



## **O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NOS PROCESSOS DE ADOÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL À FAMÍLIA SUBSTITUTA**

THE PRINCIPLE OF THE BEST INTERESTS OF THE CHILD IN CASES ADOPTION AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO SUBSTITUTE FAMILY.

---

**Ana Carla Harmatiuk Matos**

Possui mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1999) e mestrado em Derecho Humano pela Universidad Internacional de Andalucía (1997). Tutora Diritto na Universidade di Pisa- Italia (2002). É Doutora pela Universidade Federal do Paraná (2003). Atualmente é professora Adjunta de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná e professora do mestrado em Direito da UNIBRASIL. Professora de Direito Civil, Humanos e Novos Direitos, com ênfase em Direito de Família. Advogada. Lattes: [lattes.cnpq.br/0802929603563951](http://lattes.cnpq.br/0802929603563951) E-mail: [a.c.matos@uol.com.br](mailto:a.c.matos@uol.com.br)

**Ligia Ziggotti de Oliveira**

Estudante de Direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Atuou como estagiária de pesquisa em escritório de advocacia e labora como professora autônoma de redação no Curso Positivo desde 2008. Tem iniciação em docência na disciplina de Teoria do Direito sob orientação do Professor Sérgio Said Staut Jr. Atualmente, está vinculada ao Programa de Iniciação Científica pela Universidade Federal do Paraná.

### **Resumo**

O presente artigo busca analisar a aplicação prática do princípio do melhor interesse da criança nos processos de adoção. Embora o Direito de Família, com o amparo da letra constitucional, tenha revolucionado seus valores para recepcionar o pluralismo familiar, observa-se que os pedidos de adoção ainda são deferidos especialmente às famílias com contornos tradicionais, em prejuízo de tantas outras cujo potencial afetivo, certamente satisfatório para o exercício do poder familiar, é ignorado. O estudo ressalta, contudo, que a busca por um lar às crianças e jovens institucionalizados é objetivo com o qual deve se comprometer o Direito, e, portanto, a compreensão das novas complexidades familiares deve ser expandida no âmbito da adoção.

**Palavras-chave:** Adoção; Princípio do Melhor Interesse da Criança; Direito de Família.

---

### Abstract

This paper analyzes the practical application of the principle of child's best interest in Brazilian law. Although family law has already revolutionized its informative values to protect family pluralism according to the Brazilian Constitution, it is empirically observed that children adoptions are often granted to families with traditional constitution. That fact comes in spite of many other families with different structures, whose potential affectiveness - what binds them as families - are ignored. This study highlights that home finding to institutionalized children and teenagers is an important state goal and that it must pass through a previous understanding of new families' complexities.

**Keywords:** Adoption; Principle of the Best Interest of the Child; Family Law.

## 1. INTRODUÇÃO

São inúmeros os temas que se relacionam à infância e juventude, e, naturalmente, muitos tiveram desenvolvimento diverso ao longo dos séculos. O instituto da adoção, no Brasil, reproduziu, por anos, o modelo patriarcal, fundado exclusivamente no matrimônio e transpessoal da família. A evidência, à época, dava-se aos pais que não pudessem gerar filhos, a quem se prestavam as crianças abandonadas. O Código Civil de 1916 consagrava esta noção, destacando sua preferência por pais que tivessem necessidade de adotar por não terem possibilidade de reproduzir ou mesmo para aumentar o número de filhos, dada a importância de vários membros para cumprir a sua então função econômica.

No país, ainda que tenha o tema se desenvolvido desde a codificação, é com a Constituição de 1988 que o caráter social do instituto encontrou terreno, priorizando a necessidade de se encontrar uma família substituta às crianças dos abrigos brasileiros. Neste sentido, destaca-se o princípio do melhor interesse da criança, que deve fundamentar, atualmente, os casos concretos acerca da adoção.

Acresce-se ao debate a complexidade de que se dota o Direito de Família contemporâneo, já que a disciplina é iluminada, constitucionalmente, por princípios que apontam para um modelo aberto de entidade familiar, cujo principal mote reside na realização de seus membros.

O presente trabalho tem por objetivo analisar alguns aspectos do princípio do melhor interesse da criança, destacando, especialmente, quando este fundamenta compreensões das novas realidades e paradigmas no Direito de Família.

## 2. A ADOÇÃO: ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

Conquanto represente interesse privado, oriundo tanto dos adotantes, quanto das crianças e dos adolescentes, o tema da adoção insere-se, fatalmente, no bojo do interesse público, reafirmado, inclusive, internacionalmente, através de convenções e tratados também subscritos pelo nosso país.

Infere, sobre o tema, Rodrigo da Cunha Pereira (2005), que o Estado reserva especial interesse na preservação da família, pois a partir dela se realiza o indivíduo –

especialmente por conta da formatação dos novos princípios do Direito de Família, que confortam as mais diversas formações familiares. Ademais, em respeito ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pontua o autor, é que se deve orientar o intérprete, em busca de favorecer, ao potencial adotado, o direito de ter uma família.

Na adoção, figura o Estado como guardião do interesse desse importante aspecto, já que se mobiliza em prol da tutela dos interesses individuais indisponíveis das crianças e jovens a quem falta capacidade. Na prática, entre o abrigo e o lar, há grande espaço de atuação pública, desde a intervenção do Ministério Público no feito, em observância ao fato de que *“de fiscal da lei passou a atuar como o defensor institucional dos direitos humanos e da cidadania”*, até a sentença judicial que constitui, no registro da criança, os adotantes como seus pais, afinal, *“não há adoção sem decisão judicial”* (FACHIN, 1999).

Entrega-se, destarte, aos órgãos públicos, o árduo trabalho de escolher o seio familiar de que participará o adotado. A postura que se demanda deste ente é a de garantidor, não apenas do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, mas de todos aqueles que a Carta Constitucional aponta como fundadores da ordem nacional.

De acordo com os ensinamentos de Tânia da Silva Pereira (1996), *“a determinação de prioridade absoluta para a infanto-adolescência como norma constitucional há de se entender por primazia ou preferência para as políticