão pela qual, inexistente prejuízo para o apelante em virtude de sua ausência naquela assentada, sendo certo que não se anula ato sem prova do prejuízo.** (Grifo nosso)

Não se justifica, pois, sob qualquer prisma, a decretação da nulidade. Por fim, rever as conclusões das instâncias ordinárias de que houve, efetivamente, o abandono do adotando pelo genitor, demandaria o reexame de fatos e provas dos autos, providência vedada a esta Corte Superior, a teor do enunciado da Súmula n.º 07/STJ.

O Relator constatou que no Acórdão recorrido houve uma aprofundada análise dos fatos e provas dos autos que levaram à caracterização do abandono, *in verbis*:

Sobre a alegação do apelante de que não teria abandonado o filho, impõe-se constatar, de forma inarredável, que as provas coligidas aos autos militam em seu desfavor, porquanto restou reconhecido pelo próprio recorrente que, após a sua separação da mãe do menor, não mais o procurou, não obstante pertencessem os cônjuges à mesma família, pois, são primos.

Argumentou ele que se teria afastado porque se mudou para cidade distante (Recife – PE) e porque não queria importunar o novo relacionamento da genitora do menor com o apelado.

Ora, a motivação é pífia. O amor e a afeição ínsitas ao relacionamento entre pais e filhos são tão profundos que a simples separação dos cônjuges não pode e não é suficiente para demovê-los. Ao contrário, é comum que, com a separação, os pais preocupem-se mais com os filhos e procurem deles aproximar, exatamente para que o sentimento de abandono, naturalmente gerado pela separação, não os atinja ainda mais.

Contudo, *in casu*, o que se constata dos autos é justamente o contrário. O pai, ora apelante, em total desconsideração com os sentimentos do próprio filho, dele afastou-se totalmente, por anos, para retomar a direção da própria vida.

A alegação de que reside em outra cidade tampouco lhe socorre o intento, porquanto a sua condição financeira, conforme afirmado por ele próprio em sua contestação, não é das piores, já que, sendo Analista de Sistemas concursado da Companhia Hidroelétrica do São Francisco (fl. 71), poderia perfeitamente arcar com as despesas de viagens de Recife para Brasília quando lhe conviesse.

Anote-se, por oportuno, que as informações constantes dos autos autorizam perfeitamente concluir tratar-se o apelante de pessoa dotada de razoável inteligência e percepção da vida, podendo, pois mensurar com absoluta plenitude o impacto psicológico que é a ausência do pai para uma criança desde sua tenra idade.

É certo que as várias fotografias de familiares paternos na companhia do menor, coligidas ao processo, emprestam respaldo à tese de que estes, desde o ano de 2006, procuram uma aproximação, tendo restado inconsteste, no entanto, que o pai quedou-se ausente de tais encontros, reforçando o sentimento de que a noticiada reaproximação entre pai e filho, após o ajuizamento desta demanda, somente se deu em razão desta.

A relação do menor com o adotante, por outro lado, é cercada de afeto e estabilidade, constando dos autos que este, contraiu núpcias com a mãe do adotando quando contava ele apenas três anos de idade, passando a exercer a função de verdadeiro pai, não só do ponto de vista afetivo, mas também material.

Demonstrou-se que o menor possui dois irmãos e que considera o adotante como seu verdadeiro pai, fato esse que foi constatado não só pelas psicólogas, em seus relatórios, mas também pelo MM. Juiz, quando da oitiva da criança, tendo esta demonstrado seu desejo de ser adotado pelo apelado.

Restou provado nas instâncias ordinárias de que houve o abandono do adotando pelo genitor, rever as conclusões demandaria o reexame de fatos e provas dos autos, conduta vedada a esta Corte Superior pelo enunciado da Súmula n.º 07/STJ. Diante dos argumentos apresentados, foi **negado** provimento ao Agravo Regimental.

7 - O problema jurídico (normas aplicáveis, fundamentação legal e jurisprudencial);

- Ação de adoção unilateral c/c destituição de poder familiar – Art. 148, III, Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) e primazia do melhor interesse da criança;

- O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios interpretando os artigos 41, 98 e 148 do ECA, argumentou não ser mais pressuposto de competência a situação irregular do adotando, conforme previa o revogado Código de Menores, dizendo ser a Justiça da Infância e da Juventude competente para conhecer da ação de adoção de criança, e que a modalidade de adoção unilateral está expressa no art. 41, §1º do ECA.

- Recurso Especial (STJ) interposto, com fulcro no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal; o Tribunal decidiu que de acordo com os arts. 41 e 148, III do ECA c/c art. 146 do ECA, a competência para processar e julgar o pedido de adoção de criança e seus incidentes é da Vara da Infância e da Juventude; que em procedimento de adoção, a vontade da criança maior de 12 anos, quando não viciada, deve prevalecer sobre qualquer outra – primazia do melhor interesse –, a falta de intimação de qualquer de seus genitores para a oitiva da criança, que se manifestou livremente, e sem que da irregularidade adviesse qualquer prejuízo para as partes, não é motivo para anular a audiência realizada; foi decretada a perda do poder familiar do pai, nos moldes do art. 1638 do novo

Código Civil, entendendo que o seu consentimento no processo de adoção é dispensado, conforme disposto no art. 1621, § 1º, do mesmo diploma legal.

O recorrente arguiu ter o Acórdão recorrido negado vigência ao artigo 91 do Código de Processo Civil (CPC) ao dar competência para julgar o pedido de adoção à Vara da Infância e da Juventude, pois o adotando é criança em situação regular, o que ensejaria a competência do juízo de uma Vara de Família, nos termos da Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal; também alegou ter sido cerceado o seu direito de defesa, pois não lhe foi garantida a igualdade de tratamento prevista no artigo 125, I, do CPC, quando da realização de audiência de oitiva do adotando sem a sua presença; o pai biológico entendeu violado o artigo 1.638, II, do CC, argumentando que o abandono autorizador da perda do poder familiar não se materializa enquanto a criança permanece no seio de sua família natural, pois o adotando permaneceu em companhia da mãe, de irmãos e do padrasto, com o consentimento paterno, e que negou expressamente o seu consentimento para o pedido de adoção de seu filho, o qual seria indispensável, acenando, ainda, divergência jurisprudencial com julgados desta Corte Superior.

O Relator acrescenta ao seu entendimento fundamento doutrinário e jurisprudencial, tais como:

* Vicente de Paula Ataíde Junior (*in Destituição do Poder Familiar*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 86/87) que se expressa:

Tratando-se de ação para a perda do poder familiar, cumulada com adoção, a competência, em razão da matéria, será sempre da Justiça da Infância e da Juventude. A destituição da potestade familiar aparece como pressuposto lógico da adoção, competindo ao Juiz da Infância e da Juventude conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes (ECA, art. 148, III). Nesses incidentes, incluem-se o procedimento, sob contraditório, de destituição do poder familiar e o pedido de guarda.

* A jurisprudência do STJ reconhece a competência da Vara da Infância e Juventude para julgar pedidos de destituição do poder familiar c/c com pedido de adoção:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CUMULADA COM PEDIDO DE ADOÇÃO. GUARDA PROVISÓRIA DEFERIDA. DOMICÍLIO DOS ADOTANTES. ALTERAÇÃO DO DOMICÍLIO DOS GUARDIÃES. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRIORIDADE ABSOLUTA. INTERESSE DO MENOR. CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. (CC 92473/PE, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, DJe 27/10/2009); CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA - GUARDA DE MENOR - AÇÃO DE ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR - GUARDA PROVISÓRIA DEFERIDA - DOMICÍLIO DA ADOTANTE - PROCEDIMENTO DE VERIFICAÇÃO DE SITUAÇÃO DE RISCO - AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR - BUSCA E APREENSÃO - DOMICÍLIO DA MÃE BIOLÓGICA - CONEXÃO - SENTENÇA PROLATADA - ADOÇÃO - PROCEDÊNCIA - SÚMULA 235/STJ - POSSIBILIDADE DE JULGAMENTOS COLIDENTES - PERSISTÊNCIA - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRIORIDADE ABSOLUTA - INTERESSES DO MENOR - CONFLITO CONHECIDO - COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. (CC 54084/PR, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, Segunda Seção, DJ de 06/11/2006, p. 299); Competência. Ação de destituição de pátrio poder acumulada com pedido de adoção. I - A competência para processar e julgar lides envolvendo menores é determinada pelo domicílio dos pais ou responsáveis ou, na ausência dos mesmos, pelo lugar onde se encontre a criança ou adolescente. II - Conflito de que se conhece, a fim de declarar-se a competência da Vara Criminal, da Infância e da Juventude de Mogi das Cruzes SP, o suscitado. (CC 40022/AL, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Segunda Seção, DJ de 22/09/2004, p. 204).

Conforme pacífico entendimento jurisprudencial, "a determinação da competência, em casos de disputa judicial sobre a guarda - ou mesmo a adoção - de infante deve garantir primazia ao melhor interesse da criança, mesmo que isso implique em flexibilização de outras normas" (CC 111.130/SC, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Segunda Seção, DJ de 01.02.2011).

O Relator argumenta, ainda, que se pudesse cogitar da incompetência do juízo da Vara da Infância e da Juventude, deve ser observado o princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente (CF/88, art. 227, *caput*), não sendo razoável reconhecer, já passados mais de quatro anos desde a prolação da sentença, a incompetência do juízo; e quanto a alegação de nulidade do processo por cerceamento de defesa e a não-caracterização do abandono da criança, melhor sorte não assiste ao recorrente, pois em processo civil, não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*), sendo certo que a invalidade processual, conforme lição de Fredie Didier Junior (*in* Curso de Direito Processual Civil, Volume 1. 11^a ed. Salvador: JusPodium, 2009 - p. 263) "é sanção que somente pode ser aplicada se houver a conjugação do defeito do ato processual (pouco importa a gravidade do defeito) com a existência de prejuízo". Nesse sentido, afirmou o recorrente que o prejuízo decorrente do seu não comparecimento à audiência de oitiva do seu filho, diante da intimação dos seus patronos apenas na véspera do ato, seria a própria concessão da adoção e a destituição do seu poder familiar. Verificou-se, entretanto, que o juízo de primeiro grau, ao julgar procedente a ação, considerou não apenas a anuência do adotando manifestada na prefalada audiência, mas também as provas constantes dos autos, especialmente os relatórios dos estudos sociais realizados, que demonstraram o consentimento do adotando ao pedido. Finaliza, portanto, o Relator no sentido de que "comprovado o descumprimento das obrigações decorrentes do poder familiar por parte do recorrente, conforme art. 1.634 do Código Civil e art. 22 da Lei n.º 8.069/90 (ECA), bem como a existência de vínculo entre adotante e adotado e as reais vantagens que a adoção representa a este, deve ser mantido o Acórdão recorrido pelos seus próprios fundamentos. A pretensão de revisão do abandono do adotando pelo seu genitor esbarra no óbice da Súmula n.º 07/STJ.

8 - A conclusão (identificar o *problema jurídico* e a *problemática*, esta irá embasar o comentário);

O problema jurídico³¹² deste Acórdão é o recurso contra decisão em que foi negado, pelo Relator, provimento ao Recurso Especial interposto contra Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no curso da Ação de Adoção como forma de extensão do poder familiar que lhe moveu L. M. S. V. P., em favor do menor R. B. M.. A petição inicial trata da *Ação de Adoção Unilateral* cumulada com pedido de *Destituição de Poder Familiar* (Art. 148, III, ECA), feita pelo padrasto do adotando, tendo como resultado o deferimento do "pedido".

A problemática³¹³ é referente a adoção de criança, o direito à convivência familiar e o melhor interesse da criança, no sentido de construir um *conceito dogmático* alusivo ao *melhor interesse da criança* em casos de adoção.

O Acórdão em comento³¹⁴ relata a tentativa do pai biológico em não perder o poder familiar em relação ao seu filho e, principalmente, manter a filiação. Pelos Autos do processo, explícitos no relatório do Sr. Ministro Relator, Dr. Paulo De Tarso Sanseverino, ficou demonstrado a ausência do pai biológico e a dedicação do padrasto na criação do adotando, corroborado com a sua manifestação de vontade de ser adotado pelo adotante, ou seja, ficou

³¹² O "problema jurídico" é a questão submetida ao Tribunal (MONEBHURRUN, 2015, p. 91).

³¹³ Trata-se da "perspectiva (jurídica) sob a qual o autor decide estudar o problema jurídico, analisá-lo, comentá-lo e eventualmente criticá-lo" (MONEBHURRUN, 2015, p. 92).

³¹⁴ AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.099.959 - DF (2008/0234034-0). Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21841026/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1099959-df-2008-0234034-0-stj/inteiro-teor-21841027> Acesso em 24set2019.

comprovado que o pai abandonou o filho quando se afastou e não o cuidou, negando-lhe o direito à convivência e descumprindo com suas obrigações, conforme prescreve o art. 22 do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), tendo como consequência a perda do poder familiar prevista no art. 24 do mesmo diploma legal. O Recurso Especial, portanto, verificou: (i) se havia incompetência absoluta da Vara da Infância e da Juventude para processar e julgar ação de adoção como forma de extensão do poder familiar; (ii) se havia cerceamento do direito de defesa do recorrente, ante a sua não participação na audiência de oitiva do adotando, e (iii) a não-demonstração do abandono.

O primeiro argumento do referido Recurso não prosperou em face do art. 148, III do ECA, que prescreve que “a Justiça da Infância e da Juventude é competente para conhecer dos pedidos de adoção e seus incidentes”, e do entendimento jurisprudencial de que “a determinação da competência, em casos de disputa judicial sobre a guarda - ou mesmo a adoção - de infante deve garantir primazia ao melhor interesse da criança, mesmo que isso implique em flexibilização de outras normas” (CC 111.130/SC, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Segunda Seção, DJ de 01.02.2011). A segunda alegação, referente ao cerceamento da defesa, também não foi acatada por não haver alegação de vício a inquinar o depoimento do adotando, bem como o consentimento deste ao pedido de adoção, que foi atestado nos relatórios dos estudos sociais realizados na fase ordinária do processo. Por fim, o terceiro ponto verificado, o abandono do adotando pelo seu genitor, foi reconhecido nas instâncias ordinárias, com base nos fatos e provas dos autos, e a pretensão de revisão deste entendimento esbarra no que estabelece a Súmula n.º 07/STJ. Assim, o Recurso Especial foi *desprovido*, sendo concedido o pedido de adoção unilateral na perspectiva do melhor interesse da criança.

O comentário³¹⁵ que se faz é no sentido de qual é o entendimento mais adequado em atenção ao “melhor interesse da criança”: *ser adotado pelo padrasto ou permanecer filho de seu pai biológico?* Nesse sentido, toda legislação (internacional³¹⁶ e nacional³¹⁷) e jurisprudência³¹⁸ vigente, que regula as relações jurídicas de criança, estabelecem a observância da garantia do seu melhor interesse, no caso em análise foi declaradamente usado esse princípio.

Neste “comentário” faz-se a análise de um argumento que não foi utilizado pelas partes e nem mesmo pelos julgadores da ação de adoção unilateral c/c destituição do poder familiar e os recursos interpostos. Trata-se da possibilidade da concomitância da filiação

³¹⁵ Para Monebhurrin (2015, p. 94) o *comentário* “é apenas um artigo sobre um caso”; no caso desta tese é uma reflexão que faço sobre a decisão num caso de adoção sob a perspectiva do melhor interesse da criança e o seu direito à convivência familiar.

³¹⁶ A exemplo do art. 3º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança/1989, que contempla o princípio do “melhor interesse da criança” ao estabelecer que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o **interesse maior da criança**” (grifo meu); também a Convenção da Haia de 1993 (CH/93), em seu preâmbulo: “Convencidos da necessidade de prever medidas para garantir que as adoções internacionais sejam feitas no **interesse superior da criança** e com respeito a seus direitos fundamentais, [...]” (grifo meu); e no art. 1, alínea *a* da CH/93: “Art. 1. A presente Convenção tem por objetivo: *a*) estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam feitas segundo o **interesse superior da criança** e com respeito aos direitos fundamentais que lhe reconhece o direito internacional” (grifo meu). Estes tratados internacionais foram ratificados pelo Brasil e inseridos no ECA.

³¹⁷ A exemplo da Constituição Federal de 1988, art. 227; e da Lei n. 8.069/90 (ECA), que expressa a salvaguarda da prioridade absoluta e o melhor interesse da criança, destacando sua situação peculiar de pessoa em desenvolvimento, conforme art. 43, que preceitua que “a adoção será deferida quando apresentar **reais vantagens** para o adotando e fundar-se em motivos legítimos” (grifo meu).

³¹⁸ CC 54084/PR, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, Segunda Seção, DJ de 06/11/2006, p. 299; CC 111.130/SC, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Segunda Seção, DJ de 01.02.2011; REsp 245657, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, DJ de 23/06/2003, p. 373; REsp 275.568/RJ, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, Terceira Turma, DJ de 09/08/2004, p. 267.

biológica com a filiação afetiva, estabelecida pela Lei nº 11.294³¹⁹, de 17 de abril de 2009, que tornou possível a inclusão do sobrenome do padrasto ou madrasta nos registros do enteado(a), mesmo sem anuência de um dos pais, também conhecido como paternidade/maternidade socioafetiva.

Pelo ECA o “melhor interesse da criança” é ser criada no seio de sua família natural, mas o princípio da prevalência da família natural, não deve afastar o princípio maior que regulamenta a adoção, qual seja, o do bem-estar ou do melhor interesse da criança. Neste caso em análise, foi alegado que o pai “abandonou” o filho quando se separou da mãe e foi residir em outra cidade, porém a criança continuou tendo contato com a família paterna em virtude de seus pais serem primos. O adotando manifesta sua vontade de ser adotado para ter o nome do pai afetivo. O pai biológico não quer dá-lo em adoção, pois quando ele contesta a ação de adoção, demonstra que o filho não lhe é indiferente, mas o deixou com a mãe, sem dar-lhe qualquer atenção, portanto, não exerceu poder familiar e cumpriu as obrigações que decorrem dele. Nesse sentido faz-se os seguintes questionamentos: será que a perda do poder familiar não seria suficiente para punir o pai biológico?; será que o filho não se sentirá mais abandonado se o pai biológico não “lutar” para que ele continue seu filho?; será que é melhor para a criança deixar de ser neto dos seus avós paternos?; o melhor interesse da criança não estaria em ter dois pais?

A Lei 11.924/2009, está fundada no princípio da dignidade da pessoa humana a fim de admitir a existência de uma nova espécie de paternidade/maternidade estribada no amor e afeto, sentimentos que hodiernamente caracterizam as relações familiares, possibilitando, assim, o(a) enteado(a) adicionar em sua certidão de nascimento o nome³²⁰ do(a) padrasto/madrasta, proporcionando às novas famílias a “posse de estado de filho”³²¹. Esta lei autoriza, portanto, o acréscimo de sobrenomes como forma de reconhecimento e prestígio às relações de amor/afeto. Nesse sentido, o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

a pessoa que modificou o seu nome, para acrescer o do padrasto ou madrasta, continua a ser filho de seus pais, de quem irá suceder e reclamar alimentos e demais efeitos jurídicos, apenas passando a ter, em seu nome (que é direito da personalidade), a referência ao parente por afinidade. Dúvida não há de que o fundamento dessa possibilidade é o afeto existente entre as partes (Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB. Salvador, Jus Podivm, 2013, p. 293).

No caso das famílias reconstituídas (*pluriparentais*) dentro do contexto da multiplicidade de vínculos estabelecidos, a criança poderá ser beneficiada em afetividade e numa ampla rede de cuidados, mas para isto acontecer, os familiares envolvidos (biológicos e socioafetivos) deverão ter consciência de que o melhor para todos é agregar muito amor e cuidado às crianças presentes nessa nova realidade familiar, sem direito a exclusividade do amor de uns em detrimento dos outros.

Diante dos argumentos apresentados no Acórdão analisado, onde o padrasto quer adotar, a criança quer ser filha do padrasto e o pai biológico não quer dá-la em adoção (art. 45,

³¹⁹ Altera o art. 57 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. O art. 2º prescreve que o art. 57 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar acrescido do seguinte § 8º: “O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.” (NR)

³²⁰ Trata-se do nome de família, também denominado de patronímico ou sobrenome.

³²¹ A posse do estado de filho é o instituto que representa a filiação afetiva, onde, embora não haver o vínculo biológico, se forma relação de afeto entre padrasto/madrasta e enteado(a).

caput, do ECA), entende-se que a solução adequada ao caso seria o reconhecimento da filiação afetiva, via Lei 11.924/2009, entre o padrasto e enteada, onde este teria o sobrenome daquele acrescentado em sua certidão de nascimento, e o pai biológico continuaria com o vínculo da filiação, não havendo a ruptura com a família paterna³²², dando nova oportunidade a uma aproximação entre o filho e seu pai biológico, em atenção ao melhor interesse da criança, que tem o direito fundamental de ser criada e educada no seio da sua família natural (art. 19 do ECA).

A consideração que se traz é do benefício da convivência da criança com os avós, tios e primos (maternos e paternos), pois excluir parentes e pessoas de referência próxima pode prejudicar a sua formação (sentimento de rejeição), de modo que o seu círculo pessoal se estenda para além dos pais biológicos, neste caso à família do pai afetivo, sem a exclusão do pai natural.

Decisão 04³²³

1 - Nome do Tribunal: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – 3ª TURMA

2 - Data da decisão: DJe 03/06/2013

3 - Identificação da Decisão:

MEDIDA CAUTELAR Nº 20.264 - RJ (2012/0245464-0)

RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

REQUERENTE: M P DE A C

REQUERENTE: M A DOS S D

ADVOGADO: MÁRCIA MALAFAIA R DE FIGUEIREDO - DEFENSORA PÚBLICA

REQUERIDO: A F DOS S

REQUERIDO: J C B F

4 - Os fatos: Pedido de medida cautelar, com pedido de liminar, em processo de “ação de adoção c/c destituição do poder familiar”, requerendo atribuição de efeito suspensivo a recurso especial pendente de juízo de admissibilidade. Este pedido, portanto, foi ajuizado por M. P. de A. C. e M. A. dos S. D. objetivando a concessão de efeito suspensivo a recurso especial, interposto em 1º de novembro de 2012, ainda pendente de exame de admissibilidade pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Trata-se de medida excepcional, entendendo pelo afastamento das súmulas nº 634 e nº 635 do STF. Como precedentes arguiu-se a presença dos requisitos da medida de urgência, havendo manifesta ilegalidade ou irregularidade, pois na ação de adoção c/c pedido de destituição do poder familiar foi concedida revogação abrupta da prorrogação da guarda provisória deferida aos pais adotivos desde o terceiro dia de vida da criança. Entendeu o Relator que o interesse da criança que deve ser protegido de sucessivas mudanças de lar, inerente prejuízo emocional imputado a ela.

EMENTA MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. MEDIDA EXCEPCIONAL. AFASTAMENTO DAS SÚMULAS Nº 634 E Nº 635 DO STF. PRECEDENTES. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA MEDIDA DE URGÊNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA. AÇÃO DE ADOÇÃO CUMULADA COM PEDIDO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. REVOGAÇÃO ABRUPTA DA PRORROGAÇÃO DA GUARDA PROVISÓRIA DEFERIDA AOS PAIS

³²² Levando-se em conta que a adoção rompe com os vínculos da família biológica, pois “o registro de nascimento original do adotado é cancelado. Ficando no esquecimento a sua origem biológica. O rompimento do vínculo biológico é um dos efeitos da sentença” (CASTRO, Luiz Carlos, 2019, p. 934).

³²³ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23358859/medida-cautelar-mc-20264-rj-2012-0245464-0-stj/inteiro-teor-23358860>. Acesso em 12 agosto 2019.

ADOTIVOS DESDE O TERCEIRO DIA DE VIDA DA MENOR. INTERESSE DA CRIANÇA QUE DEVE SER PROTEGIDA DE SUCESSIVAS MUDANÇAS DE LAR. INERENTE PREJUÍZO EMOCIONAL IMPUTADO AO MENOR. 1. A competência do Superior Tribunal de Justiça para a apreciação de medida cautelar, objetivando concessão de efeito suspensivo a recurso especial, instaura-se após ultrapassado o juízo de admissibilidade, a cargo do tribunal de origem. 2. A atribuição, em caráter excepcional, de efeito suspensivo a recurso especial, pendente de juízo de admissibilidade, depende da presença cumulativa dos requisitos do periculum in mora e do fumus boni iuris, aliados à teratologia ou à manifesta ilegalidade da decisão. 3. A verificação dos requisitos autorizadores da concessão da medida cautelar está relacionada diretamente com a probabilidade de êxito do recurso especial, de modo que conveniente o exame da viabilidade do apelo extremo, ainda que de modo superficial. 4. No caso dos autos, em um exame perfunctório, constata-se a plausibilidade jurídica do recurso especial, porquanto manifesta a possibilidade de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa e evidenciada a iminência do cumprimento do mandado de execução do julgado que determinou a entrega da menor aos pais biológicos sem a oitiva da família substituta. 5. Hipótese em que o menor deve ser protegido de sucessivas trocas de guarda e mudanças de lar que podem acarretar prejuízos a sua saúde e estabilidade emocional. 6. Medida cautelar procedente.

ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, julgar procedente a medida cautelar, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 28 de maio de 2013(Data do Julgamento) Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

O Relator inferiu dos autos que o juízo de primeira instância, em sede de ação de adoção cumulada com pedido de destituição do poder familiar, deferiu o pedido de prorrogação da guarda provisória da adotanda, nascida em 5/09/2011, pelo prazo de 120 dias aos ora requerentes. Em desfavor dessa decisão, os requeridos, pais biológicos da criança, propuseram agravo de instrumento, alegando, em síntese, que tal medida lhes causaria grave lesão porque impediria a convivência com a filha, devendo ser observado o direito de ser criada no seio da sua família natural. O recurso foi provido pelo Tribunal de origem em 1º de agosto de 2012, nos termos da seguinte ementa:

DIREITO DE FAMÍLIA - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ADOÇÃO E DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR - PRORROGAÇÃO DA GUARDA PROVISÓRIA - INCONFORMISMO - CRIANÇA DEVE SER CRIADA E EDUCADA EM SUA FAMÍLIA NATURAL. 1. Recurso contra decisão que deferiu a prorrogação da guarda provisória de menor aos agravados. 2. Medida causadora de lesão grave e de difícil reparação que fere preceito constitucional. 3. Convivência familiar que deve ser assegurada. 4. Provimento (e-STJ fl. 274 - grifou-se).

Os requerentes opuseram embargos de declaração com a finalidade de prequestionamento de dispositivos legais, os quais foram rejeitados (e-STJ fls. 286-287). Inconformados, interpuseram recurso especial, fundamentado no art. 105, III, *a e c*, da CF/88, no qual sustentam, além de dissídio jurisprudencial, violação dos artigos 535, 247, 248 e 527, III e V, do Código de Processo Civil, alegando que ficou evidente o cerceamento de defesa aos recorrentes, por não ter sido dada a oportunidade de rebater os argumentos constantes do agravo e, sobretudo, expor sua versão dos fatos, o que possibilitaria ao relator uma melhor compreensão da situação em que se encontram as partes; que esse prejuízo se mostra evidente, considerando tratar-se de decisão envolvendo a guarda de criança de tenra idade, e que se encontra sob a guarda dos recorrentes (adotantes) desde o seu nascimento, se mostrando de extrema relevância a oitiva destes últimos sobre as especiais circunstâncias que envolvem todos

os aspectos da questão; que a eventual urgência não justificaria a ausência de intimação, considerando que foi negado o efeito suspensivo, assim como a antecipação de tutela pretendida. Ressalte-se, ainda, como apropriadamente aduzido nos Embargos de Declaração, não foi a Defensoria Pública Tabela, que defende os interesses dos agravados, intimada dos atos processuais praticados, como se deu em relação ao órgão que patrocina os agravantes, deixando de ser observado, quanto à esse aspecto, as prerrogativas de intimação pessoal dos Defensores Públicos, a teor da Lei Complementar 132/2009, em seus artigos 128, I e VII, o que implica, conseqüentemente, na violação dos artigos 248 e 148 do Código de Processo Civil.

Na medida cautelar que ora se apresenta, os requerentes buscam a concessão da medida *initio litis* a fim de atribuir efeito suspensivo ao recurso especial ainda pendente de admissibilidade pelo TJRJ, suspendendo-se os efeitos do acórdão recorrido que determinou, com fundamento no art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a retirada da adotanda, atualmente com quase dois anos de idade, e que vive desde o terceiro dia de vida com os adotantes, para sua entrega aos pais biológicos. Embasaram o *fumus boni iuris* na violação do princípio do contraditório e quanto ao *periculum in mora*, aduzem a iminência do cumprimento da decisão judicial, alegando que:

[...] no caso dos autos, a plausibilidade do direito alegado em sede de recurso especial está a caracterizar a presença do *fumus boni iuris*, assim como a irreversibilidade das conseqüências do afastamento sumário da menor daqueles que a tem sob seus cuidados desde o momento de seu nascimento, portanto, há mais de um ano traduzem o *periculum in mora*, requisitos indispensáveis e satisfeitos ao deferimento da liminar do pleito deduzido na presente Medida Cautelar (e-STJ fl. 6).

Foi deferida a liminar pelo Sr. Ministro Relator (e-STJ fls. 306-311), em 29 de novembro de 2012, por entender estarem presentes os requisitos autorizadores da medida excepcional, afastando, no caso concreto, as Súmulas 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal pela possibilidade da decisão que se pretende suspender incorrer em ilegalidade ou teratologia.

Ao se manifestar, o representante do Ministério Público Federal, o Subprocurador da República Durval Tadeu Guimarães, pugnou pela procedência da cautelar.

Os pais biológicos não apresentaram contestação. Feito o Relatório acima exposto, o Relator apresentou seu voto julgando procedente a medida cautelar, mantendo íntegra a medida liminar deferida, para suspender a execução provisória do acórdão proferido pelo Tribunal de origem, conforme requerido (e-STJ fl. 6). Assim, acompanhando o voto do Relator, a Terceira Turma decidiu, por unanimidade, “julgar **procedente** a medida cautelar, nos termos do voto do Sr. Relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva”. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

5 - O Processo (descrever a história judiciária do caso e verificar se foram esgotadas as vias de recursos internos);

- Ação de adoção c/c pedido de destituição do poder familiar, em preliminar foi pedido a prorrogação da guarda provisória da adotanda, nascida em 05/09/2011, pelo prazo de 120 dias; sendo esta deferida aos adotantes.

- Em desfavor dessa decisão, os pais biológicos da criança propuseram **agravo de instrumento**, alegando que tal medida lhes causaria grave lesão porque impediria a sua convivência com a filha, devendo ser observado o direito desta de ser criada no seio da sua família natural; O recurso foi provido pelo Tribunal de origem, em 1º de agosto de 2012;

- Os requerentes do pedido de adoção opuseram **embargos de declaração** com a finalidade de prequestionamento de dispositivos legais, os quais foram rejeitados;

- Inconformados, interpuseram **recurso especial**, fundamentado no art. 105, III, *a e c*, da CF/88, no qual sustentam, além de dissídio jurisprudencial, violação dos arts. 535, 247, 248 e 527, III e V, do CPC, em virtude do “cerceamento de defesa”, por não ter sido dada a oportunidade do contraditório, no sentido de rebater os argumentos constantes do agravo e, sobretudo, expor sua versão dos fatos; este ainda pendente de admissibilidade pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ);

- Foi ajuizada a **medida cautelar**, por M. P. de A. C. e M. A. dos S. D, pedindo a concessão de efeito suspensivo a recurso especial, interposto em 1º de novembro de 2012, ainda pendente de exame de admissibilidade pelo TJRJ, contra acórdão proferido em sede de agravo de instrumento. Na medida cautelar apresentada, os requerentes buscam a concessão da medida *initio litis* a fim de atribuir efeito suspensivo ao recurso especial ainda pendente de admissibilidade, suspendendo-se os efeitos do acórdão recorrido que determinou, com fundamento no artigo 19 do ECA, a retirada de criança, atualmente com quase dois anos de idade, e que vive desde o terceiro dia de vida com os pais adotivos, para sua entrega aos pais biológicos; embasaram o *fumus boni iuris* na plausibilidade jurídica das alegações postas no recurso especial e o *periculum in mora* em decorrência da iminência do cumprimento da decisão judicial provida pelo Tribunal de origem em 1º de agosto de 2012. Foi deferida liminar pelo Relator (e-STJ fls. 306-311), em 29 de novembro de 2012, por considerar presentes os requisitos autorizadores da medida excepcional, afastando, no caso concreto, as Súmulas 634 e 635 do STF pela possibilidade da decisão que se pretende suspender incorrer em ilegalidade ou teratologia.

Em manifestação, o representante do Ministério Público Federal (MPF), o Subprocurador da República Durval Tadeu Guimarães, pugnou pela procedência da cautelar, sob os argumentos de que o acórdão em agravo de instrumento que revogou a prorrogação de guarda provisória deferida aos pais requerentes da adoção, a qual vigorava desde o terceiro dia de vida da criança, demonstra a *fumaça do bom direito* e a *possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação*, pois a criança deve ser protegida de sucessivas trocas de guarda e mudanças de lar que podem acarretar prejuízos a sua saúde e estabilidade emocional (e-STJ, fl. 337).

6 - Os argumentos das partes (resumo dos argumentos de quem está inconformado e de quem responde);

Os argumentos a serem apresentados foram retirados do Relatório e do Voto do Relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, presentes no acórdão que deferiu a medida cautelar ora analisada.

O casal M. P. de A. C. e M. A. dos S. D. ingressou com Ação de Adoção c/c Destituição do Poder Familiar em juízo de primeira instância, que deferiu, em preliminar, o pedido de prorrogação da guarda provisória da bebê adotanda pelo prazo de 120 dias aos ora requerentes, argumentando que a mesma lhes foi entregue pela mãe biológica, que agiu sozinha, logo após o nascimento de sua filha, entregando a criança R. aos adotantes, no seu terceiro dia de vida; que somente após, já em juízo, houve o reconhecimento formal da paternidade por parte do pai biológico.

Contestando a preliminar, os pais biológicos da criança, dizendo que estão vivendo juntos e querem criá-la, propuseram “Agravo de Instrumento”, arguindo que tal medida lhes causaria grave lesão porque impediria a convivência com a filha, devendo ser observado o direito dela ser criada no seio da sua família natural. A mãe biológica manifesta seu arrependimento com relação à 'entrega para adoção'; também na audiência especial, o pai biológico afirmou que pretende criar a sua filha, juntamente com a genitora. Os agravantes esclarecem, em juízo, que vivem juntos, após período de separação ocorrido durante a gravidez da recorrente, tendo o genitor declinado que não sabia da gravidez de sua companheira. Disseram ainda que têm outro filho menor em comum, G., nascido em 24.08.2009, que se

encontra em sua companhia. O arrependimento da mãe biológica se deu de maneira eficaz, considerando o escopo atual da legislação da matéria em regência, e quanto ao pai biológico, nem ao menos se tratou de arrependimento, vez que o reconhecimento da paternidade se deu diante o juízo.

Em análise ao caso concreto, considerando que os agravantes vivem em família com outro filho menor em comum, sob os cuidados paternos e maternos adequados, o Tribunal decidiu não haver risco à incolumidade física e psicológica da criança R. com retorno ao lar da família biológica. Mediante esses fatos, o Agravo foi provido pelo TJRJ.

Em recurso, os *adotantes-requerentes* opuseram Embargos de Declaração questionando dispositivos legais, sendo os embargos rejeitados. Inconformados, interpuseram **recurso especial**, no qual sustentaram, além de dissídio jurisprudencial, violação dos artigos 535, 247, 248 e 527, III e V, do CPC, alegando que houve cerceamento de defesa, por não ter sido dada a oportunidade de rebater os argumentos constantes do agravo e, sobretudo, expor sua versão dos fatos, o que, certamente, possibilitaria ao Relator uma melhor compreensão da situação fática; que tal prejuízo se evidencia por tratar-se de decisão envolvendo a guarda de criança de tenra idade, e que se encontra sob a guarda dos recorrentes desde o seu nascimento, se mostrando de extrema relevância a sua oitiva sobre as especiais circunstâncias que envolvem todos os aspectos da questão; que eventual urgência não justifica a ausência de intimação, considerando que foi negado o efeito suspensivo, assim como a antecipação de tutela pretendida; ressaltam, ainda, como apropriadamente aduzido nos Embargos de Declaração, não ter sido a Defensoria Pública Tabelar³²⁴, que defende os interesses dos agravados, intimada dos atos processuais praticados, como se deu em relação aos patrocinadores dos agravantes, deixando de ser observado, quanto a esse aspecto, as prerrogativas de intimação pessoal dos Defensores Públicos (art. 128, I e VII da Lei Complementar 132/2009), o que implica, também, na violação dos artigos 248 e 148 do CPC.

Na **Medida Cautelar** que se está analisando, os requerentes buscam a concessão de preliminar a fim de atribuir efeito suspensivo ao recurso especial, ainda pendente de exame de admissibilidade pelo TJRJ, suspendendo-se os efeitos do acórdão recorrido que determinou a entrega da criança aos pais biológicos. Embasaram o *fumus boni iuris* na plausibilidade jurídica das alegações postas no recurso especial (violação do contraditório), e no *periculum in mora* aduzindo a iminência do cumprimento da decisão judicial (entrega da adotanda aos pais biológicos), requisitos indispensáveis e satisfeitos ao deferimento da liminar do pleito deduzido na presente Medida Cautelar. A liminar foi deferida.

7 - O problema jurídico (normas aplicáveis, fundamentação legal e jurisprudencial);

Referência Legislativa

ECA/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 19.

Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF): 634 e 635

Jurisprudência Citada

Agravo de Instrumento - Intimação para Contrarrazões - Princípio do Contraditório - STJ - AgRg no REsp 1092621-PR, REsp 1252702-RJ

Medida Cautelar – Requisitos Presentes - Prevalência do Interesse do Menor - STJ - AgRg na MC 18329-SC

Trata-se de um Processo referente ao pedido de adoção (arts. 41 e 148 do ECA) c/c destituição do poder familiar (art. 155 do ECA), que em liminar o juiz concedeu a prorrogação da guarda provisória da adotanda por 120 dias; inconformados, os pais biológicos recorreram via agravo de instrumento, que revogou a prorrogação de guarda provisória deferida aos pais

³²⁴ Trata-se do “Defensor designado para orientação e defesa de outro acusado, em que haja colidência de versões dos fatos apresentados nos depoimentos dos réus em um mesmo processo” (TJERJ, 2019, p. 23). GLOSSÁRIO INTRANET – 20/09/2019. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/54085/glossario.pdf?v=12> Acesso em 13 de março de 2020.

adotivos, mediante alegação que tal medida lhes causaria grave lesão porque impediria a convivência com a filha, devendo ser observado o direito de ser criada no seio da sua família natural (art. 19 do ECA).

O problema jurídico deste Acórdão se refere a Medida Cautelar com pedido de atribuição de efeito suspensivo a recurso especial pendente de juízo de admissibilidade, por isto o afastamento das súmulas nº 634 e nº 635 do STF; precedentes: presença cumulativa dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, aliados à teratologia ou à ilegalidade da decisão, porquanto manifesta a possibilidade de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa e evidenciada a iminência do cumprimento do mandado de execução do julgado que determinou a entrega da criança aos pais biológicos sem a oitiva da família substituta, que está com a criança desde o seu terceiro dia de vida; entendendo que o melhor interesse da criança é que deve ser protegida de sucessivas trocas de guarda e mudanças de lar que podem acarretar prejuízos a sua saúde e estabilidade emocional. Consta-se a plausibilidade jurídica do tema em apreço no recurso interposto pelos requerentes, pelo menos no que tange à necessidade de realização do princípio do contraditório e da ampla defesa no caso concreto, porquanto não intimados para apresentar contraminuta ao agravo de instrumento que foi recebido pelo TJRJ, assim a jurisprudência do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO DO ARTIGO 522 DO CPC. DECISÃO DO RELATOR DANDO PROVIMENTO AO RECURSO. ARTIGO 557, § 1º-A, DO CPC. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE AGRAVADA PARA RESPOSTA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. AGRAVO IMPROVIDO (REsp 1148296/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 28/09/2010). [...] Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no REsp nº 1.092.621/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 23/05/2012).
PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 527, V, DO CPC. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO AGRAVADO PARA RESPOSTA. OBRIGATORIEDADE. NULIDADE. RESP 1148296/SP. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (REsp nº 1.252.702/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 14/06/2011).

O Recurso Especial foi fundamentado no art. 105, III, *a* e *c*, da CF/88, no qual sustentam, além de dissídio jurisprudencial, violação dos arts. 535, 247, 248 e 527, III e V, do CPC, pois não foi a Defensoria Pública Tabela, que defende os interesses dos agravados, intimada dos atos processuais praticados, como se deu em relação ao órgão que patrocina os agravantes, deixando de ser observado, quanto à esse aspecto, as prerrogativas de intimação pessoal dos Defensores Públicos, a teor da Lei Complementar 132/2009, em seu art. 128, I e VII, havendo, conseqüentemente, a violação, também, dos arts. 248 e 148 do CPC.

O parecer do opinião do Ministério Público Federal (MPF) entende que a medida cautelar deve ser deferida; que embora a regra seja a não apreciação pelo STJ de ação cautelar que objetive concessão de efeito suspensivo a recurso especial antes de realizado o juízo de admissibilidade no tribunal *a quo* (art. 800, parágrafo único, do CPC e Súmulas 634 e 635 do STF), a jurisprudência do STJ tem admitido o manejo da medida cautelar, pendente do primeiro juízo de admissibilidade, para o fim descrito, desde que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, aliados à teratologia ou manifesta ilegalidade da decisão recorrida. Ademais, segundo a jurisprudência do STJ, “**o menor deve ser protegido de sucessivas trocas de guarda e mudança de lar que podem acarretar prejuízo a saúde e estabilidade emocional**” (AgRg na MC nº 10.531/SP; AgRg na MC nº 5.966/MG; MC nº 4.877/GO).

O interesse da criança deve prevalecer no caso concreto, como se afere do seguinte julgado:

PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR VISANDO A ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. ANULAÇÃO DE REGISTRO. PERDA DO PODER FAMILIAR. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. POSSIBILIDADE. Agravo na medida cautelar provido, para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto pelos agravantes, com determinação de imediata busca e apreensão de L.V.M., e sua restituição ao lar do agravante (AgRg na MC nº 18.329/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 28/11/2011).

No seu voto, o Relator entende pela plausibilidade jurídica da matéria em apreço no recurso interposto pelos requerentes, pelo menos no que tange à necessidade de realização do princípio do contraditório e da ampla defesa no caso concreto, por não terem sido intimados para apresentar contraminuta ao agravo de instrumento, que foi recebido pelo Tribunal estadual, o que entende a jurisprudência do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO DO ARTIGO 522 DO CPC. DECISÃO DO RELATOR DANDO PROVIMENTO AO RECURSO. ARTIGO 557, § 1º-A, DO CPC. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE AGRAVADA PARA RESPOSTA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. AGRAVO IMPROVIDO 1. A Corte Especial, no julgamento do Resp 1.148.296/SP submetido ao regime dos recursos repetitivos, decidiu que: "**A intimação da parte agravada para resposta é procedimento natural de preservação do princípio do contraditório, nos termos do art. 527, V, do CPC, in verbis: 'Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído 'incontinenti', o Relator: (...) V - mandar intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de dez (10) dias (art. 525, § 2º), facultando-lhe juntar a documentação que entender conveniente, sendo que, nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial.'**" 2. A dispensa do referido ato processual ocorre tão-somente quando o relator nega seguimento ao agravo (art. 527, I), uma vez que essa decisão beneficia o agravado, razão pela qual conclui-se que a intimação para a apresentação de contra-razões é condição de validade da decisão que causa prejuízo ao recorrente. (REsp 1148296/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 28/09/2010). 2. Na hipótese, o Desembargador relator deu provimento ao agravo de instrumento, liminarmente, sem que tivesse sido dado à parte *ex adversa* o direito ao contraditório, restando inválida a decisão e o acórdão recorrido que a manteve. 3. Ademais, como o agravante dispõe do prazo de 3 dias para comunicar o juízo acerca da interposição do agravo de instrumento, da mesma forma deve o agravado dispor de prazo para a arguição da irregularidade contida no art. 526, parágrafo único, do CPC, sob pena de se conferir tratamento diverso às partes, em evidente prejuízo ao princípio da paridade de armas, que rege o ordenamento processual pátrio. 4. O descumprimento do mandamento legal previsto no artigo 526 do CPC é repellido por esta Corte, culminando no não conhecimento do agravo de instrumento, desde que suscitado pelo agravado no momento processual oportuno. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no REsp nº 1.092.621/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 23/05/2012 - grifou-se).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 527, V, DO CPC. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO AGRAVADO PARA RESPOSTA. OBRIGATORIEDADE. NULIDADE. RESP 1148296/SP. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. 1. Restou consolidado, nesta Corte Superior, por meio de julgamento de recurso representativo de controvérsia, o entendimento no sentido de que, na hipótese do artigo 557, § 1º-A, do CPC, é **imprescindível, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a intimação do agravado para apresentação de contrarrazões ao agravo de instrumento, sob pena de violação ao artigo 527, inciso V, do CPC.** 2. Recurso especial provido" (REsp nº

1.252.702/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 14/06/2011 - grifou-se).

Em relação ao melhor interesse da criança, objeto deste estudo, assim posicionou-se o Relator:

No tocante ao perigo de dano irreversível ou de difícil reparação, está evidenciada a iminência de cumprimento do mandado de execução do julgado que determinou a entrega da menor aos pais biológicos sem a oitiva da família substituta. Por outro lado, o interesse do menor deve prevalecer no caso concreto, como se afere do seguinte julgado:

"PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR VISANDO A ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. ANULAÇÃO DE REGISTRO. PERDA DO PODER FAMILIAR. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A medida cautelar que busca emprestar efeito suspensivo a recurso especial, de regra, só poderá ser apreciada se houver prévio juízo de admissibilidade do recurso especial, pelo Tribunal de origem. 2. Excepcionalmente, porém, é possível sua análise pelo STJ sempre que se constate a concomitante existência de uma decisão manifestamente ilegal, a plausibilidade do recurso especial e a existência de evidente risco de perecimento do direito pleiteado, em decorrência da natural demora do curso normal do recurso especial. 3. Salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, não se pode conceber que o acolhimento institucional ou acolhimento familiar temporário, em detrimento da manutenção da criança no lar que tem como seu, traduza-se como o melhor interesse do infante. 4. **Ressalvada a existência de situações de evidente risco para os menores, nos processos em que haja disputa pela custódia física de uma criança, devem ser evitadas determinações judiciais de alterações de guarda e, conseqüentemente, de residência das crianças ou adolescentes, para preservá-las dos fluxos e refluxos processuais.** 5. Agravo na medida cautelar provido, para atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto pelos agravantes, com determinação de imediata busca e apreensão de L.V.M., e sua restituição ao lar do agravante" (AgRg na MC nº 18.329/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 28/11/2011 - grifou-se).

Também argumenta o Relator, que a guarda da criança só poderia ser retirada após a apresentação das razões dos adotantes; que admitir-se a busca e apreensão da adotanda, transferindo-a aos pais biológicos, **antes de decisão definitiva do juízo sobre a validade do ato jurídico da adoção**, possibilitaria prejuízo do bem-estar físico e psíquico da criança, com risco de danos irreparáveis à formação de sua personalidade, exatamente na fase em que se encontra mais vulnerável, circunstância que não encontra amparo em qualquer princípio ou regra do ordenamento pátrio. Justifica seu posicionamento respaldado pela doutrina:

O Judiciário não pode ignorar as mudanças do comportamento humano no campo do direito de família. O fetichismo das normas há de ceder à justiça do caso concreto, quando o juiz tem que optar entre o formalismo das regras jurídicas e a realização humana e mais socialmente útil do direito. Na dúvida, há sempre que escolher a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. Nesse dilema **entre privilegiar a verdade biológica e a sócio-afetiva, ainda que sobre aquela não paire quaisquer dúvidas em razão do exame de DNA, é possível ficar com a segunda em detrimento da primeira.** Para isso, não é necessário grande esforço de raciocínio, mas **uma simples ponderação teleológica, segundo a qual, da aplicação do direito, não deve resultar injustiças.** (CAMBI, Eduardo. O paradoxo da verdade biológica e sócio-afetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame do DNA, na hipótese de 'adoção à brasileira". In Revista de Direito Privado. Coordenação Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. v. 4, n. 13, ano 4 - janeiro-março 2003, pág. 87 - grifou-se)

Finaliza seu voto colocando “que a adoção não existe apenas para promover a satisfação do interesse do adotante, mas visa, sobretudo, à constituição de família substituta a criança, com intuito de possibilitar seu desenvolvimento como ser humano”. Sendo que o provimento cautelar objetiva o resguardo do resultado útil do processo, estando presentes a *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, julga pelo deferimento do pedido até o julgamento do recurso especial pendente de admissibilidade, dando procedência a medida cautelar, mantendo íntegra a medida liminar deferida, para suspender a execução provisória do acórdão proferido pelo TJRJ, conforme requerido.

8 - A conclusão (identificar o *problema jurídico* e a *problemática*, esta irá embasar o *comentário*);

A construção deste *comentário* se dá para construção dogmática de um entendimento jurisprudencial do significado do princípio do “melhor interesse da criança”, a partir da vigência da *lei da adoção* aprovada em agosto de 2009 (Lei N. 12.010/09), a qual “dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças” (art. 1º).

O *problema jurídico* do Acórdão em análise é referente a uma situação de alteração de guarda numa ação de adoção c/c destituição do poder familiar, onde os adotantes estão com a guarda do adotando desde o seu terceiro dia de nascido, e o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro (Tribunal de origem), em desfavor do pedido deferido aos adotantes (pelo juízo singular), referente a prorrogação da guarda provisória da adotanda (art. 33, § 1º do ECA), pelo prazo de 120 dias, concedeu “provimento ao recurso” dos pais biológicos, via decisão de agravo de instrumento, sob alegação que “a prorrogação da guarda lhes causaria grave lesão porque impediria a sua convivência com a filha, devendo ser observado o direito de ser criada no seio da sua família natural” (art. 19 do ECA).

Os requerentes do pedido de adoção opuseram embargos de declaração com a finalidade de prequestionamento de dispositivos legais, os quais foram rejeitados. Inconformados, interpuseram recurso especial, no qual sustentam, além de dissídio jurisprudencial, violação dos art. 535, 247, 248 e 527, III e V, do CPC, em virtude do “cerceamento de defesa”, por não ter sido dada a oportunidade do contraditório, no sentido de rebater os argumentos constantes do agravo e, sobretudo, expor sua versão dos fatos. Estando este ainda pendente de admissibilidade pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), foi ajuizada a **medida cautelar** pelos adotantes, pleiteando a concessão de efeito suspensivo a recurso especial contra acórdão proferido em sede de agravo de instrumento.

Assim, na medida cautelar, objeto desta análise, os requerentes buscam a concessão da medida *initio litis* a fim de atribuir efeito suspensivo ao referido recurso especial, pleiteando em relação aos efeitos do acórdão recorrido que determinou, com fundamento no art. 19 do ECA, a retirada da criança, atualmente com quase dois anos de idade, que vive desde o terceiro dia de vida com os adotantes, para sua entrega aos pais biológicos; para tanto, embasaram o *fumus boni iuris* na plausibilidade jurídica das alegações postas no recurso especial (não foi dada a oportunidade do contraditório) e o *periculum in mora* aduzindo a iminência do cumprimento da decisão judicial (a entrega da criança aos pais biológicos), pois só mediante tal argumento justifica-se o afastamento das súmulas 634 e 635 do STF.

A *problemática* estabelecida para este *comentário* é referente a adoção, o direito à convivência familiar e o melhor interesse da criança, no sentido de construir um *conceito dogmático* referente ao *melhor interesse da criança* em casos de adoção.

O pedido de adoção c/c destituição do poder familiar é legítimo em face da mãe biológica ter entregado sua filha para os adotantes desde o seu terceiro dia de vida (art. 45 do ECA), embora a resistência do juízo singular (juiz, equipe multidisciplinar e Ministério Público) com a adoção *intuito persona*, em virtude do Cadastro Nacional de Adoção (art. 50 do

ECA). Acontece que hodiernamente a relação familiar está embasada na *socioafetividade* e a legislação pátria não impede que os pais escolham quem querem que crie seu filho.

A celeuma que levou à medida cautelar, se estabeleceu quando a mãe biológica se arrependeu de ter dado a filha, e, juntamente com o pai, a quer de volta para ser criada no seio de sua família natural ao lado de seu irmão mais velho, estando amparada pelo art. 19 do ECA. Acontece que foi dado, em juízo preliminar, a prorrogação da guarda para os adotantes, a qual foi modificada pela decisão obtida pelos pais via agravo de instrumento, que acatou o pedido de entrega da adotanda aos pais biológicos, mas os adotantes inconformados recorreram por não terem sido intimados para se defenderem, ou seja rebaterem “os argumentos constantes do agravo” expondo sua versão dos fatos, em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Também, levando em consideração que para a criança seus pais são os adotantes, pois só teve relação familiar de filiação com eles.

O voto do Relator aborda todas essas questões e reconhece o cerceamento de defesa dos adotantes, entendendo que a criança deva permanecer na guarda dos adotantes, pois trata-se de uma questão formal que coincide com o melhor interesse da criança em permanecer com a família substituta até a decisão final do pedido de adoção, no sentido de evitar “sucessivas mudanças de lar” (art. 39, § 3º do ECA).

Entende-se, nesse sentido, que os pais biológicos poderiam exercer o direito de visitas previsto no § 4º do art. 33 do ECA, uma vez que as ações realizadas para a proteção integral da criança devem ser norteadas seguindo o *princípio do melhor interesse da criança*, que deve ser analisado considerando cada caso concreto, pois a natureza desse princípio é abrangente e indeterminada, e neste caso correspondeu a Terceira Turma do STJ analisar os fatos, no sentido da prevalência sempre a melhor situação para a criança (*vide* art. 100, IV do ECA – “interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;”).

Decisão 05³²⁵

1 - Nome do Tribunal: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – 3ª TURMA

2 - Data da decisão: DJe 03/11/2014

3 - Identificação da Decisão:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.448.969 - SC (2014/0086446-1)

RELATOR: MINISTRO MOURA RIBEIRO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RECORRIDO: C R DO R

RECORRIDO: A I DO R

ADVOGADOS: INAURA ORZECOWSKI MARIA IOLANDA PETERS

INTERES.: M C M

INTERES.: M I DO R

4 - Os fatos;

Trata-se de Recurso Especial ao STJ em Processo de Adoção c/c Destituição do Poder Familiar movida pelos ascendentes (avós maternos) que já exerciam a paternidade socioafetiva. Foi dada sentença em acórdão estadual pela procedência do pedido. A mãe biológica foi adotada aos oito anos de idade, estava grávida do adotando. Alegação de negativa de vigência ao art. 535 do CPC/73, pois é entendimento do Tribunal de ausência de omissão,

³²⁵ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153483652/recurso-especial-resp-1448969-sc-2014-0086446-1/relatorio-e-voto-153483664>. Acesso em 04 abril 2020.

obscuridade ou contradição no Acórdão recorrido. Já o Ministério Público alega em recurso a violação dos arts. 39, § 1º, 41, *caput*, 42, § 1º e 43, todos da lei n.º 8.069/90 (ECA), bem como do art. 267, VI, do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73).

EMENTA ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR MOVIDA PELOS ASCENDENTES QUE JÁ EXERCIAM A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SENTENÇA E ACÓRDÃO ESTADUAL PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MÃE BIOLÓGICA ADOTADA AOS OITO ANOS DE IDADE GRÁVIDA DO ADOTANDO. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SUPOSTA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 39, § 1º, 41, CAPUT, 42, §§ 1º E 43, TODOS DA LEI N.º 8.069/90, BEM COMO DO ART. 267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA. DISCUSSÃO CENTRADA NA VEDAÇÃO CONSTANTE DO ART. 42, § 1º, DO ECA. COMANDO QUE NÃO MERECE APLICAÇÃO POR DESCUIDAR DA REALIDADE FÁTICA DOS AUTOS. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA GARANTIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ART. 6º DO ECA. INCIDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DA NORMA FEITA PELO JUIZ NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Ausentes os vícios do art. 535, do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. 2. As estruturas familiares estão em constante mutação e para se lidar com elas não bastam somente as leis. É necessário buscar subsídios em diversas áreas, levando-se em conta aspectos individuais de cada situação e os direitos de 3ª Geração. 3. Pais que adotaram uma criança de oito anos de idade, já grávida, em razão de abuso sexual sofrido e, por sua tenríssima idade de mãe, passaram a exercer a paternidade socioafetiva de fato do filho dela, nascido quando contava apenas 9 anos de idade. 4. A vedação da adoção de descendente por ascendente, prevista no art. 42, § 1º, do ECA, visou evitar que o instituto Documento: 1359234 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 03/11/2014 Página 1 de 5 Superior Tribunal de Justiça fosse indevidamente utilizado com intuítos meramente patrimoniais ou assistenciais, bem como buscou proteger o adotando em relação a eventual “confusão mental e patrimonial” decorrente da “transformação” dos avós em pais. 5. Realidade diversa do quadro dos autos, porque os avós sempre exerceram e ainda exercem a função de pais do menor, caracterizando típica filiação socioafetiva. 6. Observância do art. 6º do ECA: na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. 7. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente) e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 21 de outubro de 2014(Data do Julgamento) MINISTRO MOURA RIBEIRO Relator.

A discussão foi centrada na vedação constante do art. 42, § 1º, do ECA, sendo que o Tribunal entendeu que o comando não merece aplicação por descuidar da realidade fática dos autos, no sentido da prevalência dos princípios da proteção integral e da garantia do **melhor interesse da criança**, art. 6º do ECA, uma vez que os requerentes do pedido de adoção, adotaram a mãe biológica do ora adotando, quando ela tinha oito (8) anos de idade e já estava grávida, em razão de abuso sexual sofrido e, por sua tenríssima idade de mãe, passaram a exercer a paternidade socioafetiva de fato do filho dela, nascido quando contava apenas nove (9) anos de idade, tendo os avós sempre exercido a função de pais do adotando, caracterizando típica filiação socioafetiva.

5 - O Processo (descrever a história judiciária do caso e verificar se foram esgotadas as vias de recursos internos);

- Ação de adoção c/c destituição do poder familiar movida pelos ascendentes que já exerciam a paternidade socioafetiva, pelo fato de sua filha, em decorrência de abuso sexual, ter tido o filho com 9 anos de idade;

- Não se teve acesso ao parecer do Ministério Público (MP). A sentença foi proferida sendo favorável à adoção, da qual o Ministério Público do Estado de Santa Catarina apelou.

- Apelação cível interposta, foram apresentadas contrarrazões, refutando os argumentos de que: a) o menor já reside com sua mãe biológica e com os avós adotivos, razão pela qual a situação fática não seria alterada; b) há vedação expressa no ECA em relação à adoção por ascendentes (§ 1º, do art. 42, da Lei nº 8.069/90); e, c) haverá contrariedade da ordem familiar, pois o adolescente passará a ser filho de seus avós e não mais neto. A sentença foi mantida, portanto, o recurso conhecido e desprovido, sob o argumento de que a vedação do art. 42, §1º do ECA deve ser mitigada frente ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. exegese do art. 1º, inciso II, da CF/88;

- Foram opostos embargos de declaração pelo *Parquet* (MP), sob os seguintes fundamentos: **a)** houve omissão no acórdão recorrido quanto aos arts. 39, § 1º, e 41, *caput*, da Lei nº 8.069/90 (ECA), e quanto aos arts. 227, § 6º, da CF/88, e 267, VI, do CPC, por não ter o Tribunal catarinense observado que a adoção somente poderia ocorrer quando a criança não mais pudesse ser mantida na família natural; e, **b)** por morar com os avós, o menor já está incluído nesse meio familiar. Acrescentou que a proibição prevista no art. 42, § 1º, do ECA é aplicável tanto para pessoas com vínculos cíveis quanto para os biológicos, alegando inobservância ao fato de ser o pedido juridicamente impossível, pois a adoção entre avós e neto é vedada em lei. Os *aclaratórios* foram rejeitados considerando a realidade familiar do adolescente M.C.M, e seu direito de obter o reconhecimento jurídico de quem efetivamente considera como seus pais.

- No recurso especial, o MP: **a)** reeditou as teses alinhavadas nos seus embargos de declaração sobre ofensa aos arts. 39, § 1º, e 41, *caput*, 42, § 2º, e 43, da Lei nº 8.069/90, 227, § 6º, da CF/88, e 267, VI, e 535, II, do CPC; e, **b)** negativa de prestação jurisdicional, argumentando que, se o Tribunal de origem tivesse examinado o conteúdo dos dispositivos suscitados, poderia ter entendido pela incidência deles, conferindo-lhes os necessários efeitos infringentes, com a consequente alteração da matéria julgada. No mérito, aduziu **a)** a adoção somente poderia ser deferida quando a criança ou o adolescente não mais pudesse ser mantido na família natural ou extensa; **b)** isonomia de tratamento que deve haver entre os filhos biológicos e os adotivos; e, **c)** impossibilidade jurídica da adoção entre avós e neto, filho da filha adotiva do casal, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito. Acrescentou que a adoção de pessoas com vínculo de ascendência e descendência geraria confusão patrimonial e emocional, prejudicando a criança ou o adolescente.

- Não foram apresentadas contrarrazões.

- O Ministério Público Federal (MPF) opinou pelo desprovimento do recurso especial, devendo ser mantido o acórdão estadual, sob o fundamento de que:

A proibição da adoção de descendente por ascendente, prevista no art. 42, § 1º, do ECA, teve como propósito evitar que o instituto fosse indevidamente utilizado com intuítos meramente patrimoniais ou assistenciais, bem de proteger o adotando em relação à eventual “confusão mental e patrimonial” decorrente da “transformação” dos avós em pais e, por conseguinte, do pai/mãe em irmão/irmã. Tal vedação, porém, não deve ser aplicada de forma absoluta, sobretudo quando sua relativização, submetida ao rigoroso crivo do Judiciário garantida a fundamental atuação do órgão do *Parquet*, vem ao encontro de realidade fática consolidada e, **de forma inequívoca, atende ao melhor e mais legítimo interesse do menor.** (Grifo meu)

Em seu voto, o Relator Ministro Moura Ribeiro inicia sua tese fundamentando a sua decisão referente a questão preliminar de ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, arguindo que não merece prosperar porque os embargos declaratórios foram rejeitados pela inexistência de omissão, contradição ou obscuridade, tendo o Tribunal *a quo* dirimido a controvérsia, embora de forma desfavorável à pretensão do recorrente, o que não importa em ofensa à referida regra processual; que o julgador não está obrigado a responder a todos os questionamentos formulados pelas partes, cabendo-lhe, apenas, indicar a fundamentação adequada ao deslinde da controvérsia, observadas as peculiaridades do caso concreto, como ocorreu de fato.

No julgamento do mérito, o Relator faz uma análise detalhada para fundamentar o seu voto. Alega que o presente recurso refere-se a uma “particularíssima situação de fato acerca da possibilidade dos requerentes adotarem criança que já exercem desde o nascimento dela a paternidade socioafetiva”; que não são avós biológicos do adotando, pois adotaram a sua mãe quando esta contava apenas oito anos de idade, estando ela, à época, grávida em razão de abuso sexual sofrido; que a criança foi registrado apenas em nome da mãe, com informações desatualizadas, pois sua genitora, após o registro do filho, alterou seu próprio nome, questão não retificada na sua certidão de nascimento; que desde o nascimento do adotando os Requerentes o cuidam como se filho fosse, em razão da sua mãe, à época do parto, estar com apenas nove anos de idade, portanto, sem a mínima condição de assumir um filho, em todos os sentidos. Sendo constatado de que se trata de regularização de filiação socioafetiva, ainda que o recorrente pretenda alegar ser mero caso de adoção de descendente por ascendente, portanto, não merece reforma o acórdão recorrido, pois não trata a questão de mera aplicação do art. 42, § 1º, do ECA ao caso concreto, visto que o referido dispositivo visa atingir situação distinta da realidade apresentada. Não foi o adotando tratado pelos requerentes como neto e, por isso mesmo, eles buscam a sua adoção, até porque não houve um dia sequer de relação filial entre a mãe biológica e o adotando, que sempre se trataram como irmãos. O constrangimento a que é submetido a cada situação em que precisa apresentar seus documentos é altíssimo, sobretudo porque a realidade vivenciada pelo menor é outra, já que, para a sociedade, ele é filho dos requerentes. Nesse contexto, o acórdão impugnado, determina na decisão final que a “discussão centrada na vedação constante do art. 42, § 1º, do ECA [...] não merece aplicação por descuidar da realidade fática dos autos.”; que a prevalência é dos princípios da proteção integral e da garantia do **melhor interesse da criança**; e que a interpretação e aplicação do Direito se deu pela da norma feita pelo juiz no caso concreto, conforme estabelece o art. 6º do ECA, ficando a adoção mantida e o recurso improvido.

6 - Os argumentos das partes (resumo dos argumentos de quem está inconformado e de quem responde);

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MP), decorrente de embargos de declaração conhecido e desprovido, em razão do pedido de adoção *c/c* destituição do poder familiar, que objetiva consolidar situação fática já existente desde o nascimento do adotando que, atualmente, conta com dezesseis anos de idade e reconhece os requerentes como pais e a mãe biológica como irmã. No recurso especial, o MP reeditou as teses sobre ofensa aos arts. 39, § 1º, e 41, *caput*, 42, § 2º, e 43, do ECA, 227, § 6º, da CF/88, e arts. 267, VI, e 535, II, do CPC; como também a negativa de prestação jurisdicional, arguindo que, se o Tribunal de origem tivesse examinado o conteúdo dos dispositivos suscitados, poderia ter entendido pela incidência deles, conferindo-lhes os necessários efeitos infringentes, com a consequente alteração da matéria julgada. Em relação ao mérito, aduziu que a adoção somente poderia ser deferida quando a criança não mais pudesse ser mantida na família natural ou extensa; que deve haver isonomia de tratamento entre os filhos biológicos e os adotivos, sendo que a proibição prevista no art. 42, § 1º, do ECA é aplicável tanto para pessoas com vínculos cívicos quanto para os biológicos de onde decorre a impossibilidade

jurídica da adoção entre avós e neto, filho da filha adotiva do casal, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito, inclusive devendo ser considerado que a adoção de pessoas com vínculo de ascendência e descendência gera confusão patrimonial e emocional, prejudicando a criança.

Não foram apresentadas contrarrazões. O Ministério Público Federal (MPF) deu seu parecer opinando pelo desprovimento do recurso especial, entendendo pela manutenção do acórdão estadual, sob o fundamento de que neste caso a proibição da adoção do neto pelos avós, prevista no art. 42, § 1º, do ECA, teve como propósito evitar que o instituto fosse apenas utilizado com intuítos patrimoniais ou assistenciais, assim como de proteger o adotando em relação à eventual confusão mental e patrimonial decorrente da “transformação” dos avós em pais e, por conseguinte, da mãe em irmã; assim, essa vedação não deve ser aplicada de forma absoluta, sobretudo quando sua relativização, submetida ao rigoroso crivo do Judiciário e garantida a fundamental atuação do órgão do *Parquet*, vem ao encontro de realidade fática consolidada e **atende ao melhor interesse** do adotando.

O Relator fundamenta seu voto alegando que a questão preliminar de ofensa ao art. 535 do CPC não merece prosperar porque os embargos declaratórios foram rejeitados pela inexistência de omissão, contradição ou obscuridade, tendo o Tribunal *a quo* dirimido a controvérsia, embora de forma desfavorável à pretensão do recorrente, o que não importa em ofensa à referida regra processual; que é cediço que o julgador não está obrigado a responder a todos os questionamentos formulados pelas partes, cabendo-lhe, apenas, indicar a fundamentação adequada ao deslinde da controvérsia, observadas as peculiaridades do caso concreto, como ocorreu de fato.

No exame do mérito o Relator se posiciona do sentido de que o RE cinge-se na particularíssima situação de fato acerca da possibilidade dos requerentes adotarem criança que já exercem desde o seu nascimento a paternidade socioafetiva; que são avós do adotando apenas no papel, pois adotaram a sua mãe, quando esta tinha oito anos de idade, estando ela, à época, grávida em razão de abuso sexual sofrido; que a criança foi registrada apenas em nome da mãe, estando seu registro com informações desatualizadas, pois sua genitora alterou seu próprio nome, questão não retificada no documento do adotando; que após a adoção da mãe biológica do adotando, este passou, desde o nascimento, a ser cuidado pelos adotantes em todos os aspectos como se filho fosse, especialmente, em razão de sua mãe, à época do parto, contar apenas com nove anos de idade, portanto, sem a menor condição de assumir um filho. Nesse sentido, entende-se que se trata de regularização de filiação socioafetiva, ainda que o recorrente pretenda alegar ser mero caso de adoção de descendente por ascendente.

Conforme sentença prolatada em juízo singular, o caso é muito mais do que isso, pois contextualizando a situação vivida nos autos, foi julgado procedente o pedido deduzido na inicial, deferindo aos requerentes a adoção do menor, com fundamento nos arts. 39 e seguintes do ECA, assim o fez por não ser mero caso de adoção de neto por avós, mas sim de regularização de filiação socioafetiva.

O Ministério Público apelou forte nos fundamentos de que: a) o adotando já reside com sua mãe biológica e com os avós adotivos, razão pela qual a situação fática não seria alterada; b) há vedação expressa no ECA em relação à adoção por ascendentes (§ 1º, do art. 42); e, c) haverá contrariedade da ordem familiar, pois o adolescente passará a ser filho de seus avós e não mais neto.

Foram apresentadas contrarrazões, refutando tais argumentos.

O Tribunal catarinense manteve a sentença, asseverando que a situação em tela possuía peculiaridades e que deveria ser observado o **princípio da dignidade humana**, com vista a satisfação do **melhor interesse do adotando** e, arrimado em tal princípio, mitigou o art. 42, § 1º, do ECA. Asseverou ademais que a mãe biológica concordou com a adoção pleiteada, conforme depoimento em juízo, e que o estudo social foi favorável à adoção. Defendeu a

“aplicação da Teoria Neoconstitucionalista do Direito, a qual pugna que o Direito necessita ser compreendido como uma ferramenta de promoção da dignidade humana e integração social, devendo amoldar-se à realidade na qual está inserido”. Por fim, concluiu que, evidenciada a existência de relação parental afetiva entre as partes, não pode o Estado ignorar a realidade do adotando, por isso não mereceu reforma o acórdão recorrido.

Entendeu o Relator do REsp., que o acórdão impugnado, ao manter a sentença, analisou as questões interpessoais dos envolvidos, e não a mera nomenclatura existente no fato de ser a mãe do menor, a filha adotada dos requerentes. Justificou seu entendimento nos pareceres técnicos:

No caso, o Estudo Social informa que 'M.' sempre foi criado considerando 'M. I.' como sendo sua irmã e A. e C. como seus pais. (fls.24 dos autos). E finaliza dizendo que “M.” se apresenta tranquilo, totalmente adaptado ao convívio com a família, tendo em vista que é o local de sua residência desde seu nascimento. Percebemos também que existem fortes vínculos familiares (...). (fl.25) Na mesma linha, o Parecer Psicológico, apesar de contrário ao pedido (por entender que existe um ambiente onde não há individualidade, tampouco intimidade), reconhece que o 'adolescente nomeia os requerentes de pai e mãe (...)' (v. Conclusão, fls. 29 dos autos). Não bastante, a própria mãe biológica, em depoimento em juízo, confirmou 'que M. tem os requerentes C. e A. como seus pais desde pequeno', sendo que a deponte e M se tratam como irmãos. Mas M. ficou sabendo que a depoente é sua mãe biológica. E o próprio adolescente, quando ouvido em audiência (ECA, art. 45, §2º) concordou com o pedido e reconheceu que considera C. E A como seus pais, tendo M. I. como uma irmã mais velha. Porém, também sabe que é filho biológico de M. I.' (fl. 46 dos autos) Ficou claro, então, no meu modesto modo de ver, que existe uma filiação socioafetiva, situação que autoriza o deferimento da adoção. Deve ser considerado, ainda, que é público e notório que o casal requerente tem mais de 50 (cinquenta) filhos adotivos, sendo a requerente conhecida até nacionalmente como mãe A. E, mais do que isso, 'A.' demonstra ter um entendimento bastante adequado em relação à adoção, pois dá a entender que não se restringe à questão da caridade, mas envolve antes de tudo o desejo de acolher a criança ou o adolescente, dando a eles amor e atenção, bem como a oportunidade à convivência familiar' (Estudo Social, fl. 25 dos autos). (fl. 111)

Com base nesses pareceres, a sentença, de forma muito pertinente, deferiu a adoção com base na relação de filiação socioafetiva existente, e não de simples adoção entre ascendentes e descendente.

O Relator traça um histórico legislativo da adoção no Brasil, em que a adoção só criava vínculos entre o adotante e o adotado, dando ênfase ao Código de Menores (Lei nº 6.697/1979) que revogou a Lei nº 4.655/1965, mas, embora mantendo a adoção simples, criou a adoção plena, a qual mantinha o espírito da legitimação, alargando-a, porquanto estendeu o vínculo da adoção à família do adotante, inscrevendo na certidão do adotado o nome dos ascendentes dos adotantes. Nessa segunda fase, o referido instituto passou a ter caráter assistencial, observando-se, pela primeira vez, os direitos do infante adotado, ainda que de forma tímida. Com o advento do inovador Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei 8.069/90), seguindo os traços contidos na CF/88, em especial o seu art. 227, § 5º, e fundado na "Doutrina Jurídica da Proteção Integral", que ampliou de forma significativa o instituto, regulamentou a figura da adoção para menores de 18 anos, mantendo as regras previstas no Código Civil de 1916 para os maiores de idade. A referida doutrina encontrou arrimo na Convenção dos Direitos da Criança, aprovada pela Resolução nº 44 da Assembleia Geral da ONU, em 20 de novembro de 1989, e assinada pelo Governo brasileiro em 26 de janeiro de 1990. Hodiernamente, o instituto da adoção está caracterizado pela doutrina da proteção integral como de *solidariedade social*, que tem por objetivo amparar o adotado e seu conteúdo é humano com ênfase no vínculo afetivo.

Para o Relator, “essa evolução do Direito, na área da criança, somente foi possível por estar em sintonia com o elemento basilar do constitucionalismo moderno, que é o da observância a Princípios. Essa busca pela observância aos princípios e em especial ao Princípio da Dignidade Humana vem da necessidade, até mesmo histórica, de reconhecer e valorizar o ser humano como início e fim do direito. Buscou-se, após a Segunda Guerra Mundial, alcançar um Estado Democrático de Direito a partir de premissas constitucionais que assegurassem a instauração do referido Princípio.” Para corroborar com essa ideia, ele traz a constituição Italiana de 1947 (art. 3º); a Constituição da República Portuguesa de 1976; a Constituição Espanhola, e outras Constituições. No Brasil, a dignidade, como princípio fundamental, foi mencionada pela primeira vez, no art. 115 da Constituição brasileira de 1934, ainda que de forma indireta e sem a amplitude atual; de forma direta, apenas com a Carta Constitucional de 1988 é que ficou estabelecido como núcleo dos direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). O art. 226, § 7º, da CF/88 deu ênfase à família, como forma de garantir a dignidade da pessoa humana. Assim, o “direito das famílias” está ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana de forma molecular, portanto, é, também, em tal princípio que se deve solucionar o caso concreto, por ser um *supra princípio* constitucional, que deve ser observado em todas as prestações jurisdicionais de um Estado Democrático de Direito.

Argui, também, que no direito familiar, decorrente das constantes transformações, não bastam somente as leis, faz-se necessário buscar subsídios em diversas áreas, levando-se em conta aspectos individuais de cada caso. É preciso ter em mente que o Estado deverá cada vez estar mais atento à dignidade da pessoa humana. No caso concreto, é com base em tal preceito, aliado a outros pontos, que se entregará a prestação jurisdicional. Os antecedentes sobre o Princípio da Dignidade Humana se fizeram importantes porque o legislador, ao editar o art. 42, § 1º, do ECA, de forma generalizada, dele se afastou. Cabe esclarecer que o Código Civil de 1916 não proibia a adoção de descendentes por ascendentes e, em razão disso, durante muito tempo, as Cortes de Justiça do Brasil foram palco de processos, que a permitiram, a exemplo do RE nº 89.457-8 /GO³²⁶. Entretanto, tal forma de adoção passou a ser perseguida sob o fundamento de que, em tal modalidade, havia a "predominância do interesse econômico", pois as referidas adoções visavam, principalmente, a possibilidade de se deixar uma pensão em caso de falecimento, até como ato de gratidão, quando se adotava quem havia prestado ajuda durante períodos difíceis. Acrescentou-se à inconveniência da adoção o argumento de que haveria quebra da harmonia familiar e confusão entre os graus de parentesco. Assim, o legislador, em atenção a tais críticas, editou o art. 42, § 1º, do ECA, afastando a adoção de descendentes por ascendentes, com a justificativa de proteger, essencialmente, o interesse da criança, de modo que não fossem verificados apenas os fatores econômicos, mas principalmente o lado psicológico que tal modalidade geraria no adotado, desconsiderando, além do “princípio da dignidade humana”, o art. 1º do ECA (“Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”).

Argumenta o Relator que não é tarefa fácil a descoberta da solução que, concretamente, atenda efetivamente ao melhor interesse da criança; para tanto, é fundamental que a Justiça da Infância e da Juventude atue de forma responsável, madura, a partir do caso concreto, sob a ótica interdisciplinar e em respeito e observância aos princípios e parâmetros normativos vigentes, tendo a compreensão que o objetivo primordial de sua intervenção não é a aplicação de medidas, mas sim, em última análise, a proteção integral infanto-juvenil em seu sentido mais amplo. **É inadmissível que a autoridade judiciária se limite a invocar o princípio do melhor interesse da criança para depois aplicar medida que não observe sua dignidade. Partindo-se da premissa do melhor interesse da criança ou adolescente é que**

³²⁶Jurisprudência citada no voto do Relator deste RE: “ADOÇÃO SIMPLES, DE NETO, FEITA PELOS AVÓS, POR ESCRITURA PÚBLICA, NÃO É NULA. RE NÃO CONHECIDO.” (DJ 18-12-1981 PP-12941) - da relatoria do Ministro Cordeiro Guerra.

terá que ser feita uma leitura conjugada dos arts. 1º e 6º do ECA. Este último estabelece que, em caráter excepcional, o magistrado poderá interpretar a lei levando em conta os fins sociais a que se destina, bem como o bem-estar geral do adotado.

Para corroborar com esse entendimento, o Relator transcreve as palavras de Antônio Carlos Gomes da Costa³²⁷, ao comentar o disposto no artigo 6º do ECA, pois o argumento é da possibilidade de, por meio da hermenêutica do Direito, os magistrados enxergarem um outro viés do significado de um texto legal, sem que se altere a norma; também a manifestação do Professor Alexandre Araújo Costa³²⁸, em relação a interpretação da lei e sua adequação ao caso concreto; por fim, traz Carlos Maximiliano³²⁹: "Pode-se procurar definir a significação de conceitos e intenções, factos e indícios; porque tudo se interpreta: inclusive o silêncio". Nesse sentido diz o Relator: "é o que se faz no caso concreto, a fim de que se possa efetivamente dar a melhor prestação jurisdicional possível a esta situação fática. O menor foi tratado como filho pelos avós e vive sob a pecha de ter sido gerado por uma mãe aos oito anos de idade, vítima de abuso sexual".

Segue o Relator argumentando que o adotando é submetido a constrangimento a cada situação que precisa apresentar seus documentos, sobretudo se se levar em conta que tal realidade não reflete a vivenciada no dia a dia por ele, "filho que é de seus avós". Então, não permitir tal adoção, no caso concreto, aí sim, é não observar os interesses básicos do adotando e o princípio da dignidade humana. Tampouco cabe falar em qualquer um dos outros argumentos que levaram o legislador a editar a letra nua e crua do art. 42, §1º, do ECA, pois o "estudo social" foi claro ao afastar o perigo de confusão mental e emocional que tal adoção geraria, em razão de ter sido sempre criado como filho e assim ver a situação; não há nenhuma inversão emocional no presente caso, pois desde sempre sua mãe foi sua irmã. Frise-se mais uma vez: o caso é de filiação socioafetiva. Em momento algum, pôde essa *mãe-criança* criar laços afetivos maternos com seu filho, porquanto nem sequer deixou de ser criança à época do parto. A proclamada confusão genealógica gritada pelo recorrente aqui não existe, uma vez que a diferença entre eles é de apenas nove anos. Por certo que também não se pode usar o argumento econômico ao caso concreto, visto que o casal de adotantes de riqueza possuem apenas sua alma, não havendo como poder o menor ser beneficiado com provável pensão significativa, pois os seus pais possuem mais 50 filhos adotados.

No caso concreto, ao interpretar o art. 42, § 1º, do ECA, se vê que ele não se aplica à realidade dos autos em que a família em comento possui estrutura atípica. A família deve ser compreendida como um todo e em constante mutação. Essa é justamente uma das assertivas realizadas por Paulo Lôbo, que, quanto ao tema, assim leciona:

Várias áreas do conhecimento, que têm a família ou as relações familiares como objeto de estudo e investigação, identificam uma linha tendencial de expansão do que se considera entidade ou unidade familiar. Na perspectiva da sociologia, da psicologia, da psicanálise, da antropologia, dentre outros saberes, a família não se resumia à constituída pelo casamento, ainda antes da Constituição, porque não estavam delimitados pelo modelo legal, entendido como um entre outros. No campo da demografia e da estatística, por exemplo, as unidades de vivência dos brasileiros são objeto de pesquisa anual e regular do IBGE, intitulada Pesquisa Nacional por

³²⁷ O artigo é: *Natureza e implantação do novo direito da criança e do adolescente*; está na obra: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.)

³²⁸ Este autor diz: "o juiz não pode alterar o texto da lei, mas é demasiadamente ingênua a noção de que norma é texto. Nas leis, o que nos obriga não é o significante, mas o significado que damos a ele. É claro que o significado precisa estar bem articulado com o texto, mas não há como determinar o sentido de uma regra sem avaliar adequadamente os seus contextos de elaboração e aplicação." COSTA, Alexandre Araújo. **Judiciário e Interpretação: entre Direito e Política**. Revista Pensar, vol. 18, n. 1, 2013, p. 16.

³²⁹ O autor traz esse entendimento em sua obra: *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 2ª Ed. 1933, p. 22.

Amostragem de Domicílios (PNAD). Os dados do PNAD têm revelado um perfil das relações familiares distanciado dos modelos legais, como procurei demonstrar em trabalho pioneiro, logo após o advento da Constituição de 1988. [...] (LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. Saraiva. São Paulo. 2011. 4ª ed., págs. 78/79)

Diante de tais considerações, o Relator entende que há que se ter em mente que o Direito abarca uma multiplicidade de formas e possibilidades, assim, o magistrado deverá cada vez mais estar atento à dignidade da pessoa humana para poder dar a adequada compreensão do alcance e do real sentido das normas contidas no ECA. No caso concreto, é com base em tal preceito, aliado a outros pontos, que deverá ser entregue prestação jurisdicional. Ratificando o que foi dito, o *princípio da dignidade humana* presta uma luz e permeia toda ordem jurídica e ainda mais ao Direito de Família. No caso concreto, é inquestionável a possibilidade da mitigação do art. 42, §1º, do ECA, tal como feito pelo acórdão local, levando-se em conta o disposto no art. 6º do mesmo Estatuto diante da realidade da família aqui trazida. O que buscam os adotantes agora é apenas a adequação legal de situação de fato vivida pelo infante desde seu nascimento, há mais de 16 anos, e, como consectário, o reconhecimento da sua filiação socioafetiva.

O Voto é finalizado nos seguintes termos:

Portanto, tal como no acórdão recorrido, ante a particularidade do caso, o disposto no art. 42, § 1º, do ECA não foi ofendido, conciliando as legítimas pretensões do adotante e do adotado, que estão em total sintonia com a vontade da genitora biológica do menor e com a realidade do feito. Tampouco subsistiram as alegadas ofensas aos demais dispositivos pelas razões acima contidas.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial, mantendo integralmente o acórdão recorrido. É como voto.

7 - O problema jurídico (normas aplicáveis, fundamentação legal e jurisprudencial);

Recurso Especial (art. 541, CPC/73) interposto, com base no art. 105, *a* da CF/88, pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado (TJSC), em “ação de adoção *c/c* destituição do poder familiar” movida pelos ascendentes que já exerciam a paternidade socioafetiva do adotando desde seu nascimento.

O Relator, Ministro Moura Ribeiro, em seu “Voto”, alega a negativa de vigência ao art. 535 do CPC/73 pela ausência de omissão, obscuridade ou contradição no acórdão recorrido (“Ausentes os vícios do art. 535, do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração”); em relação a suposta violação dos arts. 39, § 1º, 41, *caput*, 42, § 1º e 43, todos do ECA, bem como do art. 267, VII, do CPC/73, argumenta que as estruturas familiares estão em constante mutação e para se lidar com elas não bastam somente as leis, é necessário buscar subsídios em diversas áreas, levando-se em conta aspectos individuais de cada situação e os direitos de 3ª Geração, pois o caso é de pais que adotaram uma criança de oito anos de idade, já grávida, em razão de abuso sexual sofrido e, por sua tenríssima idade de mãe, passaram a exercer a paternidade socioafetiva de fato do filho dela, nascido quando contava apenas nove anos de idade. A discussão, portanto, foi centrada na vedação constante do art. 42, § 1º, do ECA, por entender que tal comando não merece aplicação por descuidar da realidade fática dos autos, dando, assim, prevalência aos princípios da proteção integral e da garantia do melhor interesse da criança. Incidência do art. 6º do ECA, sendo a interpretação da norma feita pelo juiz no caso concreto.

8 - A conclusão (identificar o *problema jurídico* e a *problemática*, esta irá embasar o *comentário*);

O problema jurídico³³⁰ deste Acórdão é o recurso contra decisão em que foi negado, pelo Relator, provimento ao Recurso Especial interposto contra Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no curso da “Ação de Adoção de descendente por ascendente” como forma de regularização de “filiação socioafetiva”. A petição inicial trata da *Ação de Adoção c/c Destituição do Poder Familiar* (Art. 148, III, ECA), feita pelos avós que criaram o neto como se filho fosse.

A problemática³³¹ é referente a adoção de criança, o direito à convivência familiar e o melhor interesse da criança, no sentido de construir um *conceito dogmático* alusivo ao *melhor interesse da criança* em casos de adoção. Neste caso, especificamente, a decisão foi fundamentada nos princípios da dignidade e do melhor interesse da criança, corroborada pelo viés humanista e garantista da atual Constituição brasileira, que dá à adoção “um mecanismo de prestígio da convivência familiar, estabelecendo a relação filiatória por perspectiva afetiva [...]” (FARIAS e ROSENVALD, 2013, p. 1056).

Entende-se que se trata de uma “decisão *contra legem*”, em relação a letra da lei, pois a norma jurídica veda a adoção de “descendente por ascendente” (art. 42, § 1º, do ECA – “Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando”). Entretanto, acredita-se ser “justa” a decisão no caso concreto a qual foi aplicada, entendendo serem robustos os fundamentos expostos pelo Relator, que construiu seus argumentos no histórico do instituto da adoção, nos preceitos constitucionais e seus princípios, amparado pelo entendimento doutrinário vigente, conforme “**Enunciado 17** do IBDFAM - A técnica de ponderação, adotada expressamente pelo art. 489, § 2º, do Novo CPC, é meio adequado para a solução de problemas práticos atinentes ao Direito das Famílias e das Sucessões”³³², que enfatiza o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Neste contexto traz-se o entendimento do STJ³³³, que quando se trata de criança o tribunal já se manifestou pela flexibilização da norma em razão do seu melhor interesse e da sua proteção integral; já o fato da contrariedade do MP de Santa Catarina de se ater exclusivamente ao preceito taxativo do § 1º do art. 42, do ECA, fazendo a mera indicação do ato normativo, sem construir um argumento convincente em relação a questão, não prosperou.

A Terceira Turma do STJ, ao votar com o Relator, entendeu que o sistema normativo protetivo estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) tem como fundamento central os princípios do melhor interesse da criança e da sua proteção integral, por conseguinte, toda interpretação (fático ou jurídica) deve ser no viés do que é favorável à criança, ou seja, no seu melhor interesse (art. 6º c/c art. 1º, 3º e 43 do ECA). No caso da filiação socioafetiva, o filho por adoção “estabelece um parentesco eletivo, decorrendo de um ato de afeto e solidariedade” (FARIAS e ROSENVALD, 2013, p. 1057). Neste caso, ora analisado, o adotando tem como seus pais os avós, e sua mãe biológica como irmã, o que é compreensível em virtude da diferença de idade entre ambos, que é de apenas nove anos, assim como da convivência socioafetiva; e os adotantes o tem como filho. Restando comprovado nos autos do processo que a vontade dos quatro envolvidos (adotantes, adotando e mãe biológica) era pelo deferimento da adoção, tratando-se, essencialmente, de “adoção socioafetiva”, sendo, portanto, o motivo concreto da decisão prolatada.

Diante de tais circunstâncias, o Judiciário deve estar sempre atento às mudanças do comportamento humano nas relações familiares. A rigidez da norma jurídica há que dar espaço à justiça do caso concreto, quando o juiz tem que optar entre o seu formalismo e a realização

³³⁰ O “problema jurídico” é a questão submetida ao Tribunal (MONEBHURRUN, 2015, p. 91).

³³¹ Trata-se da “perspectiva (jurídica) sob a qual o autor decide estudar o problema jurídico, analisá-lo, comentá-lo e eventualmente criticá-lo” (MONEBHURRUN, 2015, p. 92).

³³² Vide site do IBDFAM: <http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>

³³³ Também decisão prolatada em 2018: RECURSO ESPECIAL Nº 1.635.649 - SP (2016/0273312-3) – https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroor/?num_registro=201602733123&dt_publicacao=02/03/2018

humana. Assim, há sempre que decidir pela solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana, uma vez que privilegiar a verdade biológica e a socioafetiva, ainda que sobre aquela não haja dúvidas, deve ser possível ficar com *socio afetividade* em detrimento da consanguinidade, numa perspectiva da ponderação teleológica, para garantir a adequada “distribuição de justiça”.

Decisão 06³³⁴

1 - Nome do Tribunal: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – 3ª TURMA

2 - Data da decisão: DJe 23/03/2015

3 - Identificação da Decisão:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.444.747 - DF (2014/0067421-5)

RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

RECORRENTE: M M C

ADVOGADA: CLARICE PEREIRA PINTO

RECORRIDO: E T M N

RECORRIDO: V T S C

ADVOGADO: MARIA ESPEDITA MOREIRA MILANI

4 - Os fatos;

Trata-se de Recurso Especial (RE), interposto por M. M. C., fundamentado no art. 105, III, *a e c* da Constituição Federal de 1988 (CF/88), contra Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 45 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DEMONSTRADA COM O ADOTANTE. MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO. DESNECESSIDADE DO CONSENTIMENTO DO PAI BIOLÓGICO. 1. Cinge-se a controvérsia a definir a possibilidade de ser afastado o requisito do consentimento do pai biológico em caso de adoção de filho maior por adotante com quem já firmada a paternidade socioafetiva. 2. O ECA deve ser interpretado sob o prisma do melhor interesse do adotando, destinatário e maior interessado da proteção legal. 3. A realidade dos autos, insindicável nesta instância especial, explicita que o pai biológico está afastado do filho por mais de 12 (doze) anos, o que permitiu o estreitamento de laços com o pai socioafetivo, que o criou desde tenra idade. 4. O direito discutido envolve a defesa de interesse individual e disponível de pessoa maior e plenamente capaz, que não depende do consentimento dos pais ou do representante legal para exercer sua autonomia de vontade. 5. O ordenamento jurídico pátrio autoriza a adoção de maiores pela via judicial quando constituir efetivo benefício para o adotando (art. 1.625 do Código Civil). 6. Estabelecida uma relação jurídica paterno-filial (vínculo afetivo), a adoção de pessoa maior não pode ser refutada sem justa causa pelo pai biológico, em especial quando existente manifestação livre de vontade de quem pretende adotar e de quem pode ser adotado. 7. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 17 de março de 2015(Data do Julgamento)

³³⁴ Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400674215&dt_publicacao=23/03/2015
Acesso em: 30 agosto 2019

Foi proposta ação de adoção c/c destituição do vínculo paterno, por E. T. M. N. (adotante) em favor de V. T. S. C. (adotando) e em desfavor de M. M. C. (pai biológico de V. T. S. C.), que se encontra em lugar incerto e não sabido há mais de 14 anos. O autor E. T. M. N., nascido em 1º/4/1958, pede o deferimento de adoção de pessoa maior e capaz, nascida em 28/3/1991, com a sua concordância e de sua genitora, M. C. T. S., com quem convive em união estável desde 1993 e é casado desde 17/12/1999.

5 - O Processo (descrever a história judiciária do caso e verificar se foram esgotadas as vias de recursos internos);

O Acórdão analisado é decorrente de Recurso Especial (RE), interposto por M. M. C., com fundamento no art. 105, III, *a* e *c* da CF/88, contra Acórdão proferido pelo TJDF. Cinge-se a controvérsia a definir a possibilidade de ser afastado o requisito do consentimento do pai biológico em caso de adoção de filho maior por adotante com quem já está firmada a paternidade socioafetiva.

A lide processual teve início com a proposição da “ação de adoção c/c destituição do vínculo paterno”, por E. T. M. N. (adotante) em favor de V. T. S. C. (adotando) e em desfavor de M. M. C. (pai biológico de V. T. S. C.). O Autor E. T. M. N., nascido em 1º/4/1958, pediu o deferimento de adoção de pessoa maior e capaz, nascida em 28/3/1991, com a sua concordância e de sua genitora, M. C. T. S., com quem convive em união estável desde 1993 e é casado desde 17/12/1999.

Alega o Adotante que passou a viver em união estável com a genitora do Adotando no ano de 1993 e, desde então, começou a cuidar do filho de sua companheira, que ainda pequeno, com apenas dois anos de idade, foi viver no novo lar conjugal, sob sua guarda e proteção, como se filho fosse acompanhando todo o desenvolvimento até chegar a idade adulta, oferecendo-lhe todos os cuidados e proteção inerentes a paternidade. É casado com a mãe do Adotando, com a qual tem ainda outra filha; que com o passar dos anos, a relação entre pai e filho, construída dia a dia, aprimorou-se num verdadeiro vínculo de afetividade e afinidade, com estreitos laços de amor, carinho, confiança e respeito; que embora conste no registro civil do Adotando, como genitor biológico, M. M. C., vale mencionar que sua participação na vida do filho resumiu-se apenas e tão-somente ao ato formal de registrá-lo, pois, desde que se separou de sua mãe, nunca mais prestou qualquer tipo de assistência material, emocional ou de vínculo afetivo, restando o completo distanciamento entre pai e filho consanguíneos, a ponto de não se saber até então, onde ele pudesse ser localizado; que da relação afetiva estabelecida entre o Adotante e o Adotando se conclui que a única forma de garantir o seu futuro, livre de qualquer constrangimento que possa advir, seria a adoção, com o intuito de formalizar a filiação civil a quem realmente o criou, com direito a usar o sobrenome 'Muller', e, conseqüentemente, com a extinção da filiação em relação ao seu pai biológico.

O genitor foi citado e apresentou contestação.

O Juízo da 3ª Vara de Família de Brasília/DF julgou procedente o pedido, considerando desnecessário o consentimento do pai biológico na hipótese de adoção de pessoa maior de idade e determinou a alteração do nome do adotado para V. T. M e o cancelamento do registro civil original, assim fundamentando:

Constatou que, "em que pese as alegações do pai biológico no sentido de que diversas foram as razões de seu afastamento do adotando, a realidade é que o adotando foi criado pelo adotante, desde seus dois anos de idade, gerando forte vínculo de paternidade sócio afetiva, o que foi demonstrado no processo e na ocasião da audiência de instrução", concluindo que "a presente demanda apenas irá constituir na esfera jurídica das vidas das partes a realidade que já está consolidada há aproximadamente 19 anos, no sentido de que os autores são uma família criada pelos laços do afeto e do amor, juntamente com a genitora do adotando".

O pai biológico M. M. C. apresentou Apelação, alegando, em síntese, que deveria ter sido aplicado, por analogia, o disposto no artigo 45, I, do ECA, por determinação expressa contida no art. 1.619 do CC, a fim de condicionar a adoção ao consentimento do pai biológico, requisito que reputa essencial.

O Tribunal de origem negou provimento ao Apelo.

Os Embargos de Declaração opostos ao Acórdão recorrido foram rejeitados.

Nas razões do Apelo Nobre (Agravo Regimental), o recorrente aduziu, a violação do art. 535 do Código de Processo Civil (CPC) porque o Acórdão proferido nos embargos declaratórios teria sido omissivo ao não se manifestar acerca da seguinte premissa:

[...] o Embargante, pai biológico do Embargado V., não é desconhecido, como também, não houve sua destituição do poder familiar, por isso, NÃO pode o Poder Judiciário, consolidar situação - dispensar, na adoção, o consentimento de pai biológico, eis que se trata de afronta ao artigo 1.621 do Código Civil, pois é requisito indispensável para a adoção o consentimento de ambos os pais biológicos, mesmo se um desses exerce sozinho o poder familiar.

Afirmou que, ao não se pronunciar quanto ao tema, houve violação dos arts. 1.621 do C C e 45 do ECA, porquanto descumpridos, pelo Tribunal de origem, os requisitos postos na legislação no que se refere à adoção de pessoa maior, que afastou a necessidade de consentimento do genitor mesmo que não destituído do seu poder familiar.

Após as contrarrazões, o RE foi admitido na origem, ascendendo os autos ao STJ.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo não provimento do RE.

Foi nomeado Relator o Exmo. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que em seu voto não deu provimento ao Recurso Especial.

6 - Os argumentos das partes (resumo dos argumentos de quem está inconformado e de quem responde);

Argumentos apresentados no relatório e voto do Relator do RE.

O Recorrente é contrário ao pedido de adoção com base na imprescindibilidade do consentimento do pai biológico para a sua concessão. Porém, não refuta a relação socioafetiva estabelecida entre adotante e adotado ao longo de expressivo lapso temporal (quase uma década), reconhecida tanto na sentença, como pelo acórdão, cingindo-se a invocar a seu favor o comando dos arts. 1.619 e 1.621 do CC c/c o art. 45 do ECA, calcados exclusivamente na paternidade registral.

Interpôs recurso referente a controvérsia no sentido de ser definido a possibilidade de ser afastado ou não o requisito do consentimento do pai biológico em caso de adoção de filho maior por adotante com quem já está firmada a paternidade socioafetiva. No tocante à alegada negativa de prestação jurisdicional (art. 535, II, do CPC), agiu corretamente o Tribunal de origem ao rejeitar os embargos declaratórios por inexistir omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, ficando patente, em verdade, o intuito infringente da irresignação, que objetivava a reforma do julgado por via inadequada.

O pai biológico M. M. C. apresentou apelação, alegando, em síntese, que deveria ter sido aplicado, por analogia, o disposto no art. 45, I, do ECA, por determinação expressa contida no artigo 1.619 do CC, a fim de condicionar a adoção ao consentimento do pai biológico, requisito que reputa essencial.

O Recorrente no seu depoimento, em audiência, demonstrou que, embora o ordenamento jurídico lhe proporcionasse os meios necessários para que pudesse manter o convívio familiar com seu filho, preferiu permanecer afastado, 'não tinha condições financeiras nem psicológicas de buscar regulamentação ou execução da regulamentação de visitas', não passava pela sua cabeça entrar com ação para resguardar seus direitos de visita, que mesmo tendo localizado seu filho nas redes sociais, não teve interesse em promover um encontro

peçoal com seu filho, afirmando que 'nos contatos via *internet*, disponibilizou seu telefone, mas não chegou a marcar encontro com o V.'. Disse, ainda, que o último contato pessoal que manteve com seu filho ocorreu quando V. contava com idade entre seis a sete anos de idade.

O Recorrido (adotante) demonstra nos autos que a despeito de o pai biológico não ser um desconhecido completo, nunca desempenhou a função paterna, estando afastado do filho por mais de doze anos, tempo suficiente para estremecer qualquer relação, permitindo o estreitamento de laços com o pai socioafetivo; o pedido inicial da ação de adoção os autores são o adotante, o adotando e a genitora deste.

Em suas contrarrazões o Recorrido alega que “o adotando foi criado e integralmente assistido pelo padrasto (o adotante) desde os dois anos de idade e, ao mesmo tempo em que o pai biológico, que nunca pagou um centavo de pensão alimentícia, foi e continua ausente e distante, sem contato com o filho por décadas, por outro lado, a vida seguiu dando oportunidades para que se estabelecesse a filiação sócio afetiva, construída ao longo dos anos, trata-se de uma situação real consolidada, e não há como retroagir e mudar”.

7 - O problema jurídico (normas aplicáveis, fundamentação legal e jurisprudencial);

Trata-se de Recurso Especial, interposto por M. M. C., com fulcro no art. 105, III, *a* e *c*, da CF/88, contra Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios; a controvérsia requer a definição da possibilidade (ou não) de ser afastado o requisito do consentimento do pai biológico em caso de adoção de filho maior por adotante com quem já tem firmada a paternidade socioafetiva.

Foi alegada a negativa de prestação jurisdicional (artigo 535, II, do CPC), o Relator entendeu que “agiu corretamente o Tribunal de origem ao rejeitar os embargos declaratórios por inexistir omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, ficando patente, em verdade, o intuito infringente da irresignação, que objetivava a reforma do julgado por via inadequada”.

Referência Legislativa

ECA/90 – art. 45 e art. 48

CC/02 – art. 1.619, art. 1.625, art. 1.630, e art. 1.635.

O Recorrente fundamentou seu pedido no art. 1.621 do CC, que foi revogado pela Lei nº 12.010/2009 (Lei da Adoção), tinha a seguinte redação: "Art. 1.621. A adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar mais de doze anos. (Revogado pela Lei nº 12.010, de 2009)"

A partir da nova legislação, o ECA passou a reger a relação em análise, como se verifica do art. 1.619, cuja redação passou a ser: "A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)".

Jurisprudência Citada

REsp 1.423.640/CE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 13/11/2014 - Desnecessidade de consentimento - situação consolidada no tempo favorável ao adotando; REsp 1.199.465/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 21/06/2011

REsp 703.362/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 08/06/2010 - Adoção de maiores - melhor benefício para o adotando.

Doutrina Citada

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Ronsensvald, **Curso de Direito Civil**, Volume 6, Editora Jus Podvum, pág 1.061.

Maria Berenice Dias, **Manual de Direito das Famílias**, 9ª Edição, Revista dos Tribunais, págs. 504-505.

8 - A conclusão (identificar o *problema jurídico* e a *problemática*, esta irá embasar o *comentário*);

O voto do Acórdão analisado é decorrente de Recurso Especial (RE), interposto por M. M. C., com fundamento no art. 105, III, *a* e *c* da CF/88, contra Acórdão proferido pelo TJDF. A análise do referido voto é feita para dar pressupostos à elaboração de um entendimento jurisprudencial do significado do princípio do “melhor interesse da criança”, a partir da vigência da *lei da adoção* aprovada em agosto de 2009 (Lei N. 12.010/09), a qual “dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças” (art. 1º). Assim, O *problema jurídico* apresentado refere-se a controvérsia a definir a possibilidade de ser afastado (ou não) o requisito do consentimento do pai biológico em caso de adoção de filho maior por adotante com quem já está firmada a paternidade socioafetiva, art. 45 do ECA. No direito discutido, desde a propositura da ação, está a defesa de interesse individual e disponível de pessoa plenamente capaz, que não depende do consentimento dos pais ou do representante legal para exercer sua autonomia de vontade.

A *problemática* trazida para análise do voto do Acórdão é referente ao instituto da adoção na perspectiva do melhor interesse do adotando e o direito à convivência familiar, no sentido de construir um *conceito dogmático* referente ao *melhor interesse da criança* em casos de adoção.

O Relator inicia seu voto afirmando que o Recurso não merece provimento. Trata-se de controvérsia sobre a possibilidade ou não de ser afastado o requisito do consentimento (art. 45 do ECA)³³⁵ do pai biológico em caso de adoção de filho maior por adotante com quem já tem firmada a paternidade socioafetiva; que em análise ao mérito, o Recorrente traz artigo do Código Civil revogado, como é o caso do art. 1.621, que foi revogado pela nova lei da adoção (Lei nº 12.010/2009), incorporada pelo ECA, que passou a reger o presente caso concreto, como se verifica do art. 1.619, cuja redação passou a ser: “A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente”. Assim, o Recorrente alegou violação do artigo 1.621 do CC e do artigo 45 do ECA, pois seria indispensável para a adoção o consentimento de ambos os pais biológicos, mesmo quando um deles exerce sozinho o poder familiar, que no caso, por se tratar de pessoa capaz, os genitores não exercem o poder familiar sobre o adotando.

Entende-se que ao apontar a violação do art. 45 do ECA, o Recorrente desconsiderou a idade do seu filho, que é pessoa plenamente capaz para todos os atos da vida civil, como também, deixou de ponderar que a lei estatutária deve ser interpretada sob o prisma do melhor interesse do adotando, que no caso em análise, quer ser adotado por seu padrasto, com o qual tem laços afetivos, e que já com o pai biológico, foi ao contrário, pois se afastou por mais de doze anos e nunca desempenhou a função paterna.

O Relator menciona a fundamentação do acórdão recorrido quanto à prescindibilidade do consentimento do pai biológico para a adoção do filho maior:

[...] as provas colhidas durante a instrução, em especial, o depoimento pessoal do apelante (fls. 247), demonstram que, embora o ordenamento jurídico lhe proporcionasse os meios necessários para que pudesse manter o convívio familiar com seu filho, o apelante preferiu permanecer afastado, tendo em vista que expressamente declarou que 'não tinha condições financeiras nem psicológicas de buscar regulamentação ou execução da regulamentação de visitas', bem como que 'sequer passava pela cabeça do depoente entrar com ação para resguardar seus direitos de

³³⁵ Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

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

visita'. Acrescente-se que, mesmo tendo localizado seu filho nas redes sociais, o apelante não demonstrou qualquer interesse em promover um encontro pessoal com seu filho, tendo afirmado que 'nos contatos via *internet*, disponibilizou seu telefone, mas não chegou a marcar encontro com o V.'. O fato é que o último contato pessoal que o apelante manteve com seu filho ocorreu quando V. contava com idade entre seis (06) a sete (07) anos, sendo certo que, quando do ajuizamento da presente demanda, o adotando contava com quase dezenove (19), anos de idade, isto é, transcorreram-se mais de doze (12) anos sem que o apelante tenha exercido qualquer dos deveres inerentes à paternidade, papel este que foi exercido, conforme demonstrado nos autos, pelo adotante, a quem o adotando reconhece como sendo seu pai (...). À toda evidência, a verdade biológica impõe a paternidade, mas a verdade sociológica constrói, paulatinamente, a paternidade. A relação entre pais e filhos não se esclarece apenas na descendência genética, mas, sim, e preponderantemente, na relação socioafetiva, que supre o indivíduo em suas necessidades elementares de alimentação, lazer, educação, sem desconsiderar o afeto e o amor. E esta realidade que se encontra evidenciada no vínculo socioafetivo, estabelecido entre o adotante e o adotado, e que não pode ser negligenciada pelo Poder Judiciário em nome de uma relação de parentesco consubstanciada apenas na paternidade registral [...].

Nesse sentido, pode-se dizer que a decisão se pautou no melhor interesse do adotando. O Relator faz uma interpretação teleológica do art. 48 do ECA³³⁶ no sentido de que se é “possível ao filho maior buscar suas origens biológicas, também impõe-se reconhecer o direito de afastá-las por definitivo, por meio de adoção quando atingida a maioridade”, consagrando a *socioafetividade*, realidade fática comprovada pelas instâncias ordinárias. Nas contrarrazões, o adotante argumenta que criou o adotando, como se filho fosse, desde os 2 anos de idade, período em que o pai biológico não se interessou pelo filho, nem nunca pagou um centavo de pensão alimentícia, foi e continua ausente e distante, mas que por outro lado, a vida deu oportunidades para que se estabelecesse a filiação sócio afetiva, construída ao longo dos anos, que se trata de uma situação real consolidada.

Em entendimento pertinente, o Relator, argumenta que o “direito discutido envolve a defesa de interesse individual e disponível de pessoa maior e plenamente capaz”, e que como previsto na legislação pátria, o poder familiar se extingue pela maioridade (art. 1.635 do CC), pois “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores” (art. 1.630 do CC); que “o maior de 18 anos não depende mais do consentimento dos pais ou do representante legal para exercer sua autonomia de vontade, logo, a toda evidência, não se aplica o art. 45, § 1º, do ECA na espécie”; que em relação “à adoção de pessoa adulta, entendendo-se desnecessário o consentimento dos pais, é absolutamente necessária a citação deles, com o fito de precaver eventual interesse jurídico, citando Farias e Ronsenvald, p. 1.061. Traz, também o entendimento doutrinário referente a “prescindibilidade do consentimento do pai registral devidamente citado”, externado por Maria Berenice Dias:

[...] A adoção de maiores nunca foi proibida [...] No que concerne à adoção de adultos, limita-se o Código Civil a exigir a assistência efetiva do poder público, o que torna necessária a via judicial, aplicando-se no que couber, as regras do ECA (CC 1.619). Ainda assim, mister reconhecer que é desnecessário estágio de convivência. Como se trata de direito personalíssimo, que diz com o estado da pessoa, indispensável a inequívoca manifestação de vontade de adotante e de adotado [...] Dúvidas há sobre a necessidade de consentimento dos pais. As posições são contraditórias. No entanto, é imperativo, senão o consentimento, ao menos a citação dos pais registrais. Mesmo que não precisem consentir, os pais biológicos devem ser citados, pois a sentença terá profunda ingerência nas suas vidas. Perdem eles a relação paterno-filial, que, às claras,

³³⁶ Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

não se esgota com a extinção desarrazoada a 'perda' de um filho sem sequer tomar conhecimento de tal fato. De outro lado, como se trata de ação relativa ao estado de uma pessoa, para a sentença produzir coisa julgada com relação a terceiros é indispensável a citação de todos os interessados como litisconsortes necessários (CPC 472) (DIAS, p. 504-505).

É de total pertinência tal entendimento, pois o pai deve ter, no mínimo, o direito de saber que seu filho biológico não o quer mais como pai, e que esta decisão irá surtir efeitos jurídicos, então, como parte diretamente interessada no processo, deve ser citado.

Para o Relator a irresignação do Recorrente não encontra respaldo na jurisprudência do STJ, “que já decidiu em hipóteses análogas pela possibilidade de dispensa do consentimento sem prévia destituição do poder familiar quando constatada uma situação de fato consolidada no tempo que seja favorável ao adotando, consoante se verifica dos seguintes precedentes”:

DIREITO CIVIL. ADOÇÃO. 1. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 45 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NÃO OCORRÊNCIA. QUIESCÊNCIA DEMONSTRADA POR TERMO ASSINADO PELA MÃE BIOLÓGICA CORROBORADO PELAS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. 2. LONGO CONVÍVIO DA ADOTANDA COM A FAMÍLIA SUBSTITUTA. MELHOR INTERESSE DA MENOR. 3. RECURSO IMPROVIDO.

1. São nobres os propósitos do art. 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente, notadamente diante dos noticiados casos de venda e tráfico de crianças. De fato, o consentimento dos pais biológicos do adotando encerra segurança jurídica ao procedimento legal de adoção. Sucede, entretanto, que o desate de controvérsias como a presente reclama a definição, diante do quadro fático apresentado, de qual solução atenderá o melhor interesse da criança, real destinatária das leis e da atuação do Poder Judiciário. 2. Na espécie, o conteúdo da declaração prestada pela mãe biológica da adotanda, apesar de não autenticada ou ratificada em audiência, elucida o consentimento e a intenção de entregar a infante aos cuidados dos recorridos. Os depoimentos das testemunhas, igualmente, esclarecem que a genitora da menor não possuía condições para criá-la. O relatório social atesta a regularidade da situação de fato, bem como o carinho e amor dispensados pelos adotantes à criança. Além disso, a mãe biológica da infante foi pessoalmente citada e deixou de comparecer em juízo ou de questionar o termo de anuência por ela assinado. Assim, sobejamente demonstrado o vínculo afetivo criado entre a criança e os recorridos, sendo todas as circunstâncias favoráveis à manutenção da menor na companhia da família que a acolheu, a interpretação literal da norma violaria, acima de tudo, a doutrina da proteção integral e, como tal, encontrar-se-ia na contramão da melhor dogmática processual. Precedentes. 3. Com efeito, no confronto das formalidades legais com os vínculos de afeto criados entre os adotantes e a infante, os últimos devem sempre prevalecer. Diante dessas considerações, declarar a nulidade do processo de adoção, notadamente diante dos elementos de prova coletados durante a instrução do feito - termo de anuência apresentado pela mãe biológica, depoimentos das testemunhas, relatório social e situação de fato estabelecida há aproximadamente 13 (treze) anos -, postergando sem justificativa a regularização da situação da infante, não condiz com os objetivos do Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. Recurso especial a que se nega provimento (REsp 1.423.640/CE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 13/11/2014).

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA PROFERIDA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ADOÇÃO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO NO PROCESSO ALIENÍGENA E QUE, ATUALMENTE, SE ENCONTRA EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. SITUAÇÃO DE FATO QUE JÁ PERDURA HÁ MAIS DE DEZ ANOS. (...) 3. Na mesma linha, não obsta à homologação da sentença estrangeira a falta de citação do pai biológico para responder ao processo de adoção de pessoa que atingiu a maioridade, mormente quando a filha, a própria requerente da homologação, pretende a regularização de sua situação de fato. Ademais, não há necessidade de consentimento do pai para a adoção, sendo que a filha já adquiriu a nacionalidade americana e, principalmente, vem sendo

criada em ótimas condições pelo seu pai adotivo (brasileiro residente nos Estados Unidos) há mais de dez anos. Além disso, no processo de homologação, constatou-se ser desconhecido o paradeiro do pai, que, não obstante os ofícios encaminhados à Receita Federal e à Justiça Eleitoral, não foi localizado. 4. Foi promovida a citação de terceiros possíveis interessados neste processo. 5. Homologação da sentença estrangeira deferida (SEC 6.396/EX, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/10/2014, DJe 06/11/2014).

CIVIL. ADOÇÃO. VÍCIO NO CONSENTIMENTO DA GENITORA. BOA-FÉ DOS ADOTANTES. LONGO CONVÍVIO DA ADOTANDA COM OS ADOTANTES. PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

1. A criança adotanda é o objeto de proteção legal primário em um processo de adoção, devendo a ela ser asseguradas condições básicas para o seu bem-estar e desenvolvimento sociopsicológico. 2. A constatação de vício no consentimento da genitora, com relação a entrega de sua filha para a adoção, não nulifica, por si só, a adoção já realizada, na qual é possível se constatar a boa-fé dos adotantes. 3. O alçar do direito materno, em relação à sua prole, à condição de prevalência sobre tudo e todos, dando-se a coacta manifestação da mãe-adolescente a capacidade de apagar anos de convivência familiar, estabelecida sobre os auspícios do Estado, entre o casal adotante, seus filhos naturais e a adotanda, no único lar que essa sempre teve, importa em ignorar o direito primário da infante, vista mais como objeto litigioso e menos, ou quase nada, como indivíduo, detentora, ela própria, de direitos, que, no particular, se sobrepõe aos brandidos pelas partes. 4. Apontando as circunstâncias fáticas para uma melhor qualidade de vida no lar adotivo e associando-se essas circunstâncias à convivência da adotanda, por lapso temporal significativo - 09 anos -, junto à família adotante, deve-se manter íntegro esse núcleo familiar. 5. Recurso especial provido (REsp 1.199.465/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 21/06/2011).

Desde o início do processo ficou demonstrado o abandono do adotando pelo seu genitor, não merecendo acolhida a sua oposição à adoção de seu filho biológico, uma vez que o pai abriu mão do seu poder familiar quando abandonou o filho, deixando-o aos cuidados da genitora, havendo, assim, a “extinção fática do poder familiar, à luz do devido processo legal e do melhor interesse do adotando”.

Nesse sentido se posiciona o Relator, “Com efeito, a adoção de maiores, admitida sempre pela via judicial, deve ser permitida quando constituir efetivo benefício para o adotando (art. 1.625 do Código Civil), como no caso dos autos.”, com esta afirmação traz a seguinte decisão:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO DE MAIOR DE DEZOITO ANOS. MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA. CÓDIGO CIVIL DE 2002. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PROCESSO JUDICIAL E SENTENÇA CONSTITUTIVA. 1. Na vigência do Código Civil de 2002, é indispensável o processo judicial, mesmo para a adoção de maiores de dezoito (18) anos, não sendo possível realizar o ato por intermédio de escritura pública. 2. Recurso especial provido (REsp 703.362/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 08/06/2010).

O voto é finalizado no sentido de negar provimento ao RE, pois havendo um vínculo afetivo, que resulta numa relação jurídica paterno-filial, a adoção de pessoa capaz não pode ser negada sem justa causa apresentada pelo pai biológico, em especial quando existente livre manifestação de vontade de quem pretende adotar e de quem pode ser adotado.

O voto apresentou fundamentação legal, jurisprudencial e doutrinária pertinente, demonstrando a importância da aplicação do melhor interesse do adotando em casos de adoção, como também, o valor da convivência familiar, com amor e cuidado, para a proteção integral da pessoa em desenvolvimento.

Decisão 07³³⁷**1 - Nome do Tribunal:** SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – 3ª TURMA**2 - Data da decisão:** DJe: 24/06/2016**3 - Identificação da Decisão:**

HABEAS CORPUS Nº 358.536 - SP (2016/0149584-9)

RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

IMPETRANTE: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

ADVOGADO: Fernando Catache Borian

IMPETRADO: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

PACIENTE: V A

4 - Os fatos: Trata-se de *habeas corpus*, colocado como substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor da paciente V. A., criança, contra ato da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento ao recurso de apelação nº 0018225-50.2014.8.26.0302, determinando a retirada da infante da família substituta, devidamente cadastrada no Cadastro Nacional para Adoção (CNA), para ser colocada em instituição de acolhimento.

EMENTA HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. ADOÇÃO. 1. O Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, ao preconizar a doutrina da proteção integral (artigo 1º da Lei nº 8.069/1990), torna imperativa a observância do melhor interesse da criança. 2. A avaliação realizada pelo serviço social judiciário constatou que a criança adotanda está recebendo os cuidados e a atenção adequada às suas necessidades básicas e afetivas na residência da família substituta. 3. Ressalvado evidente risco à integridade física ou psíquica do infante é inválida a determinação de acolhimento da criança que não se inclui em nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA. 4. Nos casos de flagrante constrangimento ilegal é possível a concessão da ordem de ofício. 5. Habeas Corpus concedido de ofício.

ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, conceder o *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha (Presidente) e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 21 de junho de 2016 (Data do Julgamento) Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA Relator

Inicialmente, o Ministério Público estadual (MPSP) propôs ação civil pública contra menor de idade V. A., R. A. J. e M. M. da S., alegando que o réu R. A. J. registrou como se sua filha fosse a menor V. A., com a anuência da mãe biológica M. M. da S., que à época informou desconhecer a verdadeira paternidade da filha. Após ser abandonada pela mãe, a criança passou à posse do "suposto" pai R. A. J. e de sua companheira F. G.. Em razão de indícios da "adoção à brasileira", tendo em vista a tentativa de registro irregular da bebê, o órgão ministerial solicitou o reconhecimento da parcial nulidade do assento de nascimento de V. A. para excluir a paternidade, destituir o poder familiar da mãe biológica e determinar a colocação da criança em família substituta. Tal ação originou-se do requerimento de retificação de nome promovido por R. A. J., que, ao auto declarar-se pai de V., à época com dez dias de vida, perante tabelionato, pretendeu a inclusão do sobrenome Gonzalez, o patronímico de sua atual companheira F. G..

A mãe biológica (M. M. da S.) admitiu que não possui condições de exercer o papel de mãe e que pouco interage com a prole, motivo pelo qual o exercício da guarda de seus outros

³³⁷ Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1521939&num_registro=201601495849&data=20160624&formato=PDF. Acesso em 08 abril 2020.

filhos se encontra com os avós materno. O MP requereu o acolhimento de V. junto à creche *Nosso Lar* como *mal menor* frente ao tanto de sofrimento que poderá vir a ser-lhe imposto pela insensatez dos envolvidos no presente feito, haja vista a atual impossibilidade de reinserção da menor à família biológica ou à família extensa; argumentou que a providência, além de atender aos principais interesses da infante, também preserva o direito dos casais regularmente cadastrados para o processo de adoção, pedindo, também, a suspensão do poder familiar dos requeridos R. A. J. e M. M. da S.

No dia 22.9.2015, a criança, então com 12 meses, foi posta em família substituta (guarda provisória de E. C. e A. A. G. C. para fins de adoção) por meio do Processo nº 0010699-95.2015.8.26.0302 - Vara da Infância e Juventude de Jaú/SP.

Inconformados, a mãe biológica e o "possível" pai da menor apelaram alegando, que não teria havido a oitiva da genitora em audiência, bem como que a paternidade teria sido reconhecida voluntariamente por R. A. J., sendo, por isso, desnecessária a realização de exame de DNA. Pelo laudo técnico juntado aos autos, a criança identificou adequadamente as figuras materna e paterna, com a família substituta, demonstrando interação afetiva, alternando solicitações de colo entre os adotantes, sinalizando relação parental estabelecida.

5 - O Processo (descrever a história judiciária do caso e verificar se foram esgotadas as vias de recursos internos);

O Acórdão é referente a *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor da criança V. A., contra ato da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento ao recurso de apelação nº 0018225-50.2014.8.26.0302, nos termos de “ação de destituição do poder familiar, retificação do registro de nascimento e colocação em família substituta”, sendo a sentença de procedência, mas a mãe biológica não foi ouvida em audiência, daí o pedido de nulidade do ato, consoante o disposto no art. 161, § 4º, do ECA, alegando violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. A sentença foi anulada, com determinação do retorno da criança à instituição de acolhimento.

O processo tem origem em **ação civil pública** proposta pelo Ministério Público estadual contra a paciente V. A., menor de idade, R. A. J. e M. M. da S., sob a alegação de que o réu R. A. J. (diplomata) registrou a criança (V. A.) como se sua filha fosse, com a anuência da mãe biológica M. M. da S., que à época informou desconhecer a sua verdadeira paternidade.

Tendo em vista a tentativa de registro irregular da criança, o órgão ministerial solicitou o reconhecimento da parcial nulidade do assento de nascimento de V. A. para excluir a paternidade, destituir o poder familiar da mãe biológica e determinar a colocação da criança em família substituta. Tal ação originou-se do requerimento de retificação de nome promovido por R. A. J., que, ao auto declarar-se pai da bebê V., então com dez dias de vida, perante tabelionato, pretendeu a inclusão do sobrenome Gonzalez, coincidentemente, o patronímico de sua atual companheira F. G..

Para subsidiar a inicial da ação civil pública foi elaborado estudo social, no qual consta

que M. M. é pessoa jovem (24 anos de idade) e que, apesar de ter tido quatro filhos (V., K, K. e V.), não desenvolveu sentimento materno, pois revela postura indiferente quanto aos filhos”. Nas observações feitas pelas técnicas do Juízo, apresentam que a requerida demonstra rejeição pela criança V. desde a identificação da gestação; que deixou claro que não teria condições e que não desejava criar a filha, mesmo se contasse com a assistência financeira do suposto genitor, ficando demonstrada sua incompatibilidade ao exercício do poder familiar, demonstrou não sentir amor de mãe, nem paciência com crianças, não suporta choros, se descontrola e agride os filhos, acha que os filhos atrapalham e a impedem de ir onde e quando quiser; disse “que gosta de sair, frequentar bailes e retorna para casa 6h da manhã, quando não resolve estender sua diversão ficando até dois dias fora de casa, em festas em outra cidade;

que admite não possuir condições de exercer o papel de mãe e que pouco interage com os demais filhos, motivo pelo qual o exercício da guarda destes se encontra com os avós. Diante de tais relatos, o órgão ministerial requereu em **liminar** o acolhimento de V. junto à creche *Nosso Lar*, haja vista a atual impossibilidade de reinserção da menor à família biológica ou à família extensa, entendendo que além de atender aos principais interesses da criança, também preserva o direito dos casais regularmente cadastrados para o processo de adoção, conclui pedindo a suspensão do poder familiar dos requeridos R. A. J. e M. M. da S.. A liminar foi deferida em 10.12.2014 para suspender o poder familiar dos réus em relação à infante e determinar o seu acolhimento no abrigo *Nosso Lar*, onde ela ficou por volta de nove meses quando foi deferida a guarda à família substituta.

Em **contestação** a mãe biológica (M.) ratificou a paternidade do corréu e se opôs à destituição de seu poder familiar. Negou abandono e manifestou sua intenção de que sua filha fosse criada com o auxílio do suposto pai da sua esposa, por terem melhores condições para criar a criança. No decorrer do processo o suposto pai biológico negou-se a fazer o exame de DNA.

O teor dos estudos psicossociais realizados, constataram que a mãe da criança já se prostituiu, usou drogas e que paga cesta básica como pena, em decorrência de agressão a filha K., que a levou a responder a processo criminal; os laudos foram uníssonos pela inviabilidade de a mãe biológica exercer o poder familiar. Sobreveio **sentença** que julgou procedente o pedido para destituir a genitora do poder familiar e determinou a retificação do registro de nascimento de V. A., a exclusão do nome dos supostos pai e avós paternos e, conseqüentemente a alteração do nome da criança, e ao final, indicou que a infante fosse colocada em família substituta inscrita no Cadastro Nacional de Adoção (CNA), independentemente do trânsito em julgado da ação. No dia 22.9.2015, a criança, então com 12 meses, foi posta em família substituta, via guarda provisória para fins de adoção, por meio do Processo nº 0010699-95.2015.8.26.0302 - Vara da Infância e Juventude de Jaú/SP.

Inconformados, a mãe biológica e o "suposto" pai da criança interpuseram recurso de **apelação**, alegando que não teria havido a oitiva da genitora em audiência, bem como que a paternidade teria sido reconhecida voluntariamente por R. A. J., sendo, por isso, desnecessária a realização de exame de DNA. O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo. Em 16.5.2016, o Tribunal de origem **anulou** esta sentença, fundamentado na ausência de oitiva da genitora da criança em audiência (art. 161, § 4º do ECA)³³⁸, restabelecendo-se a situação da criança anterior à sentença; sendo determinado pelo juízo de primeira instância a busca e apreensão da criança V.A, para que fosse retirada do lar dos possíveis adotantes e conduzida, mais uma vez, ao abrigo *Nosso Lar*, com sede em Jaú/SP.

A Defensoria Pública interpôs **habeas corpus**, arguindo o fato dos adotantes estarem devidamente habilitados para adoção, os laudos sobre a adoção presentes nos autos e o bem estar de V., que ela permaneça sob os cuidados do casal adotante enquanto se adequem os procedimentos jurídicos necessários ao caso, ou seja, que em virtude de inexistir situação de risco impeditiva da manutenção da criança sob a guarda do casal cadastrado para adoção até o desfecho da lide, pois do ponto de vista da criança, a ausência de efeito suspensivo ao recurso de apelação, em decisão do juízo singular e confirmada pelo Tribunal de Justiça, fez nascer uma nova situação jurídica, uma vez que a criança se adaptou ao seu novo lar nos oito meses que esteve sob a guarda do casal E. C e A. A. G. C., pretendentes à adoção. Portanto, agora, melhor

³³⁸ No seu Acórdão o Relator, Desembargador Luiz Antonio de Godoy, assim se manifesta: "Ao final, o processo foi julgado antecipadamente, sem a realização de prova oral, apesar dos requerimentos dos apelantes para que fossem ouvidas a genitora e testemunhas. E, justamente por conta da ausência de oitiva da mãe da criança, em juízo, é que a sentença deve ser anulada. [...] Todavia, com a alteração trazida pela Lei 12.010/09, a oitiva dos pais passou a ser obrigatória sempre que os genitores forem identificados e estiverem em local conhecido, nos termos do art. 161, § 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente."

que continue sob a guarda do referido casal enquanto tramita o processo e se resolve a situação jurídica totalmente, evitando sucessivas e abruptas alterações em seu lar, com vistas à proteção de sua estabilidade emocional. Ao final, requer a Defensoria, que caso a ação civil pública movida pelo Ministério Público seja julgada improcedente, que se estabeleça uma gradual e paulatina reinserção na família natural, pois enquanto a ação tramita, é melhor que ela continue sob a guarda do casal E. C e A. A. G. C pretendentes à adoção, pois ela já reconhece esse lar como seu. Requereu, assim, a "concessão da medida liminar a fim de que a paciente aguarde o julgamento de mérito do *writ* sob a companhia dos pais afetivos E. C. e A. A. G. C.

A **liminar** foi deferida para determinar a entrega da menor V. A. aos guardiães E. C. e A. A. G. C., afastando o recolhimento institucional da criança, até o trânsito em julgado da ação de destituição do poder familiar em tramitação. O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, opinou pelo deferimento da presente ordem de *habeas corpus*, nos termos da seguinte ementa: "*Habeas corpus*. Ação civil pública. Destituição do poder familiar. Família substituta. Estatuto da Criança e do Adolescente. A criança deve ser protegida de mudanças sucessivas e temporárias de lar, excessivamente prejudiciais a sua estabilidade física e emocional".

Em seu Voto, o Relator, Exmo. Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, se posicionou:

Primeiramente, saliente-se que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os *Habeas Corpus* nº 109.956/PR (DJe de 11/9/2012) e nº 104.045/RJ (DJe de 6/9/2012), considerou inadequado o *writ* para substituir recurso ordinário constitucional, em HC julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal. Todavia, dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, que será concedido *habeas corpus* "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

Assim, nada impede que, na hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja concedido *habeas corpus*, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica, o que é a **hipótese dos autos**, porquanto inconcebível se presumir que um local de acolhimento institucional possa ser preferível a um lar estabelecido, onde a criança não sofre nenhum tipo de violência física ou moral.

A hipótese dos autos, excepcionalíssima, justifica o conhecimento e deferimento da ordem, porquanto inválida a determinação de acolhimento institucional.

A convivência por oito meses com a sua nova família consolidou os laços familiares (filiação socioafetiva), consoante robustamente demonstrado pelos laudos presentes nos autos. Os fatos descritos na inicial da ação civil pública proposta pelo MP indicam a gravidade da situação, pois a mãe da criança entregou-a, sob circunstâncias suspeitas e nebulosas, a terceiros, com quem a infante não estreitou laços afetivos em virtude do curto tempo de convívio. Assim sendo, descumpriu claramente o dever de sustento e guarda de sua filha, o que atrai, a princípio, o teor do art. 1.638, II, do Código Civil (CC).

Em entendimento diverso da decisão que anulou a sentença de procedência da ação civil pública, com base em nulidade processual, determinando o (re)envio da criança ao abrigo, o Relator do Acórdão em análise leciona:

Para tal decisão, o Relator, Desembargador Luiz Antonio de Godoy, arguiu que a genitora, mercê de ter apresentado contestação e de ter sido ouvida em juízo no procedimento de retificação do nome de sua filha, não teria se defendido em audiência na condição de ré no processo de destituição de seu poder familiar. A despeito de juridicamente ser possível a realização da oitiva da genitora nos autos, a fim de ser conferido um amplo contraditório, conforme preceitua o art. 164, § 4º, do ECA, **o fato**

é que a mãe já foi ouvida nos autos da retificação do assentamento da filha pela Juíza da 3ª Vara Cível da Comarca de Jaú/SP, prova que pode ser emprestada, tendo em vista a necessidade de aproveitamento dos atos processuais, à luz da duração razoável do processo. Ademais, o conjunto fático-probatório dos autos, (estudos sociais) respalda todas as partes e realiza a verdade real. Em casos como o ora em voga, em que há interesse de menor em jogo, é indispensável emprestar maior celeridade aos atos processuais a fim de ser realizada a justiça do caso concreto, visto versar sobre a vida familiar e os laços emocionais de *hiper* vulnerável. Em virtude da grave circunstância exposta no presente feito, em que a genitora declara ignorar quem era o pai da criança, não obstante a tenha entregue de forma nebulosa ao "suposto" pai, a criança foi colocada em família substituta devidamente credenciada pelo Juízo e que vem, como se afere das provas acostadas aos autos, atendendo às necessidades da infante como se pode conferir do conjunto fático-probatório. (Grifo nosso)

Nesse sentido é o parecer do Ministério Público estadual e do Ministério Público Federal, argumentando, também, que a afere-se do relatório psicossocial que a criança já está emocionalmente vinculada aos pais adotivos e que se encontra integrada à família substituta, demonstrando bom estado de saúde física e mental no novo lar. Além disso, não foram identificados familiares ou parentes maternos dispostos ou com possibilidades de atenderem-na, neste momento. Desse modo, reputa-se inválida a determinação de acolhimento da criança, que não se inclui em nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA, sobretudo quando a criança já esteve por nove meses em um abrigo, devido à prática da adoção à brasileira. No caso, o "suposto" pai recusou-se a realizar o exame de DNA, além de ter praticado fatos graves como burlar as regras do registro público. Por sua vez, a mãe biológica não demonstra interesse concreto nem condições para criar a filha, desse modo, acertada a decisão judicial de colocar a criança em família substituta preparada para corresponder às expectativas de amor e cuidado que uma criança de tenra idade precisa receber, pois a criança desde muito cedo reconhece as pessoas com as quais convive diariamente, e V. A. está com 1 ano e 8 meses de idade, fase em que já identifica e sente o que ocorre a sua volta.

O STF tem entendimento firmado³³⁹ no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário, A criança deve ser protegida de sucessivas e abruptas alterações em seu lar, com vistas à proteção de sua estabilidade emocional. Registre-se que ao afeto vem se atribuindo valor jurídico e a dimensão socioafetiva da família ganha espaço na doutrina e na jurisprudência em detrimento das relações de consanguinidade. A adoção, inclusive, é a expressão máxima do princípio da socio afetividade, retirando da liberdade individual a possibilidade de arrependimento posterior. Dessa forma, não é razoável transferir a guarda dessa criança a um abrigo tão somente em nome de um formalismo exacerbado, que certamente não atende ao bem da vida a ser tutelado nem ao interesse da menor, exatamente na fase em que se encontra mais vulnerável. Por sua vez, consigne-se que a adoção não existe apenas para promover a satisfação do interesse do adotante, mas visa, sobretudo, à constituição de família substituta à criança, com intuito de possibilitar seu desenvolvimento como ser humano.

O Relator finaliza seu voto concedendo “definitivamente a ordem para determinar a permanência da menor V. A. com os guardiães E. C. e A. A. G. C., devidamente cadastrados para adoção, **o que traduz o melhor interesse da criança**, afastando qualquer novo recolhimento institucional até o trânsito em julgado da ação de destituição do poder familiar em tramitação”. (Grifo nosso)

³³⁹ A Terceira Turma do STJ, em julgado - MC nº 18.329/SC, relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, julgado em 20.9.2011 -, fixou o entendimento de que, na ausência de perigo de violência física ou psicológica contra a criança, a sua busca e apreensão com acolhimento institucional, no curso de qualquer ação em que se discuta a custódia física da infante, representa evidente afronta ao melhor interesse do menor.

6 - Os argumentos das partes (resumo dos argumentos de quem está inconformado e de quem responde);

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo impetrou *habeas corpus* (HC) com pedido liminar, em favor da paciente V. A., contra ato da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento ao recurso de apelação nº 0018225-50.2014.8.26.0302, referente a “ação de destituição do poder familiar, retificação do registro de nascimento e colocação em família substituta”, cuja sentença de procedência foi fundamentada no fato da genitora citada não ter sido ouvida em audiência, decidindo pela nulidade do ato, consoante o disposto no artigo 161, § 4º, do ECA, e conseqüente violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A *lide* iniciou com o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público estadual proposta contra a paciente V. A., menor de idade, R. A. J. e M. M. da S., sob a alegação que o réu R. A. J. (diplomata) registrou como se sua filha fosse a menor V. A., com a anuência da mãe biológica M. M. da S., que à época informou desconhecer a verdadeira paternidade da filha. Tal ação originou-se do requerimento de retificação de nome promovido por R. A. J., que, ao auto declarar-se pai da menor V., então com dez dias de vida, perante tabelionato, pretendeu a inclusão do sobrenome Gonzalez, coincidentemente, o patronímico de sua atual companheira F. G.. A criança foi entregue pela mãe ao "suposto" pai R. A. J. e sua companheira F. G., e em razão de indícios de "adoção à brasileira", decorrente da tentativa de registro irregular da criança, o órgão ministerial solicitou o reconhecimento da parcial nulidade do assento de nascimento de V. A. para excluir a paternidade, destituir o poder familiar da mãe biológica e determinar a colocação da menor em família substituta.

A mãe biológica (M.) foi citada e contestou o pedido, na qual ratificou a paternidade do corréu e se opôs à destituição de seu poder familiar. Negou abandono e manifestou sua intenção de que sua filha fosse criada com o auxílio do corréu e da esposa dele, por terem melhores condições para tanto.

Foram realizados estudos psicossociais cujos relatórios registram que a própria requerida admite que não possui condições de exercer o papel de mãe e que pouco interage com a prole, motivo pelo qual o exercício da guarda de seus outros filhos se encontra com os avós maternos; que foi constatado que a mãe da criança já se prostituiu, usou drogas e que paga cesta básica como pena em virtude de já ter agredido a filha K., tendo, inclusive, respondido a processo criminal (os laudos foram uníssonos pela inviabilidade de a mãe biológica exercer o poder familiar). Por sua vez, o suposto pai biológico não quis se submeter ao exame de DNA, sob a justificativa que havia reconhecido a paternidade, portanto, desnecessário o referido exame. Assim, o órgão ministerial requereu o acolhimento de V. junto à creche *Nosso Lar*, por entender que é o mais adequado para a criança, haja vista a atual impossibilidade de sua reinserção à família biológica ou à família extensa; e que tal providência, além de atender aos principais interesses da infante, também preserva o direito dos casais regularmente cadastrados para o processo de adoção, sendo necessária a suspensão/destituição do poder familiar dos requeridos R. A. J. e M. M. da S..

Sobreveio sentença do juízo singular, que julgou procedente o pedido para destituir a genitora do poder familiar e determinou a retificação do registro de nascimento de V. A., a exclusão do nome dos supostos pai e avós paternos e, conseqüentemente a alteração do nome da criança. Ao final, indicou que a infante fosse colocada em família substituta inscrita no Cadastro Nacional de Adoção, independentemente do trânsito em julgado da ação.

Em 22.9.2015, V. A., então com 12 meses, foi colocada família substituta, via guarda provisória de E. C. e A. A. G. C. para fins de adoção. Inconformados, a mãe biológica e o "possível" pai da criança apelaram alegando, que não teria havido a oitiva da genitora em audiência, bem como que a paternidade teria sido reconhecida voluntariamente por R. A. J., sendo, por isso, desnecessária a realização de exame de DNA.

No caso do HC, a contenda se dá em face da criança ter sido retirada do convívio da família substituta para retornar à instituição de acolhimento, o que contrariou totalmente o seu melhor interesse. Para o Relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, que será concedido *habeas corpus* "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", portanto, nada impede que, na hipótese de *habeas corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal* – que não merece conhecimento –, seja concedido HC, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica, o que é a hipótese dos autos, porquanto inconcebível se presumir que um local de acolhimento institucional possa ser preferível a um lar estabelecido, onde a criança não sofre nenhum tipo de violência física ou moral; pois a hipótese dos autos, excepcionalíssima, justifica o conhecimento e deferimento da ordem, sendo inválida a determinação de acolhimento institucional.

O Relator do HC assim se manifesta:

Em 16.5.2016, o Tribunal de origem anulou a sentença em virtude da ausência de oitiva da genitora da criança em audiência, restabelecendo-se a situação da criança anterior à sentença, impondo novo acolhimento institucional. Dessa forma, o juízo de primeira instância determinou a busca e apreensão da criança V.A a fim de que fosse retirada do lar dos possíveis adotantes e conduzida, mais uma vez, ao abrigo "Nosso Lar", com sede em Jaú/SP. A criança foi entregue espontaneamente pelos guardiães para minimizar eventuais danos emocionais à criança. No presente writ, a Defensoria Pública alega que "há indícios de que a criança já está totalmente adaptada ao lar dos pretendentes à adoção, como demonstram os relatórios juntados a este habeas corpus, inclusive sofrendo pelo novo acolhimento" (e-STJ fl. 4), afirmando inexistir situação de risco impeditiva da manutenção da criança sob a guarda do casal cadastrado para adoção até o desfecho da lide, trâmite burocrático que não pode se sobrepor ao melhor interesse da criança.

A liminar foi deferida, determinando a entrega da criança V. A. aos guardiães E. C. e A. A. G. C., abduzindo o recolhimento institucional da criança, até o trânsito em julgado da ação de destituição do poder familiar em tramitação.

7 - O problema jurídico (normas aplicáveis, fundamentação legal e jurisprudencial);

Referência Legislativa: art. 1º, art. 98 e 161, § 4º, do ECA; artigo 5º, LV, da Constituição Federal (CF/88); "adoção à brasileira" (art. 242 do Código Penal), tendo em vista a tentativa de registro irregular da criança; art. 5º, LXVIII, da CF/88; A mãe da criança entregou-a, sob circunstâncias suspeitas, a terceiros, descumprindo o dever de sustento e guarda de sua filha, deixando-a em abandono, art. 1.638, inciso II, do Código Civil; art. 161, § 4º, do ECA, modificado pela Lei 12.010/09, a oitiva dos pais é obrigatória sempre que os genitores forem identificados e estiverem em local conhecido;

Jurisprudência Citada: determinação de acolhimento institucional - AgRg na MC 10.531-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ de 19.12.2005, p. 391; STJ HC 221.594/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 21/03/2012, AgRg na MC 18329-SC; AgRg na MC 18.329/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 28/11/2011;

Doutrina citada: CAMBI, Eduardo. *O paradoxo da verdade biológica e sócio-afetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame do DNA, na hipótese da 'adoção à brasileira'*. In **Revista de Direito Privado**. Coordenação Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. v. 14, n. 13, ano 4 - janeiro-março 2003, pág. 8.

8 - A conclusão (identificar o *problema jurídico* e a *problemática*, esta irá embasar o *comentário*);

Este *comentário* se dá para construção dogmática de um entendimento jurisprudencial do significado do princípio do “melhor interesse da criança”, a partir da vigência da *lei da adoção* aprovada em agosto de 2009 (Lei N. 12.010/09), a qual “dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças” (art. 1º).

O *problema jurídico* do Acórdão em análise é referente a pedido de *habeas corpus* (HC), substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor da criança V. A., contra ato da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento ao recurso de apelação da sentença de procedência da “ação de destituição do poder familiar c/c retificação do registro de nascimento e colocação em família substituta”, sob a alegação da violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, em virtude da genitora não ter sido ouvida em audiência específica, conforme estabelece o art. 161, § 4º, do ECA; sendo a sentença foi anulada com determinação de recolhimento da criança para ser recolocada em instituição de acolhimento.

A *lide* processual teve início com a proposição de “ação civil pública”, pelo Ministério Público estadual, contra a criança V. A., R. A. J. e M. M. da S., sob a alegação de que o réu R. A. J. (diplomata) registrou como se sua filha fosse a bebê V. A., com a anuência da mãe biológica M. M. da S., que à época informou desconhecer a verdadeira paternidade da menina, deixando-a com o “suposto” pai R. A. J. e de sua companheira F. G.. Tal ação originou-se do requerimento de retificação de nome promovido por R. A. J., que auto declarou-se pai de V. (então com dez dias de vida) perante tabelionato, pretendendo a inclusão do sobrenome de sua companheira F. G.; assim, em razão de indícios da denominada “adoção à brasileira” (art. 242 do Código Penal), tendo em vista a tentativa de registro irregular da criança, o órgão ministerial solicitou o reconhecimento da parcial nulidade do assento de nascimento de V. A. para excluir a paternidade (o “suposto” pai se negou a fazer o exame de DNA), destituir o poder familiar da mãe biológica e determinar a colocação da criança em família substituta na modalidade de adoção.

Sendo a sentença favorável ao pedido do MP, julgando procedente o pedido para destituir a genitora do poder familiar e determinando a retificação do registro de nascimento de V. A. para exclusão do nome dos supostos pai e avós paternos e, por conseguinte a alteração do nome da criança, indicando que ela fosse colocada em família substituta inscrita no Cadastro Nacional de Adoção (CNA), independentemente do trânsito em julgado da ação. A infante foi colocada em instituição de acolhimento e posteriormente (com um ano de idade) em família substituta cadastrada, na modalidade de guarda provisória para fins de adoção, por meio do Processo nº 0010699-95.2015.8.26.0302 - Vara da Infância e Juventude de Jaú/SP.

Inconformados, a mãe biológica e o “possível” pai da criança interuseram recurso de apelação alegando que não teria havido a oitiva da genitora em audiência, bem como que a paternidade teria sido reconhecida voluntariamente por R. A. J., sendo, por isso, desnecessária a realização de exame de DNA. O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo; em 16.5.2016, o Tribunal de origem deferiu o recurso e anulou a sentença em virtude da ausência de oitiva da genitora da criança em audiência, restabelecendo-se a situação da criança anterior à sentença de primeira instância, impondo novo acolhimento institucional; o juízo de primeira instância determinou a busca e apreensão de V.A, para que fosse retirada do lar dos possíveis adotantes e conduzida, mais uma vez, ao abrigo *Nosso Lar*, com sede em Jaú/SP. A criança foi entregue espontaneamente pelos guardiães para minimizar eventuais danos emocionais a ela.

Diante de tal situação foram apresentados laudos psicossociais demonstrando que a decisão de retirar a criança do lar substituto foi teratológica, pois o entendimento do ponto de vista psicossocial, é de que a recolocação da criança em abrigo lhe promoverá prejuízos

emocionais, sendo sugerido que ela “permaneça sob os cuidados do casal adotante enquanto se adequem os procedimentos jurídicos necessários ao caso”, considerando o fato dos adotantes estarem devidamente habilitados para adoção, os laudos sobre a adoção presentes nos autos e, principalmente, o bem estar de V. e as condições que minimizem seu sofrimento psicológico, em decorrência da ausência daqueles que ela entende como seus pais.

A *problemática* estabelecida para este *comentário* é referente a adoção, o direito à convivência familiar e o melhor interesse da criança, no sentido de construir um *conceito dogmático* referente ao *melhor interesse da criança* em casos de adoção. Vamos nos ater aos argumentos referentes ao teor da *contradição* da decisão do Tribunal de origem, que na data de 25.04.2016 manteve a criança na família substituta, medida mais condizente com os interesses da infante, garantindo-se a sua proteção integral e prioritária; e em 16.05.2016 anulou a sentença de procedência da ação civil pública, com base em nulidade processual, determinando a “devolução” da criança ao abrigo, sujeitando-a a prejuízos emocionais irreversíveis, rechaçados pela legislação e jurisprudência nacional, cuja orientação é a de que toda a criança deve ser resguardada de mudanças sucessivas e temporárias de lar, demasiadamente prejudiciais ao seu equilíbrio emocional (AgRg na MC 10.531-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ de 19.12.2005, p. 391).

Nessa perspectiva, o Relator em seu voto manifesta o entendimento de que a manutenção da criança com a família substituta, a qual atende de maneira adequada as demandas provenientes de uma pessoa em formação, principalmente na primeira infância, propiciando um lar harmonioso enquanto aguarda o desfecho da ação judicial, representa o melhor interesse da criança.

O relatório psicossocial apresentado demonstrou que a menina já está emocionalmente vinculada aos “possíveis” pais adotivos e que se encontra integrada à família substituta, demonstrando bom estado de saúde física e mental no novo lar; que não foram identificados familiares ou parentes maternos dispostos ou com possibilidades de ficarem com ela, mesmo que temporariamente.

Nesse sentido, entende-se inadequada a determinação do seu acolhimento, pois não se inclui em nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA, sobretudo quando ela já esteve por nove meses em abrigo. Por sua vez, além da mãe biológica não ter interesse em ficar com a filha, não tem condições para criá-la, sendo, portanto, acertada a decisão judicial de colocá-la em família substituta preparada para dar amor e ter o cuidado que uma criança de tenra idade precisa receber para o seu desenvolvimento integral.

O STJ tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário³⁴⁰; que a criança deve ser protegida de contínuas e abruptas alterações em seu lar, com vistas à proteção de sua estabilidade emocional, principalmente, porque ao afeto vem se atribuindo valor jurídico, e a dimensão socioafetiva da família ganha espaço na doutrina e na jurisprudência em detrimento das relações de consanguinidade.

Na perspectiva do direito fundamental à convivência familiar, entende-se não ser razoável transferir a guarda dessa criança a um abrigo tão somente em nome de um formalismo jurídico exagerado, que seguramente não atende ao seu melhor interesse, justamente na fase em que se encontra mais vulnerável. Por sua vez, hodiernamente, a adoção visa, primeiramente, à constituição de família substituta a criança, com intuito de possibilitar seu desenvolvimento como ser humano. É neste sentido que o Relator finaliza seu voto concedendo

³⁴⁰ A Terceira Turma do STJ, em julgado recente - MC nº 18.329/SC, relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, julgado em 20.9.2011 -, fixou o entendimento de que, na ausência de perigo de violência física ou psicológica contra a criança, a sua busca e apreensão com acolhimento institucional, no curso de qualquer ação em que se discuta a custódia física da infante, representa evidente afronta ao melhor interesse do menor.

[...] definitivamente a ordem para determinar a permanência da menor V. A. com os guardiães E. C. e A. A. G. C., devidamente cadastrados para adoção, o que traduz o melhor interesse da criança, afastando qualquer novo recolhimento institucional até o trânsito em julgado da ação de destituição do poder familiar em tramitação.

Considerando que a adoção visa, sobretudo, à constituição de família substituta ao infante, com intuito de possibilitar seu desenvolvimento integral, garantindo, assim, seu direito fundamental à convivência familiar em atenção ao seu melhor interesse, acredita-se que o entendimento do acórdão analisado atende o melhor interesse da criança, pois é mais adequado que continue sob a guarda da família substituta enquanto tramita o processo e se resolve a situação jurídica totalmente, evitando sucessivas e abruptas alterações em seu lar, com vistas à proteção de sua estabilidade emocional, e que, ao final, caso a ação civil pública movida pelo MP seja julgada improcedente, que se estabeleça uma gradual e paulatina reinserção na família natural.

Decisão 08³⁴¹

1 - Nome do Tribunal: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – 3ª TURMA

2 - Data da decisão: DJe 01/08/2017

3 - Identificação da Decisão:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.545.959 - SC (2012/0007903-2)

RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Voto vencido)

R.P/ACÓRDÃO: MINISTRA NANCY ANDRIGHI (voto-vista divergente do voto do Sr. Ministro-Relator)

RECORRENTE: A I K

ADVOGADOS: MURILO MENGARDA E OUTRO(S) – PR038231
WALMOR ZUCCO – SC005855

INTERES: R J K

4 - Os fatos;

Trata-se de Recurso Especial interposto por A. I. K., com fundamento no art. 105, III, *a e c* da Constituição Federal (CF/88), contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), que negou provimento à apelação.

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO UNILATERAL. REVOGAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. A adoção unilateral, ou adoção por cônjuge, é espécie do gênero adoção, que se distingue das demais, principalmente pela ausência de ruptura total entre o adotado e os pais biológicos, porquanto um deles permanece exercendo o Poder Familiar sobre o menor, que será, após a adoção, compartilhado com o cônjuge adotante. 2. Nesse tipo de adoção, que ocorre quando um dos ascendentes biológicos faleceu, foi destituído do Poder Familiar, ou é desconhecido, não há consulta ao grupo familiar estendido do ascendente ausente, cabendo tão-só ao cônjuge supérstite decidir sobre a conveniência, ou não, da adoção do filho pelo seu novo cônjuge/companheiro. 3. Embora não se olvide haver inúmeras adoções dessa natureza positivas, mormente quando há ascendente - usualmente o pai - desconhecidos, a adoção unilateral feita após o óbito de ascendente, com o conseqüente rompimento formal entre o adotado e parte de seu ramo biológico, por vezes, impõe demasiado sacrifício ao adotado. 4. Diante desse cenário, e sabendo-se que a norma que proíbe a revogação da adoção é, indistintamente, de proteção ao menor adotado, não pode esse comando legal ser usado em descompasso com seus fins teleológicos, devendo se ponderar sobre o acerto de sua utilização, quando reconhecidamente prejudique o adotado. 5. Na hipótese sob exame, a desvinculação legal entre o adotado e o ramo familiar de seu pai biológico,

³⁴¹ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/484086342/recurso-especial-resp-1545959-sc-2012-0007903-2/inteiro-teor-484086363>. Acesso em 20 agosto 2019.

não teve o condão de romper os laços familiares preexistentes, colocando o adotado em um limbo familiar, no qual convivia intimamente com os parentes de seu pai biológico, mas estava atado, legalmente, ao núcleo familiar de seu pai adotivo. 6. Nessas circunstâncias, e em outras correlatas, deve preponderar o melhor interesse da criança e do adolescente, que tem o peso principiológico necessário para impedir a aplicação de regramento claramente desfavorável ao adotado - *in casu*, a vedação da revogação da adoção - cancelando-se, assim, a adoção unilateral anteriormente estabelecida. 7. Recurso provido para, desde já permitir ao recorrente o restabelecimento do seu vínculo paterno-biológico, cancelando-se, para todos os efeitos legais, o deferimento do pedido de adoção feito em relação ao recorrente. **ACÓRDÃO** Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, divergindo do voto do Sr. Ministro-Relator, por maioria, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília (DF), 06 de junho de 2017(Data do Julgamento) MINISTRA NANCY ANDRIGHI, Relatora

O recorrente foi adotado, quando contava com quatorze anos de idade, pelo companheiro de sua mãe - R. J. K., com o seu consentimento expresso e de sua mãe. Em 2010, aos trinta e um anos de idade, ajuizou ação pleiteando a revogação da sua adoção, sob a alegação de que voltou, após um ano da adoção, à cidade de origem de seu pai biológico, já falecido, passando a conviver com sua avó paterna e outros membros da família, circunstâncias que afastaram o vínculo afetivo com o pai adotivo. A petição inicial foi acompanhada das declarações da mãe e do pai adotivo concordando com a revogação pleiteada.

5 - O Processo (descrever a história judiciária do caso e verificar se foram esgotadas as vias de recursos internos);

As informações foram retiradas do “relatório” que consta no “voto” do Relator, Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, do Recurso Especial interposto por A. I. K., com fundamento no art. 105, *a* e *c* da CF/88, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

O Processo que gerou o presente acórdão analisado teve início com o “pedido de revogação de adoção unilateral” pelo adotado, que, juntamente com sua mãe, consentiu com sua adoção, mas aos 31 anos, com a anuência expressa da mãe e do pai adotivo, pede para voltar a ser filho do seu pai biológico. O argumento apresentado é no sentido de que “o autor voltou, após um ano da adoção, à cidade de origem de seu pai biológico, já falecido, passando a conviver com sua avó e com o meio social do genitor, circunstâncias que fulminaram o vínculo afetivo com o adotante”.

Em parecer fundamentado nos art. 48 do ECA e art. 6º, § 1º da LINDB, alegando a impossibilidade jurídica do pedido, o MP do Estado de Santa Catarina opinou pela extinção do feito.

O Juiz de primeiro grau, acolhendo esta manifestação, extinguiu o processo, prolatando a sentença com o seguinte fundamento:

(...) E no caso, a adoção do autor se deu de forma regular, sem apresentar qualquer vício que pudesse embasar o pedido formulado na inicial. Portanto, sendo a adoção medida irrevogável, uma vez que cessa o vínculo consanguíneo do adotando, a justificativa apresentada pelo autor carece de possibilidade jurídica, pois o mero distanciamento de seu pai adotivo e a conseqüentemente aproximação com a família biológica não é motivo razoável para o deferimento do pedido. (...) Desta feita, é manifesta a ausência do interesse processual, na modalidade adequação, além do que o tipo de procedimento escolhido pelo requerente não corresponde à natureza da causa

(...) Ante o exposto, **extingo o presente processo sem resolução do mérito, com base no art. 267, VI, do Código de Processo Civil** (fl. 34, e-STJ). (grifo nosso)

Inconformado, o autor apelou, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao seu recurso nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVOGAÇÃO DE ADOÇÃO. RECONHECIMENTO DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. IRREVOGABILIDADE DO ATO. ART. 39, § 1º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SENTENÇA TERMINATIVA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. A adoção é medida irrevogável por expressa disposição legal (fl. 72 e-STJ).

Os embargos de declaração foram rejeitados sem acréscimo de fundamentação.

O “Autor” interpôs Recurso Especial, nas razões apresentadas, além de dissídio jurisprudencial, foi alegada violação dos arts. 332, 333 e 535 do Código de Processo Civil de 1973, art. 5º da LINDB e art. 39 do ECA; em preliminar, o Recorrente defendeu a nulidade do acórdão por negativa de prestação jurisdicional, pois o Tribunal de Santa Catarina teria se omitido a respeito de dois pontos, assim sintetizados no recurso:

"(...) (i) a extinção do feito, sem julgamento de mérito, consubstancia-se na impossibilidade jurídica do pedido por ir de encontro a lei de ordem pública, de caráter indisponível, e se (ii) a ninguém é permitido formular o mesmo pleito sob o color da proteção da estabilidade social e da manutenção do interesse público, deveria ter o venerando acórdão declarado que tais premissas não ofendem o artigo 1º, inc. III, da Constituição Federal, nem tampouco ofenderiam os artigos 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, e os arts. 332 e 333 do Código de Processo Civil" (fl. 106 e-STJ).

Em relação ao mérito da contenda, arguiu “que somente por meio de instrução probatória regular poderia o magistrado avaliar a mitigação da irrevogabilidade da adoção”. Alegou, também, que o acórdão recorrido divergiu do posicionamento do STJ, firmado no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Especial nº 863.654/SC, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

O recurso foi inadmitido na origem, subindo os autos por força do provimento do Agravo em Recurso Especial nº 105.772/SC.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da decisão que inadmitiu o apelo nobre.

Foi designado como Relator o Exmo. Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que proferiu o seu voto no sentido de que Recurso não merece prosperar.

Foi certificado que a egrégia Terceira Turma, ao apreciar o processo na sessão realizada em 18/05/2017, proferiu a seguinte decisão: “Após o voto do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, negando provimento ao recurso especial, pediu vista, antecipadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Aguardam os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino”.

O Voto-Vista apresentado pela Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi diverge do voto do Relator, nos termos a seguir expostos:

(...) a irrevogabilidade prevista no art. 39, § 1º, o ECA é justificada, pois voltada a concretizar as garantias perpétuas do vínculo de filiação, preservando a dignidade dos envolvidos e, simultaneamente, o tratamento igualitário entre os filhos e o direito à convivência familiar, preceitos preconizados pela Constituição, sem nenhuma distinção quanto à origem da família.

iniciando-o com o entendimento de que adere ao posicionamento do Ministro Relator, quanto à alegada violação do art. 535 do CPC e, também, em relação à apontada divergência jurisprudencial, por não as ver configuradas na hipótese.

No que diz respeito ao mérito, a Relatora argui que “embora o recorrente tenha pleiteado o afastamento do decreto de extinção do processo, sem julgamento do mérito e que

seja o feito remetido à instância ordinária para regular processamento” (fls. 112, e-STJ), é certo que o debate deve ser solvido aqui, tanto por já terem os Graus ordinários exarado os respectivos posicionamentos sobre o próprio pedido inaugural, quanto por não haver necessidade de revolvimento de matéria fática. Assim, o propósito recursal fica circunscrito a dizer se, uma vez perfectibilizada a adoção unilateral prevista no artigo 41, § 1º, do ECA, pode o filho adotado, após a maioridade, enjeitar a adoção e pretender sua revogação/anulação judicial.

A Relatora insere em seu argumento o “princípio do superior interesse da criança” como orientador tanto para o legislador como para o aplicador do direito, determinando a primazia das suas necessidades como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração das regras; dizendo que na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o referido princípio, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete. Ressalta que em complemento a esse raciocínio, fixar que a razão de ser da vedação levantada, que proíbe a revogação da adoção, é a proteção do adotado, cuja finalidade é colocá-lo a salvo de possíveis alternâncias comportamentais de seus adotantes, que o recolocuem na situação que antecedeu a sua adoção.

Na segunda parte do seu voto, a Relatora apresenta: “**II. Da específica adoção do recorrente e a possibilidade de sua revogação**”; onde inicia com o relato histórico do Recorrente, no que diz respeito ao seu pleito. Relatados tais fatos, diz a Relatora “que a adoção unilateral, no recurso sob exame, reproduz com impressionante acuidade, as ressalvas que alguns doutrinadores fazem ao instituto”; argumenta que a convivência do Recorrente com o pai adotivo foi por um curto período de sua vida, rompendo a partir da adoção os vínculos parentais com a família do pai biológico; que o novo grupo familiar, na prática, não perdurou por período superior a um ano, pois o recorrente, ainda menor, mudou-se para a cidade de nascimento, passando a morar com sua “avó biológica paterna”.

Finaliza pedindo vênias ao Ministro Relator, pois entende que o recurso deve ser provido para, desde já permitir ao recorrente o restabelecimento do seu vínculo paterno-biológico, cancelando-se, para todos os efeitos legais, o deferimento do pedido de adoção feito em relação ao recorrente. Foi como votou.

Em 18/05/2017 foi certificado que a egrégia Terceira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada, proferiu a seguinte decisão: “Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, divergindo do voto do Sr. Ministro-Relator, a Terceira Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino”.

6 - Os argumentos das partes (resumo dos argumentos de quem está inconformado e de quem responde);

O Recorrente nasceu em 1979, em 1994, quando tinha 14 anos de idade, foi adotado, na cidade de Formosa-GO, por F R K, marido de sua mãe biológica, mudando seu patronímico, passando a ter o nome de família de seu pai adotivo; à época, o Recorrente e sua mãe consentiram com o pedido de adoção; aproximadamente um ano após a adoção o Recorrente, com pouco mais de 15 anos, mudou-se para a cidade onde nascera, passando a morar com a mãe do seu pai biológico, sem jamais restabelecer convívio familiar com sua

família originária (mãe, irmãs e pai adotivo); alega que que construiu a sua vida social e profissional naquela cidade, mantendo, inclusive, intenso relacionamento com a família do seu pai biológico; que atualmente não existe nenhum vínculo familiar com o pai adotivo, e ainda, vivendo socialmente na sua cidade de origem, na qual, inclusive, o nome do pai tem destaque, requereu a desconstituição do vínculo de filiação por adoção, acionando o Estado-Juiz com pedido de “Revogação da Adoção” para voltar a ser filho do seu pai biológico.

O Poder Judiciário e o Ministério Público entenderam por não conceder o pedido, em razão da irrevogabilidade da adoção.

Foi designado como Relator o Exmo. Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que proferiu o seu voto no sentido de que Recurso não merece prosperar:

1. Da violação do art. 535 do CPC/1973

Não obstante a irresignação de A. I. K., agiu corretamente o Tribunal de origem ao rejeitar os embargos declaratórios por inexistir omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, ficando patente, em verdade, o intuito infringente da irresignação, que objetivava a reforma do julgado por via inadequada.

[...]

2. Da violação dos arts. 332 e 333 do CPC/1973; 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e 39, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente Importante consignar, de início, que a adoção em análise foi lastreada no melhor interesse do menor, no consentimento do adotante e do adotado, bem como reconhecida em sentença transitada em julgado.

[...]

Revela-se, assim, impertinente o debate sobre a possibilidade de anulação, inexistência ou nulidade da adoção. Ademais, cabe ressaltar que o adotado sempre soube o nome do genitor falecido, informação expressa em seus registros, não sendo plausível a realização de conjecturas ou de equiparações do caso concreto com eventual investigação de ascendência genética. Portanto, restringe-se a controvérsia, exclusivamente, a definir se é possível flexibilizar o preceito do art. 39, § 1º, da Lei nº 8.069/19901, que atribui caráter irrevogável ao ato de adoção, em virtude do enfraquecimento do vínculo afetivo firmado entre adotado e adotante.

[...]

3. Da divergência jurisprudencial

O recurso especial fundamentado no dissídio jurisprudencial exige, em qualquer caso, que tenham os acórdãos - recorrido e paradigma - examinado a questão sob o enfoque do mesmo dispositivo de lei federal. Contudo, nas razões de recurso especial não há indicação de qual dispositivo legal teria sido malferido, com a consequente demonstração da eventual ofensa à legislação infraconstitucional. Aplica-se, por analogia, o óbice contido na Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal, a inviabilizar o conhecimento do recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional.

[...]

Dessa forma, o conhecimento do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional também se revela inviável em virtude da ausência de similitude fática entre as hipóteses confrontadas.

4. Do dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.
É o voto.

Divergindo do Voto do Relator, o Voto-Vista apresentado pela Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi argumenta que

(...) a irrevogabilidade prevista no art. 39, § 1º, o ECA é justificada, pois voltada a concretizar as garantias perpétuas do vínculo de filiação, preservando a dignidade dos envolvidos e, simultaneamente, o tratamento igualitário entre os filhos e o direito à convivência familiar, preceitos preconizados pela Constituição, sem nenhuma distinção quanto à origem da família.

iniciando-o com o entendimento de que adere ao posicionamento do Ministro Relator, quanto à alegada violação do art. 535 do CPC e, também, em relação à apontada divergência jurisprudencial, por não as ver configuradas na hipótese.

No que diz respeito ao mérito, a Relatora argui que “embora o recorrente tenha pleiteado o afastamento do decreto de extinção do processo, sem julgamento do mérito e que

seja o feito remetido à instância ordinária para regular processamento” (fls. 112, e-STJ), é certo que o debate deve ser solvido aqui, tanto por já terem os Graus ordinários exarado os respectivos posicionamentos sobre o próprio pedido inaugural, quanto por não haver necessidade de revolvimento de matéria fática. Assim, o propósito recursal fica circunscrito a dizer se, uma vez perfectibilizada a adoção unilateral prevista no artigo 41, § 1º, do ECA, pode o filho adotado, após a maioridade, enjeitar a adoção e pretender sua revogação/anulação judicial.

I. Da possibilidade da revogação da adoção regulada no art. 41, § 1º, do ECA – adoção unilateral

01. A adoção unilateral, ou adoção por cônjuge, é espécie do gênero adoção, que se distingue do caudal comum por possuir elementos que lhe são singulares, sendo o mais acentuado, a ausência de ruptura total entre o adotado e os pais biológicos, porquanto um deles permanece exercendo o Poder Familiar sobre o menor que será, após a adoção, compartilhado com o cônjuge adotante.

02. Podendo ocorrer a partir do óbito de um dos ascendentes biológicos; após a destituição do Poder Familiar de um deles; ou mesmo na ausência de pai registral, a adoção unilateral não encontra a mesma harmonia de vozes favoráveis, que defendem a relevância da adoção regular, termo que uso em contraponto a adoção unilateral.

03. Isso porque, na adoção unilateral, como a dos autos, em que um dos genitores biológicos do adotando faleceu e o cônjuge supérstite constitui novo relacionamento, a adoção promovida por este novo cônjuge/companheiro do ascendente, irá substituir, para todos os efeitos, a linha biológica originária do adotado.

04. É dizer, a adoção, como ocorreu aqui, do recorrente pelo novo cônjuge de sua mãe, importa na desvinculação legal do adotando de toda a estrutura familiar paterna, a começar pelo próprio patronímico.

05. Novo pai significa novos avós, novos tios, novos primos etc.

06. É certo que isso também ocorre em adoções regulares, nas quais toda a estrutura familiar, de ambos ascendentes biológicos, são desconectadas do adotando, até para a sua própria preservação psicológica e social.

07. Mas nessas hipóteses há, ou deveria haver, uma exaustiva tentativa de realocar a criança ou adolescente, primariamente, no grupo familiar ampliado e, apenas quando exauridas essas tentativas, a criança ou adolescente ficaria disponível para adoção.

08. Assim, na prática, quando ocorre uma adoção regular, não há um núcleo familiar extenso que poderia dar abrigo e que representaria a continuidade da história familiar daquele menor, ou de outro lado, quem subsiste não tem interesse, ou condições de cuidar daquele membro da família ampliada.

09. Nesses casos, dita a conveniência e o bom senso, que a ruptura integral do adotando com a sua história biológica é uma necessidade, até para evitar indevidas interferências do antigo grupo familiar na formação do adotado, e ainda, um forte dilema emocional neste menor, que transitaria entre dois grupos familiares.

10. Mas como dito anteriormente, nessas circunstâncias, normalmente a ruptura não é objetada, pois quem poderia fazê-lo, teve oportunidade anterior de manter o menor dentro da sua família natural, mas não o fez.

11. É nesse particular que se fixa a grande distinção entre a adoção regular e a adoção unilateral, que ocorre quando um dos ascendentes biológicos faleceu ou foi destituído do Poder Familiar. Nessas, não há consulta ao grupo familiar estendido, cabendo tão-só ao cônjuge supérstite decidir sobre a conveniência, ou não, da adoção do filho pelo seu novo cônjuge/companheiro.

12. Não se pode negar que nessas circunstâncias, os benefícios do processo de adoção não são tão evidentes quanto aqueles advindos da adoção regular.

13. Primeiro, porque a adoção não tem como objeto um menor completamente desassistido, pois o adotando tem junto de si, ao menos um dos ascendentes biológicos;

14. Segundo, porque o grupo familiar extenso, vinculado ao ascendente falecido, de regra, continua ativo e participante da vida do adotando, dando-lhe inclusive, insuperável suporte na ausência do genitor(a) falecido(a).

15. E note-se, isso é uma verdade que se torna cada vez mais evidente com o passar do tempo. Assim, as relações familiares ampliadas (avós, tios e primos) vinculados ao ascendente que morreu, ampliam-se com o passar do tempo, chegando, à época da adolescência, em não raras situações, a ser o verdadeiro esteio social e comportamental desse menor.

[...]

18. Embora esse consentimento seja indicativo relevante da vontade do adotando, não é difícil imaginar situações em que o adolescente, pessoa ainda em formação, pode se deixar influenciar pela figura do seu ascendente e expressar consentimento, sem realmente querer fazê-lo, ou ainda, avaliar sem um pleno conhecimento, os benefícios ou malefícios que a adoção pode significar para si.

19. Ademais, essa particularidade não retira a questionável concentração de poderes nas mãos do cônjuge supérstite, de decidir sobre a adoção e a consequente ruptura lega dos vínculos do filho em relação aos familiares do ex-cônjuge/companheiro.

[...]

22. É de se salientar, na apreciação dessa justa oposição à peculiar adoção unilateral, que hoje, como não poderia deixar de ser, procura-se prioritariamente colocar o menor como o foco central do processo de adoção, buscando-se, em prol dele, a melhor fórmula possível de superação da ausência parcial, ou total dos ascendentes biológicos.

23. Essa opção (pelo bem estar do adotando) é claramente expressa no artigo 43 do ECA (A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.), que pela sua peremptoriedade e capacidade de se sobrepor aos outros ditames relativos à adoção, pode ser considerada verdadeira norma-princípio.

24. Assim, os elementos balizadores e constitutivos da adoção unilateral; bem assim as prerrogativas do cônjuge supérstite de autorizar a adoção unilateral de seu filho, com reserva também para si, do Poder Familiar; e mesmo a própria declaração de vontade do adotando, podem ser superados ou moldados em nome da inexistência de reais vantagens para o adotando no processo de adoção.

25. E diz-se isso, porque todo o arcabouço legal de presunções que informam e orientam a prática de atos do Poder Judiciário, submete-se, quando se trata do bem estar do menor, ao princípio do melhor interesse da criança, que é, de forma cediça, admitido como critério primário para a interpretação de toda a legislação atinente a menores.

26. O princípio do interesse superior do menor, ou melhor interesse, tem assim, a possibilidade de retirar a peremptoriedade de qualquer texto legal atinente aos interesses da criança ou do adolescente, submetendo-o a um crivo objetivo de apreciação judicial da situação concreta onde se analisa.

[...]

A Relatora insere em seu argumento o “princípio do superior interesse da criança” como orientador tanto para o legislador como para o aplicador do direito, determinando a primazia das suas necessidades como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração das regras; dizendo que na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o referido princípio, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete. Ressalta que em complemento a esse raciocínio, fixar que a razão de ser da vedação levantada, que proíbe a revogação da adoção, é a proteção do adotado, cuja finalidade é colocá-lo a salvo de possíveis alternâncias comportamentais de seus adotantes, que o recolocuem na situação que antecedeu a sua adoção.

Nesse viés, embora boa parte da doutrina defenda que a vedação à revogação da adoção é absoluta, a Relatora traz o entendimento de que se impõe *perguntar* se não há espaço para, “diante de situações singulares onde se constata que talvez a norma protetiva esteja, na

verdade, vulnerando direitos do seu beneficiário, ser flexibilizada a restritiva regra fixada no art. 39 § 1º, do ECA”.

Na segunda parte do seu voto, a Relatora apresenta: “**II. Da específica adoção do recorrente e a possibilidade de sua revogação**”; onde inicia com o relato histórico do Recorrente, no que diz respeito ao seu pleito:

- I. Nascido em 1.979, aos 14 anos de idade (1.994), foi o recorrente adotado, na cidade de Formosa-GO, por F R K, havendo inclusive, alteração em seu patronímico, que passou a espelhar o nome de família de seu pai adotivo;
- II. À época, o recorrente anuiu com o pedido de adoção, conforme foi consignado em sentença (fl. 18, e-STJ);
- III. Aproximadamente um ano após a adoção o recorrente, com pouco mais de quinze anos, mudou-se para a cidade onde nascera, passando a morar com sua vó paterna, sem jamais restabelecer convívio familiar com sua família originária (mãe e irmãs e agora seu pai adotivo);
- IV. Narra o autor que construiu a sua vida social e profissional naquela cidade, mantendo, inclusive, intenso relacionamento com os “antigos” familiares do núcleo paterno (biólogo).
- V. Por fim, aponta que não existindo nenhum vínculo familiar com o pai adotivo, e ainda, agasalhado socialmente na sua cidade de origem, na qual, inclusive, o nome do pai tem destaque, requereu a desconstituição do vínculo de filiação por adoção.

Relatados tais fatos, diz a Relatora “que a adoção unilateral, no recurso sob exame, reproduz com impressionante acuidade, as ressalvas que alguns doutrinadores fazem ao instituto”; argumenta que a convivência do Recorrente com o pai adotivo foi por um curto período de sua vida, rompendo a partir da adoção os vínculos parentais com a família do pai biológico; que o novo grupo familiar, na prática, não perdurou por período superior a um ano, pois o recorrente, ainda menor, mudou-se para a cidade de nascimento, passando a morar com sua “avó biológica paterna”; que como evidenciou a Subprocuradora-Geral da República Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, em seu parecer:

O ECA deve ser interpretado sob o prisma do melhor interesse do adotando, em máxima obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana descrito na Constituição Federal e, no caso concreto, a realidade dos autos explicita que o pai adotivo nunca desempenhou a função paternal, em razão a distância do filho adotado por todo o período da adolescência até o advento da fase adulta, tempo suficiente para o autor aperfeiçoasse o estreitamento de laços afetivos para com a família do pai biológico em sua cidade natal. (fl. 239, e-STJ)

Continua a Relatora em seu argumento, que a situação vivenciada pelo Recorrente aponta que nem sempre as presunções estabelecidas dogmaticamente, suportam o crivo da realidade, razão pela qual, em caráter de excepcionalidade, é dado ao julgador demover entraves legais à plena percepção da dignidade da pessoa humana. O recorrente leva consigo um patronímico que, além de vulnerar sua história biológica, não reflete uma história socioafetiva construída, deixa-o em um limbo, com relação a um dos mais caros valores de nossa sociedade: a família. Sob essa perspectiva, nem o prevalente resguardo da dignidade da pessoa humana, nem uma protraída análise do melhor interesse do adotando ou da existência de reais vantagens na adoção, resguardam, na hipótese, uma inflexível aplicação da irrevogabilidade fixada no art. 39, § 1º, do ECA. E note-se, como dito anteriormente, esse dispositivo de lei tem como objetivo único, proteger a integridade psicológica e social de quem é adotado, não podendo uma norma protetiva, ser brandida contra quem devia resguardar. *In casu*, a determinação legal de irrevogabilidade da adoção não tem substrato teleológico, pois não visa à proteção do adotado pela manutenção de seus vínculos parentais, ao contrário, deixa-o na condição de não ter uma

família; que em outras palavras, uma norma que foi forjada para a proteção do adotado, não pode, em nenhuma circunstância, ser utilizada em detrimento do seu próprio bem estar.

Finaliza pedindo vênias ao Ministro Relator, pois entende que o recurso deve ser provido para, desde já permitir ao recorrente o restabelecimento do seu vínculo paterno-biológico, cancelando-se, para todos os efeitos legais, o deferimento do pedido de adoção feito em relação ao recorrente. Foi como votou.

7 - O problema jurídico (normas aplicáveis, fundamentação legal e jurisprudencial);

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO UNILATERAL. REVOGAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. A adoção unilateral, ou adoção por cônjuge, é espécie do gênero adoção, que se distingue das demais, principalmente pela ausência de ruptura total entre o adotado e os pais biológicos, porquanto um deles permanece exercendo o Poder Familiar sobre o menor, que será, após a adoção, compartilhado com o cônjuge adotante. 2. Nesse tipo de adoção, que ocorre quando um dos ascendentes biológicos faleceu, foi destituído do Poder Familiar, ou é desconhecido, não há consulta ao grupo familiar estendido do ascendente ausente, cabendo tão-só ao cônjuge supérstite decidir sobre a conveniência, ou não, da adoção do filho pelo seu novo cônjuge/companheiro. 3. Embora não se olvide haver inúmeras adoções dessa natureza positivas, mormente quando há ascendente - usualmente o pai - desconhecidos, a adoção unilateral feita após o óbito de ascendente, com o conseqüente rompimento formal entre o adotado e parte de seu ramo biológico, por vezes, impõe demasiado sacrifício ao adotado. 4. Diante desse cenário, e sabendo-se que a norma que proíbe a revogação da adoção é, indistintamente, de proteção ao menor adotado, não pode esse comando legal ser usado em descompasso com seus fins teleológicos, devendo se ponderar sobre o acerto de sua utilização, quando reconhecidamente prejudique o adotado. 5. Na hipótese sob exame, a desvinculação legal entre o adotado e o ramo familiar de seu pai biológico, não teve o condão de romper os laços familiares preexistentes, colocando o adotado em um limbo familiar, no qual convivia intimamente com os parentes de seu pai biológico, mas estava atado, legalmente, ao núcleo familiar de seu pai adotivo. 6. Nessas circunstâncias, e em outras correlatas, deve preponderar o melhor interesse da criança e do adolescente, que tem o peso principiológico necessário para impedir a aplicação de regramento claramente desfavorável ao adotado - *in casu*, a vedação da revogação da adoção - cancelando-se, assim, a adoção unilateral anteriormente estabelecida. 7. Recurso provido para, desde já permitir ao recorrente o restabelecimento do seu vínculo paterno-biológico, cancelando-se, para todos os efeitos legais, o deferimento do pedido de adoção feito em relação ao recorrente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, divergindo do voto do Sr. Ministro-Relator, **por maioria, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi, que lavrará o acórdão.** Vencido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino. (Grifo nosso)

Referência Legislativa:

- Art. 1º, art. 2º, art. 39, § 1º, art. 41, art. 43 e art. 45 do ECA.
- Arts. 332, 333 e 535 do Código de Processo Civil de 1973;
- Art. 1º, III, art. 105, *a e c*, art. 227, § 6º da Constituição Federal;
- Arts. 5º e 6º, § 1º, da LINDB.

Referência Jurisprudencial:

- Dissídio jurisprudencial - Alega o Requerente que o acórdão recorrido divergiu do posicionamento do STJ, firmado no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Especial nº

863.654/SC, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. “Ausência de similitude fática entre as hipóteses confrontadas”.

- Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal – STF

AgRg nos EDcl no AREsp 87.521/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/4/2013, DJe 10/5/2013.

- AgRg nos EDcl no AREsp 604.385/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJe 07/03/2016.

Referência Doutrinária:

- NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev., ampl., e atual. - Salvador: Ed: JusPodivm, 2017, pág. 861.

SOUZA, Renata Pauliv de. **Adoção: o amor faz o mundo girar mais rápido**. Sanova. Curitiba: Juruá, 2011, p. 13.

- PACHI, Carlos Eduardo. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 93-94.

- SILVA FILHO, Artur Marques da. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 187-188.

8 - A conclusão (identificar o *problema jurídico* e a *problemática*, esta irá embasar o *comentário*);

A análise dos votos deste Recurso Especial é feita para elaboração de um entendimento jurisprudencial do significado do princípio do “melhor interesse da criança”, a partir da vigência da *lei da adoção* aprovada em agosto de 2009 (Lei N. 12.010/09), a qual “dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças” (art. 1º).

O *problema jurídico* nos dois votos analisados é referente ao Recurso Especial interposto por A I K, fundamentado no art. 105, *a* e *c* da CF/88, contra acórdão proferido pelo TJSC, que negou provimento à apelação que interpusera, em julgado assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVOGAÇÃO DE ADOÇÃO. RECONHECIMENTO DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. IRREVOGABILIDADE DO ATO. ART. 39, § 1º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SENTENÇA TERMINATIVA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. A adoção é medida irrevogável por expressa disposição legal.

A demanda judicial teve início com pedido de revogação da adoção do Recorrente pelo padrasto, cujo pai é falecido. O autor do pedido argumenta que voltou, após um ano da sua adoção, à cidade de origem de seu pai biológico, onde passou a conviver com sua avó e com os demais membros da família do genitor, circunstâncias que o afastaram do adotante, extinguindo o vínculo afetivo existente entre ambos. A petição inicial foi acompanhada das declarações da mãe e do pai adotivo concordando com a revogação requerida.

O Recorrente interpôs Embargos de Declaração, que foram rejeitados. No Recurso Especial, ele argumentou a violação dos artigos 332, 333 e 535 do CPC/73 e art. 5º da LINDB, além de divergência jurisprudencial. Pugnou pelo reconhecimento de omissão no Acórdão recorrido ou, no mérito, pelo afastamento da extinção do processo, sem resolução de mérito, com o seu retorno à origem, para regular processamento.

Foi nomeado Relator o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que em seu voto negou provimento ao Recurso Especial, argumentando que a adoção em análise foi um ato jurídico perfeito (art. 6º da LINDB), lastreada no melhor interesse do menor, onde houve o consentimento da mãe biológica, do adotante e do adotado, bem como reconhecida em sentença transitada em julgado; também fundamentou na irrevogabilidade da adoção, estabelecida no art. 39, § 1º, do ECA, cuja justificativa é “voltada a concretizar as garantias perpétuas do vínculo de filiação, preservando a dignidade dos envolvidos e, simultaneamente, o tratamento igualitário entre os filhos e o direito à convivência familiar, preceitos preconizados pela Constituição, sem nenhuma distinção quanto à origem da família”.

O voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrichi inicia aderindo, parcialmente, ao posicionamento do Ministro Relator, em relação a alegada violação do art. 535 do CPC e, também, quanto à apontada divergência jurisprudencial, por não as entender configuradas na hipótese. No que diz respeito ao mérito, conquanto o Recorrente tenha pleiteado o afastamento do decreto de extinção do processo, sem julgamento do mérito, assim como que o feito seja enviado à instância ordinária para processamento regular, entende a Sra. Ministra que o “debate” deve ser solucionado no STJ, pois os graus ordinários já apresentaram seus posicionamentos/decisões sobre o pedido inicial, como também, por não haver necessidade de revolvimento de matéria fática. Nesse sentido, argui que “o propósito recursal fica circunscrito a dizer se, uma vez perfectibilizada a adoção unilateral prevista no artigo 41, § 1º, do ECA, pode o filho adotado, após a maioridade, enjeitar a adoção e pretender sua revogação/anulação judicial”.

A *problemática* trazida a este *comentário* é referente ao instituto da adoção, o melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar, no sentido de construir um *conceito dogmático* referente ao *melhor interesse da criança* em casos de adoção.

Em análise aos votos que resultaram no Acórdão vencedor do Recurso Especial constata-se o reconhecimento da flexibilização da norma estatutária sob a justificativa do superior interesse da criança, pois o art. 39, § 1º estabelece a irrevogabilidade da adoção, mesmo assim, após 17 anos de sentença transitada em julgado, sem ter havido nenhuma irregularidade, o STJ entende pela sua revogação, em atenção a um pedido do adotado para voltar a ser legalmente o filho do seu pai biológico.

É sábio o entendimento da Sra. Ministra Nancy Andrichi quando expõe que

1. A adoção unilateral, ou adoção por cônjuge, é espécie do gênero adoção, que se distingue das demais, principalmente pela ausência de ruptura total entre o adotado e os pais biológicos, porquanto um deles permanece exercendo o Poder Familiar sobre o menor, que será, após a adoção, compartilhado com o cônjuge adotante. 2. Nesse tipo de adoção, que ocorre quando um dos ascendentes biológicos faleceu, foi destituído do Poder Familiar, ou é desconhecido, não há consulta ao grupo familiar estendido do ascendente ausente, cabendo tão-só ao cônjuge supérstite decidir sobre a conveniência, ou não, da adoção do filho pelo seu novo cônjuge/companheiro. 3. Embora não se olvide haver inúmeras adoções dessa natureza positivas, mormente quando há ascendente - usualmente o pai - desconhecidos, a adoção unilateral feita após o óbito de ascendente, com o consequente rompimento formal entre o adotado e parte de seu ramo biológico, por vezes, impõe demasiado sacrifício ao adotado.

Realmente a adoção unilateral, em caso de falecimento de um dos genitores deve ser revista, principalmente no sentido de que o genitor sobrevivente pode decidir dar um novo pai ou nova mãe para seu filho sem que seja ouvida a família do genitor falecido, rompendo legalmente os laços com os avós, tios e primos, contradizendo a “prevalência do convívio da criança com a família natural” do *de cuius*. Se a criança quer ser considerada filha do padrasto ou da madrasta, poderá fazê-lo via filiação socioafetiva inserida no registro de nascimento, sem romper com seus laços biológicos.

Antes de uma decisão de conceder a adoção unilateral deve-se buscar saber qual o relacionamento da criança com a família extensa, pois por mais afinidade e amor que tenha com o padrasto ou madrasta, existem laços biológicos que devem ser preservados, a exemplo dos avós, que no caso da prestação de alimentos podem ser chamados a contribuir, então por que no caso de uma adoção, em que poderão perder o vínculo biológico com o neto, não são chamados a se manifestar. O entendimento que se traz e acrescenta a essa questão é de que no caso do falecimento de um dos genitores os pais do *de cuius* devem ser chamados para se manifestar, pois a prevalência do direito à convivência familiar é com a família biológica, sendo nesse sentido o seu superior interesse.

Decisão 09³⁴²**1 - Nome do Tribunal:** SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – 3ª TURMA**2 - Data da decisão:** DJe: 27/04/2018**3 - Identificação da Decisão:**

HABEAS CORPUS Nº 440.752 - PR (2018/0058386-7)

RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

IMPETRANTE: LEONARDO FRANCO DE BRITO E OUTRO

ADVOGADOS: LEONARDO FRANCO DE BRITO - PR056347; LIGIA FRANCO DE BRITO DE LARA - PR043635

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ (TJPR)

PACIENTE: G C R

4 - Os fatos: Trata-se de *Habeas Corpus* (HC), com pedido de liminar, impetrado por Leonardo Franco de Brito e Lígia Franco de Brito de Lara em favor do paciente G. C. R., contra decisão do Desembargador Ruy Muggiati do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) que, monocraticamente, não conheceu de agravo de instrumento interposto por J. C. S. e, posteriormente, ao conhecer de embargos de declaração, julgou o recurso prejudicado; o agravo de instrumento buscava rever decisão proferida pelo juízo singular que postergou a análise do pleito de guarda provisória formulado pela avó materna da criança abrigada (G. C. R.), aguardando o parecer ministerial.

EMENTA HABEAS CORPUS. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. ADOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA EXTENSA. AVÓ MATERNA. VÍNCULO FAMILIAR. PREVALÊNCIA. GUARDA. POSSIBILIDADE. ARTS. 1º E 100, PARÁGRAFO ÚNICO, X, DO ECA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. 1. O Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, ao preconizar a doutrina da proteção integral (artigo 1º da Lei nº 8.069/1990), torna imperativa a observância do melhor interesse da criança. 2. É incabível o acolhimento institucional de criança que possui família extensa (avó materna) com interesse de prestar cuidados (art. 100 da Lei nº 8.069/1990). 3. Ressalvado o evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, é inválida a determinação de acolhimento da criança, que, no caso concreto, exterioriza flagrante constrangimento ilegal. 4. Ordem concedida.

ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro, Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 24 de abril de 2018(Data do Julgamento)

A criança foi colocada em instituição de acolhimento tendo família extensa (avó materna) com manifesto interesse no seu cuidado; consta dos autos que a criança tinha dois anos de idade e estava sofrendo com a ausência da avó, que, de boa-fé, cumpriu o mandado de busca e apreensão; os impetrantes alegam, na inicial, que há constrangimento ilegal em flagrante violação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), pois a criança tem família extensa para acolhê-la, não possui histórico de maus tratos ou de situação de risco e mesmo assim foi colocada em um abrigo.

5 - O Processo (descrever a história judiciária do caso e verificar se foram esgotadas as vias de recursos internos);

A lide processual teve início com pedido de medida protetiva de busca e apreensão com acolhimento institucional, perante a 2ª Vara da Infância e da Juventude e Adoção de Curitiba/PR, sob o fundamento de que os atuais guardiões provisórios da criança (G. C. R.)

³⁴² Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800583867&dt_publicacao=27/04/2018
Acesso em 12 agosto 2019.

estariam tentando burlar o cadastro nacional de adoção (CNA) e que seria evidente a manobra desenvolvida pelos mesmos nesse sentido.

As informações foram retiradas do “relatório” que consta no “voto” do Relator, Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, do HC com pedido de liminar, impetrado por Leonardo Franco de Brito e Lígia Franco de Brito de Lara em favor do paciente G. C. R., contra decisão do Desembargador Ruy Muggiati do TJPR que, monocraticamente, não conheceu de Agravo de Instrumento interposto por J. C. S. e, posteriormente, ao conhecer de embargos de declaração, julgou o recurso prejudicado. O agravo de instrumento buscava rever decisão proferida pelo juízo singular que postergou a análise do pleito de guarda provisória formulado pela avó materna da criança abrigada (G. C. R.), aguardando o parecer ministerial, nos seguintes termos:

[...] O artigo 932, III, do Código de Processo Civil determina não sejam conhecidos de plano, por decisão monocrática do Relator, os recursos inadmissíveis, prejudicados ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida. No caso, o recurso não pode ter seguimento, tendo em vista a sua manifesta inadmissibilidade. Analisando os documentos e informações contidas no instrumento, verifica-se que o recurso não comporta conhecimento, dado que interposto em face de despacho de mero expediente, sem cunho decisório, o que confronta com o disposto no art. 1.001 do Código de Processo Civil, segundo o qual dos despachos de mero expediente não cabe recurso. [...] Visto. 1. Ao Sr. Oficial de Justiça subscritor do requerimento de evento 80.1 para que, imediatamente, cumpra a busca e apreensão determinada na decisão de evento 61.1, visto que o mandado foi expedido em 21.02.2018 e até agora sequer houve a realização da diligência para cumprimento da determinação judicial. [...] 2. Oficie-se, pelo meio mais célere, à Central de Mandados, para que instrua os Srs. Oficiais de Justiça de que a matéria afeta à Criança e aos Adolescentes tem prioridade absoluta no ordenamento jurídico, e que, dessa forma, não tem lugar para justificativas e desculpas à morosidade no cumprimento das determinações dos Juízos da Infância e da Juventude. 3. Outrossim, em atenção a promoção ministerial de evento 85.1, e considerando que a parte requerente expressamente afirmou não ter ajuizado ação de adoção da infante G.C.R. unicamente por saber da não concordância da genitora ao pleito adotivo, proíbo as visitas da parte requerente, após procedida a busca e apreensão determinada, à infante na instituição de acolhimento. [...] 4. Em relação as petições de eventos 76.1 e 87.1, ressalte-se que esta Medida de Proteção, como todos os outros processos dos Juízos da Infância e da Juventude, tramitam sob Segredo de Justiça, e dessa forma, a habilitação de partes ou procuradores não pode ser resolvida administrativamente pela Secretaria, e carece de determinação judicial para tal. Ademais, observe-se que a procuração apresentada no evento 76.2 confere poderes específicos para requerer a guarda provisória de G.C.S., que deve ser ajuizada em ação própria, e não no bojo desta Medida de Proteção. Contudo, considerando que a peticionária de evento 87.1 é avó materna da infante G.C.S., mas não é parte no processo, habilite-se-a como terceira interessada, nada obstante o Segredo de Justiça a ser observado. 5. Por fim, abra-se vista ao Ministério Público sobre o pedido de revogação encartado na petição de evento 87.1. 6. Intimem-se. 7. Diligências necessárias. 8. Ciência ao Ministério Público.

De acordo com os autos do processo, a MM^a Juíza considerou que a avó materna da infante G.C.S. não era parte no processo, que deveria se habilitar como terceira interessada, nada obstante o Segredo de Justiça a ser observado; sendo aberta as vistas ao MP sobre o pedido de revogação, mostrando ausência de decisão a respeito da questão arguida, até pronunciamento pelo Ministério Público. Assim, inexistindo conteúdo decisório, o despacho de mero impulso processual não pode ser objeto de recurso; diante de tais razões, com espeque no artigo 932, III, do CPC, não conheceu.

A supracitada decisão foi integrada pelo Relator no julgamento de embargos de declaração, na qual houve a retratação quanto ao conteúdo da manifestação jurisdicional objeto do recurso, que, por ter conteúdo decisório, desafiaria agravo de instrumento. Em relação ao

mérito, o Relator manteve a criança no abrigo em virtude da entrega voluntária da criança pela sua avó materna, ensejando a perda de objeto do agravo de instrumento, reiterando que a discussão a respeito da guarda possuiria sede própria (Processo nº 2918-47.2018.8.16.0188).

Os impetrantes asseveram que o *writ* merece provimento porque o acolhimento da infante em um abrigo seria medida injustificada, especialmente no caso concreto em que há família extensa com manifesto interesse no seu cuidado e que a criança está sofrendo com a ausência da avó, que, de boa-fé, cumpriu o mandado de busca e apreensão, portanto, a medida de acolhimento em instituição (LAR), é abusiva e completamente gravosa e contrária aos interesses da criança, uma vez que a avó acreditava que a criança estava sob guarda da mãe e dos padrinhos, sendo surpreendida com a existência da medida de busca e apreensão com determinação de acolhimento institucional, que é gravosa demais e contraria os princípios norteadores do ECA. Assim, levando em conta que a infante possui um relacionamento saudável com a avó que faz parte da sua família extensa, e que a mesma tem condições de propiciar a sua neta um desenvolvimento saudável e harmonioso, condizente com sua peculiar situação de pessoa em desenvolvimento e em razão do vínculo parental e afetivo que tem com ela, visando evitar prejuízos há que ser imediatamente revogada a busca e apreensão da criança e determinado seu imediato desacolhimento.

Consoante os autos, a avó materna, quando teve conhecimento do mandado de abrigamento da neta, ajuizou ação visando a sua guarda (autos nº 0002918-47.2018.8.16.0188), sendo que até o momento do pedido de HC não houve a análise do pedido de revogação da medida protetiva, a qual decorreu de pedido formulado pelo MP do Estado do Paraná, sendo cumprida no dia 12.3.2018. Os impetrantes afirmaram que a ordem deveria ser concedida de ofício, mesmo não tendo sido esgotadas as instâncias ordinárias, haja vista a presença dos seus requisitos. A liminar foi deferida para suspender a ordem de acolhimento institucional, determinando a entrega da criança aos cuidados da avó materna até decisão final em relação à sua guarda. O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, opinou, por meio do seu representante legal, pela concessão da ordem.

O Relator do HC, Exmo. Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em seu voto entendeu pela concessão da ordem. Iniciou argumentando que na hipótese, a via eleita utilizada pelos impetrantes não é adequada, já que o HC foi utilizado como substitutivo recursal; mas que diante da possibilidade, em tese, de concessão da ordem, de ofício, o presente *writ* deve ser processado por estarem configurados a plausibilidade jurídica do pedido e o perigo da demora; que a jurisprudência do STJ, em situações excepcionalíssimas, dada a potencial possibilidade de ocorrência de dano grave e irreparável aos direitos da criança (G. C. R.) permite o afastamento de todos os óbices que, em princípio, acometem o presente *writ* e que, ordinariamente, culminariam no seu não conhecimento.

Argumenta, ainda, o Relator, que no caso, há flagrante ilegalidade identificável de plano a ensejar, em exame perfunctório, o deferimento do pedido liminar de desabrigamento da menor e sua entrega à avó materna até a conclusão dos pedidos de guarda relativos à infante. As instâncias de origem concluíram pela necessidade de entrega da menor ao abrigo institucional, sem, contudo, considerar que tal medida deve ser a última opção plausível, tendo em vista o intuito legal da preservação da família e do princípio do melhor interesse da criança (artigos 39, § 1º e 100, do ECA), pois em regra, deve-se buscar ao máximo que a criança seja inserida no seio da família extensa antes de se optar por eventual medida que acarrete a adoção por família substituta. Preliminarmente, não se identificam justificativas robustas para remeter a infante à Casa Lar, onde ficará longe de seus parentes consanguíneos, antes da análise do caso concreto, sobretudo na falta de prejuízo analisado de plano e concreto à criança, ao menos nesse primeiro momento, tendo em vista a preferência legal da família extensa na sua guarda, uma vez que a avó materna demonstrou o intenso vínculo familiar que as une.

A decisão agravada restou fundada unicamente em uma suposta intenção pré-adoptiva do casal que exerce a guarda provisória da criança, que, saliente-se, não registrou a criança como filha, o que configuraria a denominada "adoção à brasileira", com a suposta burla ao cadastro de adotantes. Pede o Relator que se consigne, ainda, que a adoção não existe apenas para promover a satisfação do interesse de futuro e eventual adotante, mas visa, sobretudo, à constituição de família à criança, que, no caso, tem família extensa interessada a acolhê-la, com o intuito de possibilitar seu desenvolvimento como ser humano. Finaliza concedendo de ofício a ordem de HC para afastar definitivamente o recolhimento institucional da menor G. C. R., que deve ser mantida sob a guarda da avó materna J. C. S., até o trânsito em julgado das ações de guarda em tramitação nas instâncias ordinárias. É o voto.

6 - Os argumentos das partes (resumo dos argumentos de quem está inconformado e de quem responde);

O HC foi impetrado por Leonardo Franco de Brito e Lígia Franco de Brito de Lara, com pedido de liminar em favor da paciente (criança G. C. R.) contra decisão monocrática do TJPR que não conheceu de Agravo de Instrumento interposto por J. C. S. e, posteriormente, ao conhecer dos Embargos de Declaração, julgou o recurso prejudicado. O Agravo de Instrumento buscava rever decisão que postergou a análise do pleito de guarda provisória formulado pela avó materna da criança abrigada, em razão de estar aguardando o parecer ministerial sob a justificativa de que o recurso não comportava conhecimento, dado que interposto em face de despacho de mero expediente, sem cunho decisório, o que confronta com o disposto no art. 1.001 do CPC, segundo o qual dos despachos de mero expediente não cabe recurso. Note-se que a decisão contra a qual a agravante se insurge apenas aponta a inconveniência de apreciar a questão naquele momento, em razão da necessidade de manifestação do Ministério Público, sem, contudo, enfrentar o mérito. A Juíza entendeu que o pedido de guarda provisória da avó não cabia no processo de medida de proteção, e que a procuração apresentada conferia poderes específicos para requerer a guarda provisória de G.C.S., devendo assim ser ajuizada em ação própria, e não no bojo desta Medida de Proteção; alegou que considerando que a petionária de evento é avó materna da infante G.C.S., mas não é parte no processo, que fosse habilitada como terceira interessada, nada obstante o Segredo de Justiça a ser observado; e por fim, abrir vista ao MP sobre o pedido de revogação. Como se vê, o que revela claramente ausência de decisão a respeito da questão arguida, até pronunciamento pelo Ministério Público. Assim, inexistindo conteúdo decisório, o despacho de mero impulso processual não pode ser objeto de recurso, então, por tais razões, com espeque no artigo 932, III, do CPC, não foi conhecido o recurso.

A supracitada decisão, como mencionado, foi integrada pelo Relator no julgamento de embargos de declaração, na qual houve a retratação quanto ao conteúdo da manifestação jurisdicional objeto do recurso, que, por ter conteúdo decisório, desafiaria agravo de instrumento. Todavia, no mérito, o Relator manteve a criança no abrigo em virtude da "entrega voluntária da infante pela sua avó materna (mov. 117), que culminou com seu acolhimento institucional", o que teria ensejado a perda de objeto do agravo de instrumento, reiterando que a discussão a respeito da guarda possuiria sede própria.

Os impetrantes asseveram que o *writ* merecia provimento porque o acolhimento da menor em um abrigo foi medida injustificada, especialmente no caso concreto em que há família extensa com manifesto interesse no cuidado da criança. Consta dos autos que a criança, nascida em 10.7.2016, foi acolhida no dia 12.3.2018 e está sofrendo com a ausência da avó, que, de boa-fé, cumpriu o mandado de busca e apreensão. Alegaram, na inicial, que há constrangimento ilegal em flagrante violação do ECA, pois a criança tem família extensa para acolhê-la, não possui histórico de maus tratos ou de situação de risco e mesmo assim foi colocada em um abrigo:

[...] A paciente está sendo objeto de medida protetiva de busca e apreensão com acolhimento institucional perante o i. e d. Juízo da 2ª Vara da Infância e da Juventude e Adoção de Curitiba/PR, sob o fundamento de que os atuais guardiões provisórios estariam tentando burlar o cadastro nacional de adoção e que seria evidente a má-fé e a manobra desenvolvida pelos mesmos nesse sentido. Ocorre, que em razão de ter obtido informações de que a criança estaria sob ameaça de sofrer medida protetiva de acolhimento, sua AVÓ, Sra. J. C. dos S., devidamente assistida pelos advogados ora impetrantes, apresentou pedido de habilitação nos autos de medida protetiva, formulando pedido de concessão da guarda provisória da criança em seu favor com o consequente indeferimento/revogação do pedido acolhimento institucional, com base principalmente no art. 100, inciso X do ECA que estabelece que na aplicação de qualquer medida protetiva extrema deve-se considerar o princípio da prevalência da família natural ou extensa, aliada ao fato de que deve-se primar pelos vínculos parentais e familiares. [...] Ocorre que a medida de ACOLHIMENTO em INSTITUIÇÃO – LAR, mostra-se abusiva e completamente gravosa e contrária aos interesses da criança, uma vez que a avó acreditava que a criança estava sob guarda da mãe e dos padrinhos, sendo surpreendida com a existência da medida de busca e apreensão com determinação de acolhimento institucional, que é gravosa demais e contrária os princípios norteadores do ECA. Veja-se que o pedido de acolhimento institucional da criança contraria até mesmo o próprio ECA que dispõe que na aplicação de qualquer medida protetiva deve - se considerar o princípio da prevalência da família natural ou extensa [...] Assim, considerando que a criança possui um relacionamento saudável com a avó que é sim sua família extensa, e levando em conta a recente alteração em sua situação econômica, tendo sido demonstrado que a mesma tem plenas condições de propiciar a menor um desenvolvimento saudável e harmonioso, condizente com sua peculiar situação de pessoa em desenvolvimento e em razão do vínculo parental e afetivo que tem com a neta, visando evitar prejuízos absurdos à criança há que ser imediatamente revogada a busca e apreensão da menor e determinado seu imediato DESACOLHIMENTO [...].

Extrai-se dos autos que o pedido da avó materna, na ação ajuizada, visando a guarda da neta (autos nº 0002918-47.2018.8.16.0188), sendo que até o momento do HC não houve a análise do pedido de revogação da medida protetiva, que decorreu de pedido formulado pelo MP do Estado do Paraná, a qual apenas foi cumprida no dia 12.3.2018.

Os impetrantes afirmam que a ordem deve ser concedida de ofício mesmo não tendo sido esgotadas as instâncias ordinárias, haja vista a presença dos seus requisitos de *fumus boni iuris*, em razão de não existir justa causa para a concessão de medida protetiva de acolhimento da criança, paciente do HC, além do que a própria lei privilegia antes da concessão de qualquer medida protetiva de acolhimento as medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa; e do *periculum in mora*, que está consubstanciado no fato de a criança estar acolhida em casa lar, longe de seus familiares com quem possui vínculos estreitos, o que certamente lhe ensejará inúmeros prejuízos de ordem psicológica. A liminar foi deferida para suspender a ordem de acolhimento institucional, determinando a entrega da criança aos cuidados da avó materna até decisão final em relação à sua guarda.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, opinou, por meio do seu representante legal, o Subprocurador-Geral da República Antonio Carlos Martins Soares, pela concessão da ordem, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. Impetração substitutiva da via impugnatória adequada. Desobediência à sistemática recursal prevista no ordenamento jurídico. Existindo flagrante ilegalidade, a ordem pode ser concedida de ofício. Acolhimento institucional de criança que possui família extensa (avó materna) com interesse de prestar cuidados. Inobservância do melhor interesse da infante e da prevalência da família natural extensa. Ausência de evidente risco à integridade física ou psíquica da infante. Salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, o acolhimento institucional em detrimento da manutenção da criança em lar familiar não se traduz como o melhor

interesse da criança. Precedentes deste Colendo STJ. Parecer pelo conhecimento do writ e pela concessão da ordem vindicada.

O Relator em seu voto entende que a ordem merece ser concedida. Diz que na hipótese, a via eleita utilizada para recorrer não é adequada, já que o HC impetrado foi utilizado como substitutivo recursal, mas que diante da possibilidade, em tese, de concessão da ordem, de ofício, o presente *writ* deve ser processado por estarem configurados a plausibilidade jurídica do pedido e o perigo da demora; que a jurisprudência do STJ, em situações excepcionalíssimas, dada a potencial possibilidade de ocorrência de dano grave e irreparável aos direitos da criança, ora paciente, permite o afastamento de todos os óbices relacionados ao caso levando ao seu não conhecimento.

Nos fatos apresentados, afirma o Relator haver flagrante ilegalidade identificável de plano a ensejar, em exame perfunctório, o deferimento do pedido liminar de desabrigo da criança e sua entrega à avó materna até a conclusão dos pedidos de guarda relativos à infante; que as instâncias de origem concluíram pela necessidade de entrega da infante ao abrigo institucional, sem, contudo, considerar que tal medida deve ser a última opção plausível, tendo em vista o intuito legal da preservação da família e do princípio do melhor interesse da criança; que no caso, não houve adequada valoração do manifesto interesse da avó materna na guarda da criança, o que, salvo melhor juízo, realizaria seu interesse, pois todos têm direito de estar no seu lar natural, consoante artigos 39, § 1º e 100 do ECA, pois em regra, deve-se buscar ao máximo que a criança seja inserida no seio da família extensa antes de se optar por eventual medida de colocação em instituição de acolhimento..

Manifesta-se o Relator que preliminarmente não se vislumbram nos autos evidências suficientes para determinar que a criança fosse encaminhada para a Casa Lar, onde ficou longe de seus parentes consanguíneos, antes da análise do caso concreto, tendo em vista a preferência legal da família extensa na guarda da infante, uma vez que a avó materna demonstrou não apenas interesse em acolher a neta até que o processo de guarda fosse instruído, como também o vínculo familiar existente entre ambas. A decisão agravada restou fundada unicamente em uma suposta intenção pré-adoptiva do casal que exerce a guarda provisória da criança, que, saliente-se, não registrou a criança como filha, o que configuraria a denominada "adoção à brasileira", com a suposta burla ao cadastro de adotantes. Dessa forma, refoge a qualquer lógica, ou mesmo razoabilidade, transferir a guarda da criança a um abrigo tão somente em nome de um formalismo exacerbado, que certamente não atende ao bem da vida a ser tutelado nem ao seu interesse, exatamente na fase em que se encontra mais vulnerável. Consigne-se, ainda, que a adoção não existe apenas para promover a satisfação do interesse de futuro e eventual adotante, mas visa, sobretudo, à constituição de família à criança, que, no caso, tem família extensa aparentemente interessada a acolhê-la, com o intuito de possibilitar seu desenvolvimento como ser humano. Diante de tais argumentos, o Relator concedeu de ofício a ordem de HC para afastar definitivamente o recolhimento institucional da menor G. C. R., que deve ser mantida sob a guarda da avó materna J. C. S., até o trânsito em julgado das ações de guarda em tramitação nas instâncias ordinárias.

7 - O problema jurídico (normas aplicáveis, fundamentação legal e jurisprudencial);

Referência Legislativa

ECA - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: art. 1º; art. 39, § 1º; art. 100, Parágrafo Único, X

Jurisprudência Citada

REsp 1.523.283/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015 - GUARDA DE MENOR - ORDEM HIERÁRQUICA DE PRESUNÇÃO DE MAIOR BEM-ESTAR PARA A CRIANÇA – STJ.

HC 291.103/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 29/08/2014. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL - VIOLÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA A CRIANÇA - AUSÊNCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL – STJ (HC 291103-SP, AgRg na MC 18329-SC).

Doutrina citada

CAMBI, Eduardo. O paradoxo da verdade biológica e sócio-afetiva na ação negatória de paternidade, surgido com o exame do DNA, na hipótese da 'adoção à brasileira'. In **Revista de Direito Privado**. Coordenação Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. v. 14, n. 13, ano 4 - janeiro-março 2003, pág. 87.

8 - A conclusão (identificar o *problema jurídico* e a *problemática*, esta irá embasar o comentário);

A análise do voto deste *Habeas Corpus* (HC) é feita para elaboração de um entendimento jurisprudencial do significado do princípio do “melhor interesse da criança”, a partir da vigência da *lei da adoção* aprovada em agosto de 2009 (Lei N. 12.010/09), a qual “dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças” (art. 1º).

O *problema jurídico*, apresentado pelo Relator em seu relatório e voto analisados, é referente ao HC impetrado, com pedido de liminar, por Leonardo Franco de Brito e Lígia Franco de Brito de Lara em favor da paciente G. C. R., contra decisão do Desembargador Ruy Muggiati do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) que, monocraticamente, não conheceu de agravo de instrumento interposto por J. C. S. e, posteriormente, ao conhecer de embargos de declaração, julgou o recurso prejudicado, sendo que o referido agravo de instrumento buscava rever decisão proferida pelo juízo singular que postergou a análise do pleito de guarda provisória formulado pela avó materna da criança abrigada (G. C. R.), aguardando o parecer ministerial. A criança foi colocada em instituição de acolhimento tendo família extensa para acolhê-la, no caso a avó materna, contrariando seu superior interesse e demais princípios que garantem o direito fundamental à convivência familiar em sua família natural ou extensa (art. 39, § 1º do ECA).

A *problemática* trazida para análise desse acórdão é referente ao instituto da adoção na perspectiva do melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar, no sentido de construir um *conceito dogmático* referente ao *melhor interesse da criança* em casos de adoção. A lide processual teve início com pedido do Ministério Público do Paraná (MP) de “medida protetiva de busca e apreensão com acolhimento institucional perante o i. e d. Juízo da 2ª Vara da Infância e da Juventude e Adoção de Curitiba/PR, sob o fundamento de que os atuais guardiões provisórios estariam tentando burlar o cadastro nacional de adoção e que seria evidente a má-fé e a manobra desenvolvida pelos mesmos nesse sentido”.

Acontece que quando a avó da criança, Sra. J. C. dos S., teve conhecimento de que a sua neta iria ser sujeitada a medida protetiva de acolhimento institucional, buscou a assistência dos advogados, ora impetrantes, e apresentou pedido de habilitação nos autos da referida medida protetiva, formulando pedido de concessão da guarda provisória da criança em seu favor e o indeferimento/revogação do pedido acolhimento institucional, fundamentando-o no art. 100, X do ECA:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isso não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva; (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)

Em entendimento da Juíza, só poderia ser prolatada uma decisão após o parecer do MP, assim também não conheceu o recurso, agravo de instrumento, que buscava rever sua decisão que postergou a análise do pleito de guarda provisória formulado pela avó materna da criança abrigada (G. C. R.), aguardando o parecer ministerial, mesmo tendo conhecimento do interesse da avó da criança querer a sua guarda provisória, insistiu na sua busca e apreensão para ser colocada em entidade de acolhimento, e disse que a avó seria apenas uma terceira interessada e que buscasse a guarda da neta em ação própria. Esta decisão foi integrada pelo Relator no julgamento de embargos de declaração, na qual houve a retratação quanto ao conteúdo da manifestação jurisdicional objeto do recurso, que, por ter conteúdo decisório, desafiaria agravo de instrumento. Mesmo assim, no mérito, o Relator manteve a criança em acolhimento institucional alegando que a avó materna a ter entregou a neta de forma voluntária, o que teria ensejado a perda de objeto do agravo de instrumento, reiterando que a discussão a respeito da guarda possuiria sede própria (Processo nº 2918-47.2018.8.16.0188).

Realmente, o formalismo exacerbado afastou o princípio do melhor interesse da criança e desconsiderou o seu direito à convivência familiar junto à família extensa, é inacreditável a falta de conhecimento e de responsabilidade de um julgador, que deve ter conhecimento que em matéria que envolva criança pode agir de ofício assim como *flexibilizar* a norma jurídica para garantir o melhor interesse da criança.

Diante de tal situação, os impetrantes do HC ora analisado, afirmaram que o *writ* merecia provimento porque o acolhimento da infante em um abrigo é medida injustificada, especialmente no caso concreto em que há família extensa com manifesto interesse no seu cuidado; que ficou demonstrado nos autos que a criança quando foi tirada da sua família e colocada em instituição de acolhimento tinha menos de dois anos, e que sofreu com a ausência da sua avó, que, de boa-fé, cumpriu o mandado de busca e apreensão, sendo flagrante o constrangimento ilegal com a violação do ECA, uma vez que a criança foi retirada da sua família extensa sem haver nenhum histórico de maus tratos ou de situação de risco e mesmo assim a *justiça* determinou que fosse colocada em um abrigo por estar sendo objeto de medida protetiva de busca e apreensão com acolhimento institucional sob o fundamento de que os atuais guardiões provisórios estariam tentando burlar o cadastro nacional de adoção e que seria evidente a má-fé e a manobra desenvolvida pelos mesmos nesse sentido; que a avó quando soube que a neta estaria sob ameaça de sofrer medida protetiva de acolhimento, buscou ajuda dos advogados ora impetrantes, apresentando pedido de habilitação nos autos de medida protetiva e formulando pedido de concessão da guarda provisória da neta em seu favor com o consequente indeferimento/revogação do pedido acolhimento institucional; que a medida de acolhimento em instituição, mostra-se abusiva e completamente gravosa e contrária aos princípios do ECA, em especial ao melhor interesse da infante, pois a avó acreditava que a neta estava sob guarda da mãe e dos padrinhos, sendo surpreendida com a existência da medida de busca e apreensão com determinação de acolhimento institucional. Por fim, “os impetrantes afirmam que a ordem deve ser concedida de ofício mesmo não tendo sido esgotadas as instâncias ordinárias, haja vista a presença dos seus requisitos” (*fumus boni iuris* e o *periculum in mora*), que estão evidenciados pelo fato de não haver motivação concessão de medida protetiva de acolhimento da criança, ora paciente, pois ela tem a família da sua mãe biológica que a quer e com a qual mantém vínculos afetivos, e seu afastamento está lhe causando sérios prejuízos de ordem psicológica.

Diante de tais argumentos a liminar foi deferida para suspender a ordem de acolhimento institucional, determinando a entrega da criança aos cuidados da avó materna até decisão final em relação à sua guarda. Em sábia manifestação, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. Impetração substitutiva da via impugnatória adequada. Desobediência à sistemática recursal prevista no ordenamento jurídico. Existindo

flagrante ilegalidade, a ordem pode ser concedida de ofício. Acolhimento institucional de criança que possui família extensa (avó materna) com interesse de prestar cuidados. Inobservância do melhor interesse da infante e da prevalência da família natural extensa. Ausência de evidente risco à integridade física ou psíquica da infante. Salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, o acolhimento institucional em detrimento da manutenção da criança em lar familiar não se traduz como o melhor interesse da criança. Precedentes deste Colendo STJ. Parecer pelo conhecimento do writ e pela concessão da ordem vindicada.

Ao proferir seu voto, o Relator, Exmo. Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, decide pela concessão do HC, assim se manifestando: “a ordem merece ser concedida”. Justificando que entende que “na hipótese, a via eleita utilizada pelos impetrantes não é adequada, já que o presente *habeas corpus* foi utilizado como substitutivo recursal”; mas como a concessão da ordem pode ser de ofício, o HC deve ser processado por estarem configurados a *fumus boni iures* e o *periculum in mora*; pois a jurisprudência do STJ, “em situações excepcionálíssimas, dada a potencial possibilidade de ocorrência de dano grave e irreparável aos direitos da criança, [...], permite o afastamento de todos os óbices que, em princípio, acometem o presente writ e que, ordinariamente, culminariam no seu não conhecimento”; que no caso, há flagrante ilegalidade identificável de plano, pois as instâncias de origem concluíram pela necessidade de entrega da criança à instituição de acolhimento sem levar em consideração que tal medida deve ser o último recurso, tendo em vista o intuito legal da preservação da família e do princípio do melhor interesse da criança.

Os argumentos apresentados nos autos demonstraram que não houve adequada valoração do manifesto interesse da avó materna na guarda da neta, desconsiderando o interesse desta, de estar no seu lar natural, conforme estabelecem os artigos 39, § 1º e 100, do ECA, pois o entendimento é que se deve “buscar ao máximo que a criança seja inserida no seio da família extensa antes de se optar por eventual medida que acarrete a adoção por família substituta”. Decisões do STJ têm demonstrado que “a ordem hierárquica de presunção de maior bem-estar para a criança, em relação ao ambiente em que deve conviver, é dada pela sequência: família natural, família natural estendida e família substituta”; que a “excepcional alteração dessa ordem exige a comprovação categórica de elementos desabonadores da conduta do genitor preterido, do abandono da prole ou do desinteresse dos integrantes da família natural”.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE GUARDA DE MENOR. PEDIDO DA MÃE. PRETERIÇÃO DOS AVÓS PATERNOS. POSSIBILIDADE. PEDIDO DO PAI. PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO. (...) 5. Segundo a jurisprudência deste Tribunal Superior, a ordem hierárquica de presunção de maior bem-estar para a criança e o adolescente, em relação ao ambiente em que deve conviver, é dada pela sequência: família natural, família natural estendida e família substituta. 6. A excepcional alteração dessa ordem exige a comprovação categórica de elementos desabonadores da conduta do genitor preterido, do abandono da prole ou do desinteresse dos integrantes da família natural. (...) 8. Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido" (REsp 1.523.283/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015).

Diante de tal entendimento não poderia haver outra decisão que não fosse o desacolhimento da infante e a sua entrega para a avó materna até a decisão final da lide inicial, assim o Relator finalizou o seu voto: “concedo de ofício a ordem de *habeas corpus* para afastar definitivamente o recolhimento institucional da menor G. C. R., que deve ser mantida sob a guarda da avó materna J. C. S., até o trânsito em julgado das ações de guarda em tramitação nas instâncias ordinárias”. Corroborando para tal, o Relator também trouxe ao seu voto o julgamento da Terceira Turma do STJ, em 20.9.2011, da MC nº 18.329/SC, que foi designada relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, no qual “fixou o entendimento de que, na

ausência de perigo de violência física ou psicológica contra a criança, a sua busca e apreensão com acolhimento institucional, no curso de qualquer ação em que se discuta a custódia física da infante, representa evidente afronta ao melhor interesse do menor”; no mesmo sentido consignou:

HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. POSSÍVEL PRÁTICA DE 'ADOÇÃO À BRASILEIRA'. CONVÍVIO COM A FAMÍLIA REGISTRAL. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ORDEM CONCEDIDA. 1.- A despeito da possibilidade de ter ocorrido fraude no registro de nascimento, não é do melhor interesse da criança o acolhimento institucional ou familiar temporário, salvo diante de evidente risco à sua integridade física ou psíquica, circunstância que não se faz presente no caso dos autos. Precedentes. 2.- Ordem concedida" (HC 291.103/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 29/08/2014.

Analisando a jurisprudência e a doutrina vigentes, pode-se dizer que é sábio o entendimento do Relator quando se manifesta proferindo que “**refoge a qualquer lógica**, ou mesmo **razoabilidade**, transferir a guarda da criança a um abrigo tão somente em nome de um **formalismo exacerbado**, que certamente não atende ao bem da vida a ser tutelado nem ao seu interesse, exatamente na fase em que se encontra mais vulnerável” (grifos nossos). O Estado-juiz deve estar atento as mudanças do comportamento humano nas relações familiares, o que não aconteceu com o juízo singular e o MP na instância originária deste caso concreto, pois o apego a letra das normas não atendeu a distribuição de justiça, e a criança foi colocada em instituição de acolhimento de forma inadequada, para não dizer ilícita.

É quase impossível acreditar que um juiz da Vara da Infância e Juventude, assim como um Promotor Público que atua nas causas *menoristas*, como fiscal da lei ou titular da ação, como foi este caso, não tenham conhecimento que em atenção ao melhor interesse da criança, ela deve ficar preferencialmente com sua família biológica, uma vez que ambos tiveram conhecimento do interesse da avó materna em ficar com a guarda provisória da neta, assim como que a criança tinha vínculos com a família extensa e nunca foi vítima de maus tratos ou qualquer negligência, e mesmo assim, insistiram no seu acolhimento institucional, demonstrando total apego ao formalismo do procedimento processual, não optando por uma solução que melhor tutelasse a dignidade humana da infante.

Decisão 10³⁴³

1 - Nome do Tribunal: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – 3ª TURMA

2 - Data da decisão: DJe 24/04/2019

3 - Identificação da Decisão:

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 106.091 - GO (2018/0322237-0)

RELATOR: MINISTRO MOURA RIBEIRO

RECORRENTE: M L DE A (MENOR)

ADVOGADO: Sebastião Barbosa e Silva Junior - MG001165A

RECORRIDO: Ministério Público do Estado De Goiás

INTERES: W DE O S

INTERES: M M DE O S

ADVOGADO: Sebastião Barbosa e Silva Junior - MG001165A

³⁴³ Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201803222370&dt_publicacao=29/04/2019
Acesso em: 10 fev 2019.

4 - Os fatos: Foi interposto recurso em *Habeas Corpus* (HC) por M. L. DE A. (M), impugnando decisão monocrática de Desembargadora do Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO) que não conheceu o *writ* lá impetrado, por entender que não havia elementos que apontassem a necessidade de suspensão da decisão do Magistrado que determinou a sua busca e apreensão da criança, nem tampouco a considerou teratológica. Assim, a controvérsia diz respeito a legalidade ou não da determinação judicial de busca e apreensão da infante M, com dez meses de idade, foi levada para um abrigo institucional, por ter sido entregue irregularmente pela genitora biológica para adoção *intuitu personae* ao casal W e M, sem observância do procedimento legal.

EMENTA RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. AÇÃO DE ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. *HABEAS CORPUS* CONTRA DECISÃO DE RELATOR DE CORTE DA ORIGEM. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO DE CRIANÇA PARA POSTERIOR ABRIGAMENTO INSTITUCIONAL. FORMAÇÃO DE VÍNCULO AFETIVO ENTRE A MENOR E A PRETENZA FAMÍLIA ADOTANTE, JÁ INSCRITA NO CADASTRO NACIONAL DE ADOTANTES. PRIMAZIA DO ACOLHIMENTO FAMILIAR EM DETRIMENTO DE COLOCAÇÃO EM ABRIGO INSTITUCIONAL. PRECEDENTES. O CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO DEVE SER SOPEADO COM O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. RECURSO ORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Nos termos do art. 105, III, c, da CF, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, o *habeas corpus* quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição. 1.1. Embora não tenha inaugurado a competência constitucional desta eg. Corte Superior, existe, excepcionalmente, a possibilidade de concessão da ordem de ofício, na hipótese em que se verificar que alguém sofre ou está sofrendo constrangimento em sua liberdade de locomoção em razão de decisão manifestamente ilegal ou teratológica da autoridade apontada como coatora, o que se verifica no caso. 2. A jurisprudência desta eg. Corte Superior tem decidido que não é do melhor interesse da criança o acolhimento temporário em abrigo, quando não há evidente risco à sua integridade física e psíquica, com a preservação dos laços afetivos eventualmente configurados entre a família substituta e o adotado ilegalmente. Precedentes. 3. A ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para adoção não tem um caráter absoluto, devendo ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, razão de ser de todo o sistema de defesa erigido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar (HC nº 468.691/SC). 4. Recurso ordinário não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício.

ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em não conhecer do recurso ordinário e, de ofício, em conceder a ordem de *Habeas Corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrigli, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 09 de abril de 2019 (Data do Julgamento) Ministro MOURA RIBEIRO (Relator)

O processo em causa teve início com ação de adoção c/c destituição de poder familiar (Processo nº 5277240.41.2018.8.09.130), por W DE O S e M DE O S (W e M) contra J L DE A (J), visando adotar a menor M L DE A (M), nascida aos 5/6/2018, na qual afirmaram que a criança lhes foi entregue por sua genitora (J), assim que nasceu porque não tinha condições de criá-la e sustentá-la. O processo foi instruído com escritura pública de doação, na qual J declarou que entregava a filha M para o casal W e M e lhes concedia autorização para com ela viajar para outro estado da federação. Os adotantes pediram a concessão da guarda provisória da criança, a título de antecipação de tutela. No mérito, pugnaram pela procedência

do pedido de adoção, com a consequente destituição do poder familiar da genitora biológica. O Juízo da Vara de Infância e Juventude da Comarca de Porangatu-GO indeferiu o pedido liminar e determinou a busca e apreensão da criança e sua entrega no juizado.

Após tal decisão, com o aparecimento do pai biológico de M, ele juntamente com a sua genitora (J), resolveram ficar com ela, contudo, mudaram de ideia e procuraram o Conselho Tutelar da Comarca de Porangatu-GO, manifestaram expressamente a vontade de que a filha ficasse sob os cuidados do casal W e M e não fosse submetida ao processo de adoção comum, tendo havido também concordância dos Conselheiros Tutelares. Diante disso, aos 3/8/2018, W e M peticionaram ao Juízo da Vara da Infância e Juventude noticiando o fato novo, no sentido de que os pais biológicos e o Conselho Tutelar pretendiam, de fato, que M ficasse sob os seus cuidados, informando que estavam na fila de adoção nacional desde setembro de 2016. Pediram, então, a reconsideração da decisão e que o magistrado analisasse novamente o pedido cautelar de guarda provisória, concedendo-a em favor deles, até a completa instrução do processo.

5 - O Processo (descrever a história judiciária do caso e verificar se foram esgotadas as vias de recursos internos);

Trata-se de recurso em HC interposto por M. L. DE A. (adotanda), impugnando decisão monocrática de Desembargadora do TJGO, que não conheceu o *writ* lá impetrado, por entender que não havia elementos que apontassem a necessidade de suspensão da decisão do Magistrado que determinou a sua busca e apreensão, nem tampouco a considerou teratológica. Nas razões do Recurso ordinário, a Recorrente sustentou que a decisão que não conheceu do seu HC não pode prosperar pois o seu direito ir e vir, de se manter em local seguro e de estar sendo cuidada em ambiente familiar, não pode aguardar o julgamento do Agravo de Instrumento pela Corte de Justiça local, sendo o *writ*, diante da urgência que a situação requer, o meio hábil para verificar a ilegalidade da decisão que determinou a sua busca e apreensão; que carece de razoabilidade e de proporcionalidade a decisão de não considerar teratológica, o provimento jurisdicional que determinou a sua apreensão que está em legítimo processo de adoção, sob cuidados afetuosos e em ambiente propício ao seu regular desenvolvimento sadio; e que deve ser reformada a decisão da Desembargadora Relatora e concedido salvo conduto para assegurar o seu direito fundamental de liberdade, com a cessação do constrangimento ilegal pela qual está passando.

Foram apresentadas Contrarrazões do recurso ordinário; o Ministro Moura Ribeiro, Relator do HC, solicitou informações ao Juízo de Comarca da Porangatu-GO e ao TJGO; recebeu as informações solicitadas, com as quais veio a notícia de que o TJGO ainda não havia julgado o Agravo de Instrumento e que até então, não foi cumprido o mandado de busca e apreensão da criança M. O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso ordinário para concessão do HC.

Em seu voto, o Ministro Relator decidiu que considerando as nuances e os elementos que instruíram o presente recurso, não conhecer do Recurso Ordinário, mas no entanto, concedeu, de ofício, a ordem de HC para determinar que a recorrente/paciente M seja mantida no ambiente familiar em que se encontra, a título de guarda provisória, até o trânsito em julgado da ação de adoção que deu origem ao *writ*, cancelando, por ora, a ordem para a sua busca e apreensão.

6 - Os argumentos das partes (resumo dos argumentos de quem está inconformado e de quem responde);

O processo que gerou o voto do pedido do HC impetrado pela adotanda, teve início com o ajuizamento da “ação de adoção c/c destituição do poder familiar” por W DE O S e M DE O S (W e M) contra J L DE A (J), visando adotar a menor M L DE A (M), nascida em 05/06/2018, na qual afirmaram que a criança lhes foi entregue por sua genitora (J), assim que nasceu, porque esta não tinha condições de criá-la e sustentá-la. O processo foi instruído com

escritura pública de doação, na qual J declarou que entregava a filha M para o casal W e M e lhes concedia autorização para com ela viajar para outro estado da federação. Foi pedida a concessão da guarda provisória da criança, a título de antecipação de tutela. No mérito, pugnaram pela procedência do pedido de adoção, com a consequente destituição do poder familiar da mãe biológica.

O Juízo da Vara de Infância e Juventude da Comarca de Porangatu-GO indeferiu o pedido liminar e determinou a busca e apreensão da criança e sua entrega no juizado, fundamentando que o art. 83 do ECA determina que a autorização de viagem seja feita por meio de autorização judicial, entretanto, a autorização, como expresso na petição inicial, é uma forma irregular de guarda a realizada apenas com intuito de retirar a criança da comarca, obstando qualquer procedimento legal de adoção; a criança nasceu dia 05.06.2018 e a autorização data de 07.06.2018, para o juiz isso comprova o intuito dos autores de desrespeito ao procedimento de adoção; que no tocante ao interesse dos pais biológicos de permanecer com a criança, a declaração deve ser considerada, pois até a sentença de destituição do poder familiar, haverá a possibilidade de retratação da manifestação de vontade, sendo que a irrevogabilidade só incide após este momento; entende, ainda, o juiz, que os autores requereram pedido liminar para manutenção da guarda por estar provada a sua responsabilidade para criação da menor, bem como o perigo na demora, pois, sem a guarda, não poderiam inseri-la no plano de saúde; que os requisitos autorizadores não estão presentes nos autos, sendo a conduta dos autores ilegal e não pode ser endossada pelo Poder Judiciário; que embora a genitora da criança não tenha condições financeiras de criar e sustentar a criança, a pobreza, por si só, não é causa de afastamento da família natural; e que caso os pais tenham posterior interesse na entrega da criança para adoção, o procedimento do ECA será obedecido, respeitando a fila de postulantes para adoção, habilitados na referida comarca.

Após tal decisão, mais precisamente em 01/8/2018, com o aparecimento do pai biológico de M, ele juntamente com a genitora dela resolveram ficar com filha, contudo, mudaram de ideia e procuraram o Conselho Tutelar da Comarca de Porangatu-GO. De acordo com o Relatório Informativo nº 63/2018, os pais de M manifestaram, expressamente, a vontade de que a filha ficasse sob os cuidados do casal W e M e não fosse submetida ao processo de adoção comum, tendo havido também concordância dos Conselheiros Tutelares. Diante disso, aos 03/08/2018, W e M peticionaram ao Juízo da Vara da Infância e Juventude noticiando o fato novo, no sentido de que os pais biológicos e o Conselho Tutelar entendiam, de fato, que M ficaria melhor sob os seus cuidados, informando que estavam na fila de adoção nacional desde setembro de 2016. Pediram, então, a reconsideração da decisão para que fosse reformada no sentido de dar a guarda provisória aos adotantes até a completa instrução do processo. Este pedido foi indeferido, sob o fundamento de que a adoção direta (*intuito personae*) não tem guarida legal e de que o casal, por ter concluído o curso de adoção na Comarca de Uberlândia-MG, tinha conhecimento do procedimento legal; e que já tinha determinado a busca e apreensão de M e ela ainda não tinha sido entregue ao Juizado.

A decisão foi impugnada por W e M, com a interposição de Agravo de Instrumento (Processo nº 5371297.53.2018.8.09.0000) e pedido de *Habeas Corpus* (Processo nº 5421911.62.2018.8.09.0000) no Tribunal de Justiça de Goiás. A Desembargadora do Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO) aos 13/09/2018, em decisão preliminar proferida no HC, entendeu que não estavam presentes os requisitos para concessão da liminar e requisitou informações da autoridade coatora. Em 20/09/2018, os Adotantes peticionaram para a Relatora do HC a concessão de salvo conduto para a paciente (adotanda), relatando que a autoridade coatora além de não ter cumprido a decisão de prestar informações, mobilizou as polícias do país para apreender a recém-nascida, bem como determinou que se oficiasse ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para informar a situação dos autores e possível suspensão dos seus nomes no

cadastro nacional de adoção (CNA), sob o fundamento de que o casal tentou burlar a fila da adoção.

O Ministro Relator verificou que a autoridade apontada como coatora na origem prestou as informações requeridas pela Desembargadora do TJGO, reiterando que a legislação veda a adoção dirigida e mostrou preocupação com a demora na devolução da infante. O TJGO não conheceu o pedido de *Habeas Corpus* por entender que existiam indícios de que o casal (W e M) pretendia regularizar uma adoção ilegal e não havia elementos que indicassem a pronta suspensão da medida adotada pelo Magistrado de primeiro grau, que teria observado a proteção integral garantida à criança; e que deve ser reservado para o julgamento do Agravo de Instrumento, onde o rito é mais amplo e mais privilegiado o contraditório, o exame do pedido de revogação da decisão que determinou a busca e apreensão da infante.

Consta dos autos, ainda, decisão do CNJ proferida na Reclamação Disciplinar nº 0008814.98.2018.2.00.000 aos 19/10/2018, na qual W e M alegaram que o Juiz da Vara de Infância e da Juventude da Comarca de Porangatu-GO teria supostamente praticado condutas irregulares (morosidade) no processo de adoção de M (Processo nº 5277240.41.2018.8.09.0130), determinando, em razão da sensibilidade da demanda e aparente urgência no trâmite da respectiva ação, o encaminhamento dos autos à Corregedoria de Justiça do Estado de Goiás para que promovesse a apuração dos fatos.

Diante de tal situação, foi interposto o Recurso Ordinário em HC para o STJ, impugnando decisão monocrática de Desembargadora do Tribunal de Justiça de Goiás que não conheceu o *writ* lá impetrado, pelas razões acima expostas. O Relator do HC considerou que os autos foram conclusos ao seu gabinete aos 29/03/2019 e como o processo estava suficientemente instruído, sendo por bem trazê-lo para o julgamento dos seus pares, ao invés de proferir uma decisão liminar, pois a controvérsia diz respeito a legalidade ou não da determinação judicial de busca e apreensão da infante M, com 10 (dez) meses de idade, que certamente será levada para um abrigo institucional, que foi entregue irregularmente pela genitora biológica para adoção *intuitu personae* ao casal W e M, sem observância do procedimento legal.

7 - O problema jurídico (normas aplicáveis, fundamentação legal e jurisprudencial);

O Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, foi impetrado em face da decisão da Desembargadora Relatora do Tribunal de Justiça de Goiás que não conheceu do *writ* lá impetrado, sob o fundamento de que a providência não seria o instrumento adequado para impugnar decisão judicial que decidiu sobre a guarda de menor impúbere e de que não havia flagrante ilegalidade na decisão que determinou a busca e apreensão da criança, da qual se discutia adoção e guarda. Para o Ministro Relator, em princípio, considerando o disposto no art. 105, III, c, da CF, que dispõe que compete ao STJ processar e julgar, originariamente, o *Habeas Corpus* quando o coator for Tribunal sujeito à sua jurisdição, o presente *writ* não poderia ser conhecido, pois se trata de decisão monocrática proferida por Desembargador de Corte Estadual.

Não obstante, a ausência de inauguração da competência do STJ para o exame do *writ*, existe, excepcionalmente, a possibilidade de concessão da ordem de ofício, na hipótese em que se verificar que alguém sofre ou está sofrendo constrangimento em sua liberdade de locomoção em razão de decisão manifestamente ilegal ou teratológica da autoridade apontada como coatora, o que é caso, uma vez que a controvérsia diz respeito a legalidade ou não da determinação judicial de busca e apreensão da infante M, que certamente será levada para um abrigo institucional, que foi entregue irregularmente pela genitora biológica para adoção *intuitu personae* ao casal adotante, sem observância do procedimento legal.

Jurisprudência Citada

Adoção - ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas - observância do princípio do melhor interesse da criança: STJ - HC 468691-SC; HC 385507-PR; HC 487812-CE;

Acolhimento institucional - observância do princípio do melhor interesse da criança: STJ - HC 221594-SC; HC 291103-SP; HC 430216-SP.

Legislação citada:

ECA, art. 19; art. 83; CF/88, art. 105, III, c.

8 - A conclusão (identificar o *problema jurídico* e a *problemática*, esta irá embasar o comentário);

O Acórdão acima identificado tem como *problema jurídico*³⁴⁴ um Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, contra decisão da Relatora do TJGO, impugnando decisão monocrática, que não conheceu o *writ* impetrado, por entender que não havia elementos que apontassem a necessidade de suspensão da decisão do Magistrado que determinou a busca e apreensão da adotanda, nem tampouco a considerou teratológica. Tal situação foi gerada pelo indeferimento do pedido de reconsideração da decisão para que fosse reformada no sentido de dar a guarda provisória aos adotantes até a completa instrução do processo decorrente de “ação de adoção c/c destituição de poder familiar”, ajuizada por W DE O S e M DE O S (W e M) contra J L DE A (J), visando adotar a criança M L DE A (M).

A *problemática* que se traz para análise do voto desse Acórdão é referente a adoção de criança, o seu direito fundamental à convivência familiar e o seu melhor interesse, no sentido de construir um *conceito dogmático* a partir do entendimento das decisões prolatadas pela Terceira Turma do STJ, no período de janeiro de 2010 a abril de 2020, referente ao *melhor interesse da criança* em casos de adoção, consoante o direito fundamental da criança de ser criada e educado no seio da sua família, preconizado no art. 19 do ECA, que engloba a convivência familiar ampla, para que a criança alcance em sua plenitude um desenvolvimento sadio e completo, para sua proteção integral.

Em seu Voto, o Relator, Exmo. Sr. Ministro Moura Ribeiro, entende que considerando o disposto no art. 105, III, c, da CF, que dispõe que compete ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) processar e julgar, originariamente, o *Habeas Corpus* (HC) quando o coator for Tribunal sujeito à sua jurisdição, tal Recurso não poderia ser conhecido, pois se trata de decisão monocrática proferida por Desembargadora de Corte Estadual, mas que, em princípio, para um caso concreto, como o apresentado, “existe, excepcionalmente, a possibilidade de concessão da ordem de ofício, na hipótese em que se verificar que alguém sofre ou está sofrendo constrangimento em sua liberdade de locomoção em razão de decisão manifestamente ilegal ou teratológica da autoridade apontada como coatora” (p. 5 de 5).

Diante do *problema jurídico* apresentado, pode-se inferir que o entendimento da Desembargadora Relatora do Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO), que não conheceu do *writ* lá impetrado, sob o fundamento de que a providência não seria o instrumento adequado para impugnar decisão judicial que decidiu sobre a “guarda de menor impúbere” e de que não havia flagrante ilegalidade na decisão que determinou a busca e apreensão da criança, em feito no qual se discutia sua adoção e guarda provisória, está se contrapondo ao que tem decidido o STJ sobre tal questão, a exemplo do que decidiu a Terceira Turma do STJ, na MC nº 18.329/SC, julgada em 20/09/2011, tendo como Relatora a Ministra Nancy Andrighi, na qual foi fixado o entendimento de que, “na ausência de perigo de violência física ou psicológica contra a criança, a sua busca e apreensão com acolhimento institucional, no curso de qualquer ação em que se discuta a custódia física do infante, **representa evidente afronta ao melhor interesse da criança**”.

³⁴⁴ A controvérsia diz respeito a legalidade ou não da determinação judicial de busca e apreensão da infante M, à época com dez meses de idade, que certamente seria levada para um abrigo institucional, por ter sido entregue pela mãe biológica para adoção *intuitu personae* ao casal W e M.

O casal W de O S e M de O S (W e M) ajuizou ação de adoção c/c destituição de poder familiar (Processo nº 5277240.41.2018.8.09.130) contra J L de A (J), com a finalidade de adotar a menor M L de A (M), nascida em 05/06/2018, na qual alegam que a criança lhes foi entregue por J, sua mãe biológica, que disse não ter condições de criá-la e sustentá-la. O processo foi instruído com escritura pública de doação, na qual J declarou que entregava a filha M para o casal W e M e lhes concedia autorização para com ela viajar para outro estado da federação. Foi pedida a concessão da guarda provisória da criança, a título de antecipação de tutela.

O Juízo da Vara de Infância e Juventude da Comarca de Porangatu-GO indeferiu o pedido liminar e determinou a busca e apreensão da criança e sua entrega no juizado, fundamentando tal decisão no art. 83 do ECA, que prevê o que consta na autorização de viagem apresentada, mas que tal autorização, conforme expresso na petição inicial, é uma forma irregular de guarda, realizada apenas com intuito de retirar a criança da comarca, obstando qualquer procedimento legal de adoção, pois a criança nasceu dia 05/06/2018 e a autorização data de 07/06/2018, o que demonstra a intenção dos autores em desrespeitar o procedimento de adoção; que em relação ao interesse dos pais biológicos de permanecer com a criança, a declaração deve ser considerada, embora até a sentença de destituição do poder familiar, haverá a possibilidade de retratação da manifestação de vontade; que os requisitos autorizadores não estão presentes nos autos; que a conduta dos autores é ilegal e não pode ser endossada pelo Poder Judiciário, pois embora a mãe biológica da criança não tenha condições financeiras de criá-la e sustentá-la, a pobreza, por si só, não é causa de afastamento da família natural; e que caso os pais tenham interesse na entrega da criança para adoção, o procedimento do ECA será obedecido, respeitando a fila de postulantes habilitados para adoção.

Percebe-se que a decisão do juízo singular trata a criança como um objeto e não como sujeito de direitos, pois a preocupação do magistrado foi com a formalidade da lei e não com o direito à convivência familiar e o melhor interesse da adotanda. Não demonstra conhecer e entender o sistema normativo protetivo estatuído pelo ECA, que tem como fundamento central o princípio do melhor interesse da criança e a sua proteção integral, por conseguinte, toda interpretação (fático ou jurídica) deve ser no viés do que é favorável à criança, ou seja, no seu melhor interesse.

Em 01/08/2018, com o aparecimento do pai biológico da criança, os genitores decidiram, inicialmente, ficar com ela, mas mudaram de ideia e procuraram o Conselho Tutelar da Comarca de Porangatu-GO. Consoante o Relatório Informativo nº 63/2018, os pais biológicos manifestaram expressamente a vontade de que a filha (M) ficasse sob os cuidados do casal W e M e não fosse submetida ao processo de adoção comum, por se tratar de adoção *intuitu personae*³⁴⁵, tendo havido também concordância dos Conselheiros Tutelares. Diante de tal situação, W e M peticionaram ao Juízo da Vara da Infância e Juventude noticiando o fato novo, Requerendo a “reconsideração da decisão e que o magistrado analisasse novamente o pedido cautelar de guarda provisória, concedendo-a em favor deles, até a completa instrução do processo”, pois os pais biológicos e o Conselho Tutelar são favoráveis de que M fique sob os seus cuidados, informara, também, que estavam na fila de adoção nacional desde setembro de 2016 (p. 7 de 5). O pedido foi indeferido, sob o fundamento de que a adoção direta não tem guarda legal e de que o casal, por ter concluído o curso de adoção na Comarca de Uberlândia-MG, tinha conhecimento do procedimento legal, ressaltando que já tinha determinado a busca e apreensão de M e ela ainda não tinha sido entregue ao Juizado. Esta decisão foi impugnada por W e M, com a interposição de agravo de instrumento (Processo nº

³⁴⁵ A “adoção *intuitu personae*” é uma modalidade de adoção direcionada para determinado(s) adotante(s), considerada por alguns operadores do direito como ilícita, mas comprovadamente não o é, *vide* tese de doutorado de Suely Mitie Kusano, orientada pela Profa. Dra. Maria Helena Diniz, PUC/SP, 2006.

5371297.53.2018.8.09.0000) e pedido de HC (Processo nº 5421911.62.2018.8.09.0000) no TJGO.

A Exma. Desembargadora do TJGO, em decisão preliminar proferida no HC, entendeu que não estavam presentes os requisitos para concessão da liminar e requisitou informações da autoridade coatora. O casal peticionou para a Relatora do HC, relatando que a autoridade coatora além de não ter cumprido a decisão de prestar informações, mobilizou as polícias do país para apreender a recém-nascida, bem como determinou que se oficiasse ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para informar a situação dos autores e possível suspensão dos nomes deles do CNA, por tentarem burlar a fila da adoção, imploraram para que fosse concedido salvo conduto para a paciente. Foi verificado pelo Ministro Relator do HC, no STJ, que a autoridade apontada como coatora na origem prestou as informações requeridas pela Desembargadora do TJGO, na qual reiterou que a legislação veda a adoção dirigida e mostrou preocupação com a demora na devolução da infante. Assim, o pedido de HC não foi conhecido por entender que existiam indícios de que o casal W e M pretendia regularizar uma adoção ilegal e não havia elementos que indicassem a pronta suspensão da medida adotada pelo Magistrado de primeiro grau, que teria observado a proteção integral garantida à criança; e que deve ser reservado para o julgamento do Agravo de Instrumento, onde o rito é mais amplo e mais privilegiado o contraditório, o exame do pedido de revogação da decisão que determinou a busca e apreensão da infante.

Tal entendimento da ilegalidade da adoção *intuitu personae* (quando os pais biológicos indicam o/s adotante/s) é preocupante quando se constata que alguns atores do Poder Judiciário não têm conhecimento e sensibilidade para julgar questões referentes ao bem estar das crianças, inclusive que podem “agir” *ex officio*, desde que justificada a prioridade absoluta do interesse da criança. Depreende-se daí que a questão não foi suficientemente analisada pelo Tribunal de origem, que não entendeu ser melhor a criança ficar no acolhimento familiar, enquanto tramitar o processo, do que numa instituição de acolhimento, considerando, então, que a busca e apreensão, neste caso é

Medida em que, na hipótese, notoriamente beira a teratologia, pois **inconcebível se presumir que um local de acolhimento institucional possa ser preferível a um lar estabelecido, onde a criança não sofre nenhum tipo de violência física ou moral.** (STJ, HC 274.845/SP (2013/0250389-7), 3ª Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, julgado em 12/11/2013). (Grifo nosso)

Inconformados, os Adotantes, via Recurso Ordinário em *HABEAS CORPUS*, buscaram a satisfação do direito da adotanda no STJ. O Ministro Relator, considerando que os autos foram conclusos ao seu gabinete e como estava suficientemente instruído, entendeu por bem trazer o processo para o julgamento dos seus pares, ao invés de proferir uma decisão liminar. Declara em seu voto que dos elementos que instruíram o feito, o que deve ser levado em consideração e realmente importa para solução do litígio, é que M, se encontra sob a guarda de fato do casal W e M desde que nasceu, já havendo relação afetiva, sendo que eles, além de a terem acolhido, buscaram o Poder Judiciário para regularizar a situação; que estão inscritos no CNA desde 2016; e que não há nenhum elemento concreto ou estudo dizendo que M, está em situação de risco físico ou psíquico por estar convivendo com os adotantes enquanto tramita o processo de adoção, não sendo, portanto, razoável afastá-la de tal convivência para encaminhá-la a um abrigo institucional, sem que haja situação de risco, tão somente porque não se observou a fila de postulantes para adoção; que o melhor interesse da criança se sobrepõe aos rigores da observação da lista de adoção, bem como o rompimento do convívio da adotanda com os adotante ser causador de abalo psicológico na criança. Para corroborar com o seu entendimento, o Relator traz para fundamentar seu voto jurisprudência vigente, lecionando que o STJ em observância ao princípio da proteção integral e prioritária da criança previsto no ECA

e na CF/88, “tem o entendimento consolidado de que existe primazia do acolhimento familiar em detrimento da colocação de menor em abrigo institucional” (p. 10 de 5):

[...] E por falar no Cadastro Nacional de Adoção, a Quarta Turma, no julgamento *Habeas Corpus* nº 468.691/SC, da relatoria do em. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 12/12/2019, firmou o entendimento de que a ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para adoção não tem um caráter absoluto, devendo ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, razão de ser de todo o sistema de defesa erigido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar.

[...]

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. *HABEAS CORPUS*. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE MENOR. APARENTE ADOÇÃO À BRASILEIRA E INDÍCIOS DE BURLA AO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO. PRETENSOS ADOTANTES QUE REUNEM AS QUALIDADES NECESSÁRIAS PARA O EXERCÍCIO DA GUARDA PROVISÓRIA. VÍNCULO SOCIOAFETIVO PRESUMÍVEL NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES DESENVOLVIDAS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. 1- O propósito do *habeas corpus* é definir se deve ser mantida a ordem de acolhimento institucional da menor diante do reconhecimento, pelos graus de jurisdição ordinários, de que houve tentativa de burlar o cadastro nacional de adoção. 2- Conquanto a adoção à brasileira evidentemente não se revista de legalidade, a regra segundo a qual a adoção deve ser realizada em observância do cadastro nacional de adotantes deve ser sopesada com o princípio do melhor interesse do menor, admitindo-se em razão deste cânone, ainda que excepcionalmente, a concessão da guarda provisória a quem não respeita a regra de adoção. 3- Hipótese em que o casal de pretensos adotantes havia se submetido, em passado recente, às avaliações e formalidades necessárias para integrar o cadastro nacional de adotantes, estando apto a receber e despender os cuidados necessários a menor e convicto da escolha pela adoção. 4- O convívio da menor com os pretensos adotantes por um significativo lapso temporal induz, em princípio, a provável existência de vínculo socioafetivo que deve ser amparado juridicamente, sem prejuízo da formação de convencimento em sentido contrário após regular e exauriente cognição. 4- Ordem concedida. (HC nº 385.507/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe de 3/3/2018, sem destaque no original).

HABEAS CORPUS. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO '*INTUITU PERSONAE*'. BURLA AO CADASTRO DE ADOÇÃO. BUSCA E APREENSÃO. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL EM ABRIGO. PRIMAZIA DO ACOLHIMENTO FAMILIAR. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Controvérsia a respeito do acolhimento institucional de criança entregue à adoção '*intuitu personae*'. 2. Inadmissibilidade da impetração de *habeas corpus* diretamente neste Superior Tribunal de Justiça em face de decisão de relator que, no tribunal de origem, indeferiu liminar (Súmula 691/STF). Ressalva da possibilidade de concessão da ordem de ofício, conforme jurisprudência desta Corte Superior. 3. Caso concreto em que a criança foi retirada do ambiente familiar e institucionalizada em abrigo com fundamento na burla ao Cadastro Nacional de Adoção. 4. Inexistência, nos autos, de indício de fatos que desabonem o ambiente familiar em que a criança se encontrava. 5. Nos termos do art. 34, § 1º, do ECA: "A inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei". 6. Primazia do acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional. Precedentes desta Corte Superior. 7. Existência flagrante ilegalidade no ato coator, a justificar a concessão da ordem de ofício. 8. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO. (HC nº 487.812/CE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe de 1º/3/2019).

Reforça o Relator, que “não é do melhor interesse da criança o acolhimento temporário em abrigo quando não existe evidente risco à sua integridade física e psíquica,

devendo ser preservados eventuais laços afetivos formados entre a família substituta e ela, não obstante os meios empregados para obtenção de sua guarda” (p. 11 de 5). Nesse sentido, traz mais julgados:

HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. ADOÇÃO. - Salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, não se pode conceber que o acolhimento institucional ou acolhimento familiar temporário, em detrimento da manutenção da criança no lar que tem como seu, traduza-se como o melhor interesse do infante. - Ordem concedida. (HC n. 221.594/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe de 21/3/2012)

HABEAS CORPUS. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. POSSÍVEL PRÁTICA DE "ADOÇÃO À BRASILEIRA". CONVÍVIO COM A FAMÍLIA REGISTRAL. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ORDEM CONCEDIDA. 1.- A despeito da possibilidade de ter ocorrido fraude no registro de nascimento, não é do melhor interesse da criança o acolhimento institucional ou familiar temporário, salvo diante de evidente risco à sua integridade física ou psíquica, circunstância que não se faz presente no caso dos autos. Precedentes. 2.- Ordem concedida. (HC nº 291.103/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, DJe de 29/8/2014).

CIVIL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. MODIFICAÇÃO DE GUARDA. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. COLOCAÇÃO DE CRIANÇA EM ABRIGO INSTITUCIONAL. SUSPEITA DE "ADOÇÃO À BRASILEIRA. PRESERVAÇÃO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DE ESTUDO PSICOSSOCIAL. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE RELAÇÃO AFETIVA ENTRE PRETENSA GUARDIÃ E A INFANTE. NÃO OCORRÊNCIA DE DECISÃO FLAGRANTEMENTE ILEGAL OU TERATOLÓGICA. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Em regra, não é admissível a utilização de *habeas corpus* como sucedâneo ou substitutivo de recurso ordinário cabível. Precedentes. 2. A jurisprudência desta eg. Corte Superior tem decidido que não é do melhor interesse da criança o acolhimento temporário em abrigo, quando não há evidente risco à sua integridade física e psíquica, com a preservação dos laços afetivos eventualmente configurados entre a família substituta e o adotado ilegalmente. Precedentes. [...] 4. Ordem denegada. (HC nº 430.216/SP, da minha relatoria, Terceira Turma, DJe de 20/3/2018, sem destaque no original).

Para consubstanciar sua decisão, o Relator traz a pertinente manifestação do ilustre Subprocurador-Geral de República (p. 12-13 de 5), que oficiou no feito, na qual alertou sobre a existência de constrangimento ilegal a ser sanado por HC:

[...] É sabido que o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA regulamentou o tema, disciplinando as etapas necessárias ao ajuizamento do processo, desde a habilitação dos postulantes até a sentença final de constituição da nova família. Igualmente, não se desconhece a importância vital dos cadastros de adoção, que constituem a etapa final de uma série de procedimentos voltados à avaliação interdisciplinar dos potenciais candidatos. Nesta medida, de regra, é necessário obedecer à higidez do processo, com rígido controle estatal quanto à obediência ao cadastro de adoção. Nada obstante, o STJ já ponderou que a falta de inscrição nesse cadastro ou a tentativa de burlá-lo não prejudica, por si só, o deferimento da medida, sendo possível a adoção *intuitu personae*, quando esta for a solução que melhor atenda aos interesses da criança: [...] Ademais, verifica-se que, com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, insculpido no art. 227, *caput*, da Constituição Federal e nos arts. 4º, *caput*, e 5º, ambos do ECA, essa Egrégio Corte Superior vem entendendo, em casos similares ao presente, que 'salvo risco evidente à integridade física e psíquica da criança, não é do seu melhor interesse o acolhimento institucional. É que, embora se constate a existência de irregularidades nos procedimentos de adoção, deve-se dar preferência à manutenção da criança em um lar estabelecido, onde não sofreria qualquer tipo de violência física ou psíquica, em detrimento do acolhimento institucional, em regra a última opção, sobretudo quando já estabelecida a convivência

com a família socioafetiva. Por fim, vale salientar que permitir a concessão do presente *habeas* não significa, de plano, opinar pela procedência da adoção, sendo necessária a abertura da instrução probatória, a fim de apurar se os postulantes preenchem os requisitos legais e se tal solução é a que melhor atende aos interesses da criança.

Finaliza o Relator, de maneira coerente e adequada, que “[...] a prematura decisão de busca e a apreensão de M, a título de observância do procedimento de adoção, sem antes determinar a realização de um estudo psicossocial e/ou verificar as condições em que ela se encontrava, e sem examinar a possibilidade de concessão da guarda provisória para os postulantes, mesmo sem querer, contribuiu para o surgimento de uma situação de risco para a criança que deve e precisa ser evitada”, pois os adotantes buscaram o Estado-juiz para regularizar a situação, mas com a decisão inadequada de busca e apreensão, “fugiram e aparentemente estão vivendo como se foragidos da justiça fossem, pois estão em local não sabido e há notícia de que houve determinação para que as forças policiais de vários estados fossem atrás deles para cumprir a ordem judicial de busca e apreensão” (p. 13 de 5). Assim, no presente caso, o melhor interesse da criança, até o momento, não foi observado, portanto, esta Corte Superior não há de permitir que essa situação permaneça. O Relator não conheceu do Recurso ordinário, mas concedeu, de ofício, a ordem de *Habeas Corpus* “para determinar que a recorrente/paciente M seja mantida no ambiente familiar em que se encontra, a título de guarda provisória, até o trânsito em julgado da ação de adoção que deu origem ao presente *writ*, cancelando, por ora, a ordem para a sua busca e apreensão”.

O voto atendeu os princípios que regem os direitos da criança, onde a primazia da dignidade humana lhe confere o direito à convivência familiar, em ambiente de amor e cuidado, que viabilize a sua proteção integral garanta o seu melhor interesse, que no caso em análise era permanecer junto a única família que até então conheceu, e não ser colocado em instituição de acolhimento enquanto o processo de adoção tramita na “Justiça”, pois deve-se preservar ao máximo aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade. Enfim, o que se quer dizer é que, todos os pedidos de colocação em família substituta (guarda, tutela e adoção) levadas a efeito pelos Tribunais, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.

Decisão 11³⁴⁶

1 - Nome do Tribunal: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – 3ª TURMA

2 - Data da decisão: DJe 21/02/2020

3 - Identificação da Decisão:

RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 118.696 - MS (2019/0296581-0)

RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE

RECORRENTE: E A (MENOR)

REPR. POR: M R D L

ADVOGADOS: JOSÉ ROBERTO RODRIGUES DA ROSA - MS010163 NESTOR RUFINO DA COSTA XAVIER E OUTRO(S) - MS014062 RAFAEL DE ALENCAR TOLEDO -

MS017583 CAMILLA DIAS GOMES LOPES DOS SANTOS E OUTRO(S) - DF056709

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

4 - Os fatos: Trata-se de Recurso Ordinário interposto pela criança E. A., representado pela adotante M. R D. L., na alegada qualidade de guardiã, em contrariedade ao Acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (TJMS) que denegou a ordem impetrada em *Habeas Corpus* (HC) preventivo por Rafael de Alencar Toledo

³⁴⁶ Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201902965810&dt_publicacao=21/02/2020.

Acesso em: 02 maio 2020

em seu favor, no bojo de “Ação de adoção c/c pedido de destituição do poder familiar”, a qual foi julgada improcedente em primeira instância. O STJ decidiu pelo não provimento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*.

EMENTA RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. AÇÃO DE ADOÇÃO C/C GUARDA E DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECONHECIMENTO, COM BASE NOS RELATÓRIOS SOCIAL E PSICOLÓGICO, DE QUE A DEMANDANTE, IMBUÍDA DE MÁ-FÉ E COM O PROPÓSITO DE ATENDER UNICAMENTE A SEUS INTERESSES, VALEU-SE DE UMA SITUAÇÃO PONTUAL DE DIFICULDADE DA GENITORA PARA OBTER A GUARDA DE FATO DA CRIANÇA, CEDIDA EM CARÁTER PRECÁRIO, NEGANDO-SE A RESTITUI-LA À MÃE, A FIM DE VIABILIZAR A ADOÇÃO IRREGULAR, POR MEIO DA CRIAÇÃO ARTIFICIAL DO VÍNCULO DE AFETIVIDADE COM O INFANTE DE TENRA IDADE. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO PROVISÓRIO DA CRIANÇA, PARA O ESPECÍFICO PROPÓSITO DE VIABILIZAR A REAPROXIMAÇÃO GRADATIVA DA GENITORA COM O FILHO. INEXISTÊNCIA DE ILICITUDE, CONSIDERADAS AS PARTICULARIDADES DO CASO. RECURSO IMPROVIDO. 1. De acordo com a moldura fática delineada pelas instâncias ordinárias, de modo uníssono, a recorrente, imbuída de má-fé e com o propósito de atender unicamente a seus interesses, valeu-se de uma situação pontual de dificuldade da genitora para obter a guarda de fato da criança, cedida em caráter precário, negando-se a restitui-la à mãe, a fim de viabilizar a adoção irregular, por meio da criação artificial do vínculo de afetividade com o infante de tenra idade. 2. Os relatórios social e psicológico, de modo peremptório, recomendaram a reaproximação gradativa entre a mãe e a criança, mostrando-se necessário, para esse propósito, o imediato afastamento do infante dos cuidados da demandante, "dado ao egocentrismo e baixa empatia da requerente com as necessidades da criança". Diante desse quadro e para viabilizar a reaproximação gradativa entre a genitora e seu filho, determinou-se o imediato encaminhamento do menor para abrigo existente na Comarca de Rio Brilhante/MS, na qual reside a genitora, medida que, segundo reconhecido, atende aos superiores interesses da criança, observados todos os cuidados necessários, o que, em si, não encerra nenhuma ilicitude. 3. As argumentações expendidas pela parte insurgente, destinadas a desqualificar a avaliação do julgador primevo quanto às provas acostadas aos autos, especificamente no que se refere à conclusão dos relatórios social e psicológico e a defender a necessidade de maior dilação instrutória, são matérias que, por depender de reexame do conjunto fático-probatório, desbordam dos estreitos limites cognitivos do *habeas corpus*. 4. Em situações excepcionais, tal como se dá no caso dos autos, a jurisprudência desta Corte de Justiça, em observância aos princípios do melhor interesse e da proteção integral da criança, opta pelo acolhimento institucional do menor em hipóteses de indícios ou prática de "adoção à brasileira", em detrimento da sua colocação na família que a acolhe. 5. Recurso ordinário em *habeas corpus* improvido.

ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrighi e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 18 de fevereiro de 2020 (data do julgamento). MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator

A lide processual teve início quando M. R D. L. ingressou com “ação de adoção do menor E. A. c/c tutela de guarda provisória e destituição de poder familiar” contra S. A. M (genitora de E. A.), sob a alegação de que a mãe biológica, que trabalhava na residência de A. M. M. N. como cuidadora da idosa F. M., manifestou sua intenção de entregar à adoção seu filho E. A. (nascido em 09/09/2016), alegando falta de condições financeiras e de paciência; que M. R D. L. era conhecida de A. M. M. N., e compadecida com a situação, dispôs-se, junto com o seu então namorado, a conhecer a Requerida e seu filho; que em 30/07/2018, a criança

lhe foi entregue, com a intenção de adoção, passando a cuidá-lo como se seu filho fosse; que em janeiro de 2019, a genitora passou a apresentar atitudes dissimuladas, implorando por visitas, mas sem se dirigir ao seu endereço; que no momento em que a Requerida foi assinar uma declaração de guarda por escritura pública, esta manifestou arrependimento registrando, contra a sua pessoa e a de A. M.M.N., boletim de ocorrência, em curso no art. 238 do ECA, sendo que a Requerente negou o fato que lhe foi imputado pela Requerida, com o exclusivo propósito de reaver a guarda da criança à qual havia renunciado por nove meses.

A mãe de E. A. negou tais fatos e alegou que no período em que trabalhou como cuidadora de F. M., mãe de A. M., passou a sofrer uma série de abusos psicológicos por parte desta, que, continuamente, lhe dizia não possuir paciência, nem condições financeiras para cuidar de seu filho e que conhecia pessoa que seria perfeita para cuidá-lo; que A. M. e F. convenceram-na a permitir que seu filho passasse um sábado com M. e o namorado, enquanto ela trabalhava, porém, a criança só lhe foi entregue depois do combinado; e que, dias depois, devido a problemas familiares (seu pai sofreu um acidente, com risco de perder a visão, e seu filho mais velho foi atacado por um cachorro), F.M. lhe sugeriu que retornasse a Rio Brilhante para dar apoio à família e deixasse seu filho com M., dando-lhe folga no período de 21/07 a 17/08/2019; que, antes da viagem, encontrou-se com M.R.D.L. e o namorado, ocasião em que aquele conduziu a conversa, tendo sido induzida a acreditar que ela não teria condições de zelar pelo filho, enquanto ele e a requerente poderiam garantir à criança "tudo de bom e do melhor", ficando acertado que não impediriam o contato dela com o filho; que concordou que o filho ficasse com o casal enquanto ela permanecesse em Rio Brilhante/MS; que A. M., posteriormente, enviou-lhe uma mensagem demitindo de seu emprego de cuidadora, e que desde então solicita à Requerente que lhe devolva seu filho; que sofreu ameaças da Requerente e por não querer seu filho acolhido em instituição de acolhimento não procurou as instituições públicas anteriormente; que não desejava entregar seu filho para adoção, mas tão somente conceder, provisoriamente, a guarda à autora, por estar passando por momentos de dificuldades financeiras, pois por várias vezes manifestou a intenção de manter contato com o filho e reassumir seus cuidados tão logo sua condição financeira fosse restabelecida.

5 - O Processo (descrever a história judiciária do caso e verificar se foram esgotadas as vias de recursos internos);

O voto do Acórdão em análise, decorre de uma “ação de adoção c/c guarda e destituição do poder familiar”, a qual foi negada. A mãe biológica da criança contestou a Ação rechaçando as alegações da Autora afirmando que no período em que trabalhou como cuidadora de F. M., mãe de A. M., onde esta dizia-lhe não possuir paciência, nem condições financeiras para cuidar de seu filho e que conhecia pessoa que seria perfeita para cuidar dele; que A. M. e F. convenceram-na a permitir que seu filho passasse um sábado com M. e o namorado, enquanto ela trabalhava, porém, a criança só lhe foi “devolvida” depois do combinado; e que, dias depois, devido a problemas familiares (seu pai sofreu um acidente, com risco de perder a visão, e seu filho mais velho foi atacado por um cachorro), F.M. lhe sugeriu que retornasse a Rio Brilhante para dar apoio à família e deixasse seu filho com M., e que, antes da viagem, encontrou-se com M.R.D.L. e o namorado, ocasião em que aquele conduziu a conversa, tendo sido induzida a acreditar que seria melhor para seu filho ficar com o casal, sendo acertado que não impediriam o contato dela com o filho; que concordou que o filho ficasse com o casal enquanto ela permanecesse em Rio Brilhante/MS; que foi demitida por A. M., e desde então, pede à Requerente que lhe devolva seu filho, pois não que entregar seu filho para adoção.

O Juízo singular reconheceu, com base na documentação acostada aos autos pelas partes e, principalmente, nos relatórios social e psicológico, a veracidade da versão dos fatos dada pela genitora, julgando, portanto, improcedente o pedido da Requerente:

Concluiu-se, em suma, que a demandante, imbuída de má-fé e com o propósito de atender unicamente a seus interesses, valeu-se de uma situação pontual de dificuldade da genitora para obter a guarda de fato da criança, cedida em caráter precário,

negando-se a restituí-la à mãe, a fim de viabilizar a adoção irregular, por meio da criação artificial do vínculo de afetividade com o infante de tenra idade. (Voto do Relator, p.7 de 4)

A Autora nas razões recursais, via impetração de *Habeas Corpus* (HC) na origem, pretendeu a atribuição de efeito suspensivo à sentença de improcedência, proferida nos autos da referida Ação (n. 0813271-69.2019.8.12.000), especificamente no que se refere ao imediato encaminhamento da criança para abrigo existente na Comarca de Rio Brilhante/MS, na qual reside a genitora, a fim de que seja realizada a aproximação gradativa da criança com a mãe:

HABEAS CORPUS - ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL - MEDIDA QUE VISA O RETORNO DO MENOR AO SEIO DE SUA FAMÍLIA NATURAL - MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - ORDEM DENEGADA. I – In casu, constata-se que a medida de acolhimento institucional busca tão somente propiciar o seu retorno gradual ao seio de sua família natural, possibilitando gradualmente sua reaproximação com sua genitora, visando assim o melhor interesse da criança implícito no texto Constitucional. II – Com o parecer, denega-se a ordem.

O Tribunal de origem, ao denegar a ordem impetrada, foi claro em referendar a medida, ao dispor que:

Analisando-se os autos de origem, verifica-se que o Juízo singular entendeu que na companhia da requerente/adotante M. R. D. L., não será possível a reaproximação do menor E.A com sua genitora S. A. M. Nas informações prestadas, destacou que para se efetivar a entrega do menor E. à mãe S. [...], considerando o fato de que ela reside em outra comarca, Rio Brilhante/MS, e é economicamente vulnerável, determinou a busca e apreensão e acolhimento institucional, a fim de que a coordenação da instituição de acolhimento promova o traslado de E., com toda proteção necessária e adequada. Nesse sentido, verifica-se que a medida de acolhimento institucional tem por fim, unicamente, garantir imediatamente os direitos fundamentais do menor E. de viver no seio de sua família natural, possibilitando, gradualmente, sua reaproximação com sua genitora S.

O pedido liminar foi indeferido; o Ministério Público Federal ofertou parecer pelo desprovidimento do Recurso Ordinário.

Em seu voto o Ministro Relator assim entendeu: “não se constata ofensa direta e imediata à liberdade de locomoção do paciente, a comportar a impetração de *habeas corpus*, tal como reconhecido na origem. Em arremate, na esteira dos fundamentos acima delineados, nego provimento ao presente recurso ordinário” (p. 13 de 4).

6 - Os argumentos das partes (resumo dos argumentos de quem está inconformado e de quem responde);

A Recorrente M. R. D., autora da ação de adoção c/c destituição do poder familiar e “guardiã” da criança E. A., que, alegando ser sua representante, interpôs Recurso Ordinário, e impetrou *Habeas Corpus* (HC) na origem, pretendendo a atribuição de efeito suspensivo à sentença de improcedência, proferida nos autos da Ação de Adoção c/c Tutela de Guarda Provisória e Destituição de Poder Familiar (n. 0813271-69.2019.8.12.000), especificamente no que se refere ao imediato encaminhamento da criança para abrigo existente na Comarca de Rio Brilhante/MS, na qual reside a genitora, a fim de que seja realizada a aproximação gradativa da criança com a mãe.

Na petição inicial do processo de adoção c/c tutela de guarda provisória e destituição de poder familiar contra S. A. M (genitora de E. A.), M. R. D. argumenta a Requerida trabalhava na residência de A. M. M. N. como cuidadora da idosa F. M., havia, em julho de 2018, manifestado àquela a intenção de entregar à adoção seu filho E. A. (nascido em 09/09/2016), alegando falta de condições financeiras e de paciência; que compadecida com a

situação, se dispôs, junto com o seu então namorado, a conhecer a Requerida e a criança; que em 30/07/2018, a criança lhe foi entregue, com a intenção de adoção, passando a cuidar, a partir de então, como se seu filho fosse; que em janeiro de 2019, a genitora passou a apresentar atitudes dissimuladas, implorando por visitas, mas sem se dirigir ao seu endereço; que no momento em que a Requerida foi assinar uma declaração de guarda por escritura pública, esta manifestou arrependimento registrando, contra a sua pessoa e a de A. M.M.N., boletim de ocorrência, em curso no art. 238 do ECA; que nega o fato que lhe foi imputado pela Requerida, por ter o exclusivo propósito de reaver a guarda da criança à qual havia renunciado por nove meses.

Na peça recursal, argumenta que: foi atribuída pela R. Juíza *a quo* interpretação distorcida às provas dos autos, tendo sido o feito submetido a julgamento antecipado, demonstrando análise superficial; a Requerida (genitora), por sua vez, não produziu uma única prova capaz de impedir, desconstituir ou modificar o direito da Autora nos autos originários; o Laudo Psicológico realizado judicialmente foi baseado num único encontro com o Paciente e a guardiã, num fim de tarde e por meio de uma mera conversa rápida; a r. Juíza sequer considerou o relatório (contra laudo) apresentado pela guardiã nos autos em sua impugnação, realizado por meio de profissional renomado na Comarca, em seis encontros e com toda a estrutura e técnica necessária para tanto; a criança (E.) após ter sido entregue por sua genitora (S.) à M. (guardiã) para fins de adoção, realiza tratamento para anemia diante da insuficiência vitamínica a que era submetido; a própria parte Requerida em sua Contestação pugna para que a guarda provisória permaneça com M. (guardiã); o MP pugnou pela reaproximação gradativa, e em momento algum há orientação técnica/pericial no sentido de necessidade de encaminhamento da criança para um abrigo, não havendo qualquer urgência nesse sentido, podendo tal medida aguardar o Julgamento do Recurso de Apelação interposto; houve ainda *Error in Procedendo* pois o Mandado de Busca e Apreensão não possui nos Autos Decisão Judicial Fundamentada, já que foi expedido no dia 18/07/2019, tendo notícias de sua tentativa de cumprimento em 22/07/2019, tendo a portaria do prédio em que residia comunicado a tentativa de busca e apreensão do adotante por Oficiais de Justiça, aliados ao fato de que a Sentença Improcedente só foi proferida posteriormente em 23/08/2019. Requereu, liminarmente, o deferimento da tutela recursal para a concessão "de suspensão dos efeitos do trecho da Sentença/Acórdão que determinou o imediato abrigamento do Paciente, ou seja, até que haja o julgamento do Recurso de Apelação pelo TJMS".

No mérito, pugnou pelo provimento do Recurso Ordinário, para que fosse concedida a ordem impetrada a fim de suspender os efeitos da r. Sentença de 1º Grau, alterando o disposto no Acórdão da Colenda 1ª Câmara Criminal do TJMS em relação ao imediato abrigamento do Paciente, confirmando a medida liminar eventualmente deferida, em definitivo ou até que seja julgado o Recurso de Apelação interposto.

A mãe biológica da criança adotanda, rechaçou integralmente tais fatos em sua peça contestatória. Alegou que, no período em que trabalhou como cuidadora de F. M., mãe de A. M., passou a sofrer uma série de abusos psicológicos por parte desta, que, continuamente, lhe dizia não possuir paciência, nem condições financeiras para cuidar de seu filho e que conhecia pessoa que seria perfeita para cuidar dele; que A. M. e F. convenceram-na a permitir que seu filho passasse um sábado com M. e o namorado, enquanto trabalhava, porém, a criança só lhe foi entregue depois do combinado; que, devido a problemas familiares (seu pai sofreu um acidente, com risco de perder a visão, e seu filho mais velho foi atacado por um cachorro), F.M. lhe sugeriu que retornasse a Rio Brilhante para dar apoio à família e deixasse seu filho com M., dando-lhe folga no período de 21/07 a 17/08/2019; que, antes da viagem, encontrou-se com M.R.D.L. e o namorado, ocasião em que aquele conduziu a conversa, tendo sido induzida a acreditar que ela não teria condições de zelar pelo filho, enquanto ele e a requerente poderiam garantir à criança "tudo de bom e do melhor", ficando acertado que não impediriam o contato

dela com o filho; que concordou que o filho ficasse com o casal enquanto ela permanecesse em Rio Brilhante/MS; que A. M., posteriormente, enviou-lhe uma mensagem demitindo-a do emprego de cuidadora, com o propósito de ilidir a possibilidade dela retomar o contato com o filho; que, desde então, solicita à Requerente que lhe devolva seu filho, mas que passou a sofrer ameaças da requerente, por meio de vídeo gravado; que não procurou as instituições públicas anteriormente porque tinha receio de represália ou de persecução penal, por ser pessoa humilde e de pouca instrução, e também de ver o filho acolhido institucionalmente; que durante a gravação colacionada, manifestou que não desejava entregar seu filho para adoção, mas tão somente conceder, provisoriamente, a guarda à autora, por estar passando por momentos de dificuldades financeiras, manifestando por diversas vezes a intenção de manter contato com ele e reassumir seus cuidados tão logo sua condição financeira fosse restabelecida; concluindo, portanto, entender ser clara a intenção da Requerente de proceder à "adoção à brasileira", em manifesta burla ao cadastro nacional de adotantes.

O Tribunal de origem, ao denegar a ordem impetrada, referendou a medida, assim dispondo:

Analisando-se os autos de origem, verifica-se que o Juízo singular entendeu que na companhia da requerente/adotante M. R. D. L., não será possível a reaproximação do menor E.A com sua genitora S. A. M. Nas informações prestadas, destacou que para se efetivar a entrega do menor E. à mãe S. [...], considerando o fato de que ela reside em outra comarca, Rio Brilhante/MS, e é economicamente vulnerável, determinou a busca e apreensão e acolhimento institucional, a fim de que a coordenação da instituição de acolhimento promova o traslado de E., com toda proteção necessária e adequada. Nesse sentido, verifica-se que a medida de acolhimento institucional tem por fim, unicamente, garantir imediatamente os direitos fundamentais do menor E. de viver no seio de sua família natural, possibilitando, gradualmente, sua reaproximação com sua genitora S. [...]. Por oportuno, deve ser destacado que ao julgar improcedente o pedido de Adoção c/c Tutela de Guarda Provisória e Destituição de Poder Familiar, no bojo dos autos nº 0813271-69.2019.8.12.0001, a Juíza pontuou que não houve motivos para perda do poder familiar e restou comprovado indícios da prática de pretensão de adoção irregular. [...] Em assim sendo, mostra-se cabível a manutenção da decisão de acolhimento institucional, especialmente para se efetivar as medidas protetivas determinadas pela diligente Juíza de origem. (P. 10 de 4)

Em seu voto, o Relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, inicia dizendo que

Não se antevê, em juízo exauriente, manifesta ilegalidade ou teratologia da parte da sentença que, ao julgar improcedente a ação de adoção c/c tutela de guarda provisória e destituição de poder familiar promovida por M. R. D. L. contra S. A. M (genitora de E. A.), determinou, com base nas particularidades caso, o imediato encaminhamento do menor para abrigo existente na Comarca de Rio Brilhante/MS, na qual reside a genitora, a fim de que fosse realizada a aproximação gradativa da criança com a mãe. (P. 5 de 4)

Manifesta o entendimento de que em primeira instância foi reconhecida, com base na documentação acostada aos Autos pelas partes e nos relatórios social e psicológico, a veracidade da versão dos fatos apresentados pela Requerida (genitora do adotando); que a Requerente (adotante) estava imbuída de má-fé e com o propósito de atender unicamente a seus interesses, valeu-se de uma situação pontual de dificuldade da genitora para obter a guarda de fato da criança, cedida em caráter precário, negando-se a restituí-la à mãe, a fim de viabilizar a adoção irregular, por meio da criação artificial do vínculo de afetividade com o infante; que diferente do alegado pela Recorrente, os relatórios social e psicológico, de modo peremptório, recomendaram a reaproximação gradativa entre a mãe e a criança, mostrando-se necessário, para esse propósito, o imediato afastamento do infante dos cuidados da demandante, em razão

do seu egocentrismo e baixa empatia com as necessidades do adotando; que diante de tais fatos e para viabilizar a reaproximação gradativa entre a genitora e seu filho, foi determinado imediato encaminhamento da criança para instituição de acolhimento existente na Comarca de Rio Brilhante/MS, na qual reside a genitora, medida que, segundo reconhecido, atende aos superiores interesses da criança, observados todos os cuidados necessários.

Também fundamenta seu voto, arguindo que em situações excepcionais, tal como se dá no caso dos Autos, a jurisprudência do STJ, em observância aos princípios do melhor interesse e da proteção integral da criança, opta pelo acolhimento institucional do infante em hipóteses de indícios ou prática de "adoção à brasileira" em detrimento da sua colocação na família que a acolhe, destacando os seguintes julgados: HC 454.161/TO, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 23/08/2018; HC 439.885/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018.

Assim, conclui o seu voto no sentido de que

[...] as argumentações expendidas pela parte insurgente, destinadas a desqualificar a avaliação do julgador primevo quanto às provas acostadas aos autos, especificamente no que se refere à conclusão dos relatórios social e psicológico, e a defender a necessidade de maior dilação instrutória, são matérias que, por depender de reexame do conjunto fático-probatória, desbordam dos estreitos limites cognitivos do *habeas corpus*. [...] diversamente do que pretende fazer crer a recorrente, a genitora, em sua contestação, apenas requereu fosse dada a guarda do menor à recorrente, subsidiariamente, caso algum pedido fosse julgado procedente, desde que lhe fosse garantido o direito de convivência com o seu filho, o que apenas reforça, no contexto da matéria de defesa expandida, o desejo manifestado de ter, novamente, para si, seu filho. Desse modo, não se constata ofensa direta e imediata à liberdade de locomoção do paciente, a comportar a impetração de *habeas corpus*, tal como reconhecido na origem. Em arremate, na esteira dos fundamentos acima delineados, nego provimento ao presente recurso ordinário. É o voto.

7 - O problema jurídico

Referência Legislativa

ECA, art. 101, VII; art. 238

Convenção sobre os Direitos da Criança³⁴⁷ - art. 9, 1 e art.21, a.

Jurisprudência Citada

³⁴⁷ Artigo 9

1. Os Estados Partes devem garantir que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, salvo quando tal separação seja necessária tendo em vista o melhor interesse da criança, e mediante determinação das autoridades competentes, sujeita a revisão judicial, e em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos – por exemplo, quando a criança sofre maus-tratos ou negligência por parte dos pais, ou, no caso de separação dos pais, quando uma decisão deve ser tomada com relação ao local de residência da criança.
2. Em qualquer procedimento em cumprimento ao estipulado no parágrafo 1 deste artigo, todas as partes interessadas devem ter a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões.

[..]

Artigo 21

Os Estados Partes que reconhecem e/ou admitem o sistema de adoção devem garantir que o melhor interesse da criança seja a consideração primordial e devem:

- a) assegurar que a adoção da criança seja autorizada exclusivamente pelas autoridades competentes, que determinarão, de acordo com as leis e os procedimentos cabíveis, e com base em todas as informações pertinentes e fidedignas, que a adoção é admissível em vista do *status* da criança com relação a seus pais, parentes e tutores legais; e que as pessoas interessadas tenham consentido com a adoção, com conhecimento de causa, com base em informações solicitadas, quando necessário;

Suspeita de ocorrência da chamada "adoção à brasileira" – medida protetiva de acolhimento institucional - STJ - HC 454161-TO, HC 439885-SP

8 - A conclusão (identificar o *problema jurídico* e a *problemática*, esta irá embasar o *comentário*);

O *problema jurídico*³⁴⁸ do Voto em análise se refere ao Recurso Ordinário interposto por E. A. (adotando), representado por M. R D. L. (adotante), na alegada qualidade de guardião, em contrariedade ao Acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (TJMS) que denegou a ordem impetrada em *Habeas Corpus* (HC) preventivo, no bojo de “Ação de Adoção c/c Destituição do Poder Familiar”, sendo que esta foi julgada improcedente em primeira instância. Tal situação foi gerada pela pretensão da Recorrente, que nas razões recursais, via impetração de HC na origem, pretendeu a atribuição de efeito suspensivo à sentença de improcedência, proferida nos autos da referida Ação de Adoção n. 0813271-69.2019.8.12.000, especificamente no que se refere ao imediato encaminhamento do adotando para abrigo existente na Comarca de Rio Brilhante/MS, na qual reside a genitora, a fim de que seja realizada a aproximação gradativa da criança com a mãe biológica. Entendeu o Relator que

As argumentações expendidas pela parte insurgente, destinadas a desqualificar a avaliação do julgador primevo quanto às provas acostadas aos autos, especificamente no que se refere à conclusão dos relatórios social e psicológico e a defender a necessidade de maior dilação instrutória, são matérias que, por depender de reexame do conjunto fático-probatório, desbordam dos estreitos limites cognitivos do *habeas corpus*. (P. 1 de 4)

A *problemática* trazida para análise do Voto do Acórdão é referente ao instituto da adoção na perspectiva do melhor interesse do adotando e o direito à convivência familiar, no sentido de construir um *conceito dogmático* referente ao *melhor interesse da criança* em casos de adoção. Neste caso que ora é analisado, trata-se da retirada da criança da casa da Recorrente para ser colocada em instituição de acolhimento para que mãe e filho estabeleçam uma aproximação gradativa.

O Relator, Senhor Ministro Marco Aurélio Bellizze, inicia seu Voto afirmando que não se antevê, em juízo exauriente, manifesta ilegalidade ou teratologia da parte da sentença que, ao julgar improcedente a ação de adoção promovida por M. R D. L. contra S. A. M (genitora de E. A.), determinou, com base nas particularidades caso, o imediato encaminhamento da criança para abrigo existente na Comarca do domicílio da família natural, localizada em Rio Brilhante/MS, a fim de que fosse realizada a aproximação gradativa da criança com a genitora.

O cerne da pesquisa, que resultou nesta tese, é a questão da adoção como garantia do direito fundamental à convivência familiar atendendo ao melhor interesse da criança, e que a colocação em instituição de acolhimento deve ser sempre o último recurso. No caso deste acórdão, entende-se que isso não aconteceu, pois a criança ao invés de retornar para o seio da família natural, para conviver com a mãe biológica, em sua casa, o judiciário decidiu que ela deveria ser colocada num abrigo para ter uma aproximação gradativa com a mãe, mesmo não tendo esta ficado por muito tempo afastada do filho (dez meses).

³⁴⁸ A lide processual teve origem quando M. R D. L. promoveu ação de adoção da criança E. A. c/c tutela de guarda provisória e destituição de poder familiar contra S. A. M (genitora de E. A.), sob a alegação de que a Requerida, que trabalhava na residência de A. M. M. N. como cuidadora da idosa F. M., havia manifestado àquela a intenção de entregar à adoção seu filho E. A. (nascido em 09/09/2016), alegando falta de condições financeiras e de paciência para com a criança. Tais argumentos foram rechaçados na peça contestatória apresentada pela mãe biológica do infante.

A Recorrente, inconformada com a decisão, arguiu, no mérito, pelo provimento do Recurso Ordinário, para que fosse concedida a ordem impetrada, com o escopo de suspender os efeitos da r. Sentença de 1º Grau, no sentido de alterar a decisão prolatada no Acórdão da Colenda 1ª Câmara Criminal do TJMS que determinou o “imediato abrigo do Paciente, confirmando a medida liminar eventualmente deferida, em definitivo ou até que seja julgado o Recurso de Apelação interposto, quando então se terá ciência do posicionamento de mérito do Egrégio Tribunal a respeito”. Tais argumentos não foram acatados, tanto pelo Ministério Público Federal, que apresentou parecer pelo desprovimento do Recurso Ordinário, como pelo TJMS, que decidiu pelo indeferimento do pedido liminar, entendendo ser melhor para a criança o seu abrigo, ambos na “contramão” do que vem sendo decidido pelo STJ, que tem colocado a institucionalização como *último recurso*³⁴⁹, uma vez que não foi identificado, tanto no Relatório como no Voto do Relator, que a criança sofreu maus tratos pela Adotante, ou mesmo pela genitora, motivo que ensejaria a sua colocação em *abrigo*, portanto, entende-se que em atenção ao melhor interesse da criança seria o seu retorno “direto” para casa da sua mãe, sob o fundamento de que não ficou comprovado que a criança estaria em situação de risco, conforme laudos psicológico e social do caso:

[...] “A criança recebe adequação de cuidados requerente, todavia a separação mãe e filho ocorreu abrupta, no intuito de impedir os contatos da Sra. junto da de forma S. com o infante, o que foi imposto pela requerente, sem considerar os vínculos afetivos previamente estabelecidos. Há indícios de que esta situação gerou traumas psicológicos ao infante, sem que tenha sido observado motivos para que visitas e contatos da criança com mãe biológica fossem interrompidos, tampouco verificou-se motivos que dessem causa à Destituição do Poder Familiar (...)”.

[...] não foi demonstrado situação de risco ou motivo suficiente que justifique uma destituição do poder familiar, uma vez que a genitora apresentou um problema momentâneo meramente material, inclusive aceitou condições precárias de trabalho por falta de oportunidade. Portanto, não há impedimentos para que E. mantenha convívio com sua mãe biológica, seu irmão M. de 7 anos que reclama sua falta e demais membros da família de origem, pois seu afastamento foi premeditado pela requerente, ocorreu uma privação arbitrária da identidade da criança, dos seus costumes, da sua própria história e dos vínculos maternos estabelecidos, pois a autora sempre teve a intenção de adotá-lo. Sugere-se gradativa reaproximação entre E. e sua mãe Sra. S., e toda sua família de origem”. (P. 7 e 8 de 4)

[...] Diante da conduta da requerente, tem-se que se construiu entre a criança e a autora o apego inseguro, caracterizado pela desatenção desta em relação as necessidades

³⁴⁹ A Terceira Turma do STJ, no julgado - MC nº 18.329/SC, relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, julgado em 20.9.2011 -, fixou o entendimento de que, **na ausência de perigo de violência física ou psicológica contra a criança, a sua busca e apreensão com acolhimento institucional, no curso de qualquer ação em que se discuta a custódia física do infante, representa evidente afronta ao melhor interesse da criança**. Neste sentido as Decisões do STJ: *HABEAS CORPUS*. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. ADOÇÃO. - Salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, não se pode conceber que o acolhimento institucional ou acolhimento familiar temporário, em detrimento da manutenção da criança no lar que tem como seu, traduza-se como o melhor interesse do infante. – Ordem concedida. (HC 221.594/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 21/03/2012); RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 106.091 - GO (2018/0322237-0), Relator: Ministro MOURA RIBEIRO - RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. AÇÃO DE ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. *HABEAS CORPUS* CONTRA DECISÃO DE RELATOR DE CORTE DA ORIGEM. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO DE CRIANÇA PARA POSTERIOR ABRIGAMENTO INSTITUCIONAL. FORMAÇÃO DE VÍNCULO AFETIVO ENTRE A MENOR E A PRETENSÁ FAMILIA ADOTANTE, JÁ INSCRITA NO CADASTRO NACIONAL DE ADOTANTES. **PRIMAZIA DO ACOLHIMENTO FAMILIAR EM DETRIMENTO DE COLOCAÇÃO EM ABRIGO INSTITUCIONAL**. PRECEDENTES. O CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO DEVE SER SOPESADO COM O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. RECURSO ORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO. (Grifo nosso);

daquela, de modo que o afastamento entre eles não ensejará prejuízos psicológicos a E., que conta dois anos e dez meses, dos quais esteve na companhia da autora somente nos últimos dez meses, período em que M. priorizou seus interesses em detrimento dos de E. Ao longo desses dez meses, a genitora teve contato inicial com o filho de modo que não são estranhos um do outro. Pelo contrário, o retorno da convivência suscitará as memórias da criança em relação à sua genitora e os vínculos afetivos serão fortalecidos. Ademais, o amor dos outros membros da família haverá de auxiliar na readaptação da criança à família natural. (P. 8 e 9 de 4)

Levando-se em conta de que a prioridade da adoção não é promover a satisfação do interesse do adotante, pois ela visa, sobretudo, à constituição de família substituta à criança, em atenção ao seu direito fundamental à convivência familiar e com intuito de possibilitar seu desenvolvimento como ser humano. Diante de tais fatos deve-se observar o melhor interesse da criança e da prevalência da família natural ou extensa (art. 39, § 1º e 100 do ECA), dando preferência à manutenção da criança em um lar estabelecido, onde não sofreria qualquer tipo de violência física ou psíquica, em detrimento do acolhimento institucional, nesse sentido a jurisprudência do STJ, “[...] também em observância ao princípio da proteção integral e prioritária da criança previsto no Estatuto de Criança e do Adolescente e na Constituição Federal, tem o entendimento consolidado de que existe primazia do acolhimento familiar em detrimento da colocação de menor em abrigo institucional.” (RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 106.091 - GO (2018/0322237-0) DJe 24/04/2019 - Relator: Ministro Moura Ribeiro, p. 10 de 5).

O Relator, em seu voto, entendeu que o Tribunal de origem, ao denegar a ordem impetrada, foi claro em referendar a medida de acolhimento, argumentando que o Juízo singular acredita que na companhia da Adotante M. R. D. L., não haverá possibilidade da reaproximação da criança com sua genitora; que nas “informações prestadas, destacou que para se efetivar a entrega do menor E. à mãe S. [...], considerando o fato de que ela reside em outra comarca, Rio Brillhante/MS, e é economicamente vulnerável, determinou a busca e apreensão e acolhimento institucional”, com o objetivo de que a coordenação da instituição de acolhimento faça o traslado de E., de forma segura; que “a medida de acolhimento institucional tem por fim, unicamente, garantir imediatamente os direitos fundamentais do menor E. de viver no seio de sua família natural, possibilitando, gradualmente, sua reaproximação com sua genitora S. [...]”; que “não houve motivos para perda do poder familiar e restou comprovado indícios da prática de pretensão de adoção irregular”; e que “[...] Em assim sendo, mostra-se cabível a manutenção da decisão de acolhimento institucional, especialmente para se efetivar as medidas protetivas determinadas pela diligente Juíza de origem” (p. 10 de 4).

Diante desse entendimento, percebeu-se que havia preocupação com o encaminhamento da criança para outra comarca em virtude da falta de condições econômicas da mãe de E., assim, mediante a determinação do seu acolhimento institucional, a referida instituição providenciaria o traslado, sem considerar que não haveria necessidade de tal acolhimento, e sim a determinação para que o Estado arcasse com tais despesas e providências para que a criança fosse colocada diretamente na casa da sua família natural, pois consoante o superior interesse da criança, como acima mencionado, a última opção é o acolhimento institucional, uma vez que no caso em análise, ela foi retirada do convívio familiar (natural ou substituta), sem ter havido direito ameaçado ou violado (art. 98 do ECA).

O Relator acolhe a referida decisão prolatada argumentando que

[...] em situações excepcionais, tal como se dá no caso dos autos, a jurisprudência desta Corte de Justiça, em observância aos princípios do melhor interesse e da proteção integral da criança, **opta pelo acolhimento institucional do menor em hipóteses de indícios ou prática de "adoção à brasileira" em detrimento da sua colocação na família que a acolhe.** (P. 10 de 4) (Grifo nosso)

e trazendo julgados que entendeu corroborarem com seus argumentos, fazendo referência à ilicitude da “adoção à brasileira”: HC 454.161/TO, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 23/08/2018; HC 439.885/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018.

Acontece que, pelo entendimento que se tem, o caso não é de “adoção à brasileira”, pois esta ocorre quando alguém registra uma criança como se sua filha biológica fosse, e neste caso isso não ocorreu, uma vez que a criança já tinha um registro de nascimento, sendo, portanto, uma “adoção *intuitu personae*”³⁵⁰ ou adoção dirigida”, a qual não é proibida no Brasil, embora seja interpretada como tal por não estar *alinhada* com o Cadastro Nacional da Adoção (CNA), o que, em decorrência da suposta ilicitude, ensejaria “medida de proteção” (art. 98 do ECA).

O Relator conclui seu voto sob o fundamento de que

Saliente-se, ainda, que as argumentações expendidas pela parte insurgente, destinadas a desqualificar a avaliação do julgador primevo quanto às provas acostadas aos autos, especificamente no que se refere à conclusão dos relatórios social e psicológico, e a defender a necessidade de maior dilação instrutória, são matérias que, por depender de reexame do conjunto fático-probatória, desbordam dos estreitos limites cognitivos do *habeas corpus*. Por fim, diversamente do que pretende fazer crer a recorrente, a genitora, em sua contestação, apenas requereu fosse dada a guarda do menor à recorrente, subsidiariamente, caso algum pedido fosse julgado procedente, desde que lhe fosse garantido o direito de convivência com o seu filho, o que apenas reforça, no contexto da matéria de defesa expendida, o desejo manifestado de ter, novamente, para si, seu filho.

Desse modo, não se constata ofensa direta e imediata à liberdade de locomoção do paciente, a comportar a impetração de *habeas corpus*, tal como reconhecido na origem. Em arremate, na esteira dos fundamentos acima delineados,

³⁵⁰ Acerca da matéria, bem se posiciona a Procuradoria-Geral de Justiça, em seu judicioso parecer, abaixo transcrito, como razões de decidir, nos termos do artigo 210, parágrafo único, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás:

[...] Embora subsista o entendimento, por parte de alguns doutrinadores, de que esta modalidade de adoção não é autorizada pela legislação, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que o Cadastro Nacional de Adoção não é absoluto, prevalecendo os laços de afetividade e o vínculo formado entre a criança e o casal adotante, como preceituado pelo princípio do melhor interesse. (...) Ademais, não é devido, igualmente, generalizar ao pressupor que toda adoção consensual decorra de fraude ou de má-fé, ao contrário, entende-se que ambas as modalidades (cadastro e adoção *intuitu personae*) deverão trabalhar em conjunto, a fim de proteger os reais interesses dos menores, confiando-os as famílias substitutas que os aceitarem com amor, carinho e dedicação. Portanto, torna-se injusto não permitir que um infante que pode ser recebido por uma família substituta – que possui todos os elementos necessários e saudáveis para incorporá-lo a um verdadeiro lar – seja preterido pelo Estado, somente para cumprir uma formalidade processual, como é visto no caso em tela. O estabelecimento institucional deve ser a última solução para uma criança. Isto pois, por maior e melhor esforço que se faça para uma saudável institucionalização, o trauma nunca será apagado da mente em formação. Em homenagem a isso, deve-se fazer o máximo para que o infante seja organicamente levado, sem mais delongas, a uma família substituta que realmente possa oferecer condições para seu desenvolvimento. Por conseguinte, baseado no conjunto probatório dos autos, nota-se que a magistrada *a quo* agiu com prudência e razoabilidade ao julgar procedente o pedido inicial. (...)” (evento 113).

nego provimento ao presente recurso ordinário. É o voto. (P. 12 e 13 de 4)

O entendimento final que se dá para o voto do Acórdão em análise é de que foi realizada a *distribuição de justiça* ao ser determinado que a criança deveria retornar para a sua família natural, pois não havia o que justificasse ela ser colocada em família substituta, porém, não há concordância com o abrigamento do adotando, uma vez que nem na família substituta e nem na família natural, foi constatado risco à integridade física ou psíquica do infante, sendo inválida a determinação de seu acolhimento quando não se inclui nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA³⁵¹.

³⁵¹ Vide HC 358536 – SP, 3ª T., Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, 21/06/2016.)

**APÊNDICE B - FORMULÁRIO PARA PESQUISA REFERENTE A ADOÇÃO
INTERNACIONAL**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
Doutoranda Maria Marlene Escher Furtado

FORMULÁRIO PARA PESQUISA REFERENTE A ADOÇÃO INTERNACIONAL

Prezado(a) Senhor(a),

Este questionário é um instrumento de coleta de dados que auxiliará uma pesquisa de tese de doutorado, cujo tema é: **ADOÇÃO INTERNACIONAL: O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR**, do Programa de Pós-graduação em Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Pará (UFPA), sob a orientação da Profa. Dra. Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro; que tem como objetivo: “Investigar os entraves para a adoção internacional e obstáculos da efetiva convivência familiar na perspectiva do princípio da subsidiariedade”. Sua contribuição, no sentido de respondê-lo, é de suma importância para a consecução do objetivo proposto. Os aspectos éticos serão respeitados, não há necessidade de identificação.

1. A função que o(a) senhor(a) exerce:
 Juiz(a) Promotor Assistente Social Psicólogo(a) Pedagogo(a)

2. Qual o seu tempo de atuação em procedimentos de adoção internacional?
 até 2 anos 3 a 6 anos 7 a 10 anos 10 a 15 anos mais de 15 anos

3. É a favor da adoção internacional?
 Sim Não
 Por quê? _____

4. Quantos pedidos de adoção internacional estão tramitando nesta Comarca?

5. Quais os avanços que o(a) senhor(a) atribui à adoção internacional? (pode marcar mais de uma alternativa)
 A criação do Sistema Nacional de Adoção (SNA)
 A subsidiariedade da adoção internacional
 A atuação da ACAF
 A atuação da CEJAI
 A atuação dos organismos credenciados
 Grupos de apoio à adoção
 O acompanhamento pós-adoativo
 Prazos
 Outro: _____

6. Quais os retrocessos apresentados na adoção internacional? (pode marcar mais de uma alternativa)

- A criação do Sistema Nacional de Adoção (SNA)
- A subsidiariedade da adoção internacional
- A atuação da ACAF
- A atuação da CEJAI
- A atuação dos organismos credenciados
- Grupos de apoio à adoção
- O acompanhamento pós-adoativo
- Prazos
- Outro: _____

7. O(A) senhor(a) concorda com os procedimentos estabelecidos para o Sistema Nacional de Adoção (SNA)?

- Sim Não

Por quê? _____

8. O que o(a) senhor(a) entende por *último recurso* na adoção internacional?

9. O(A) senhor(a) concorda que a adoção internacional seja colocada como último recurso em decorrência da subsidiariedade?

- Sim Não

Por quê? _____

10. É possível que candidatos brasileiros à adoção (de crianças/adolescentes) invoquem o requisito do *último recurso* para conseguir preferência sobre candidatos estrangeiros?

- Sim Não

Por quê? _____

11. O(A) senhor(a) compreende a adoção internacional como perspectiva de comércio internacional de crianças?

- Sim Não

Por quê? _____

12. Na opinião do(a) senhor(a):

- Em atenção ao melhor interesse da criança é preferível:

- ser adotada por estrangeiros e residir em outro país
- aguardar em uma instituição de acolhimento para ser adotada por brasileiros e residir no Brasil

Por quê? _____

- Quais as causas da diminuição dos pedidos de adoção internacional no Brasil?

13. As práticas adotadas nos procedimentos de adoção internacional atendem o melhor interesse da criança/adolescente e o direito à convivência familiar?

- Sim Não

Por quê? _____

MUITO OBRIGADA!!!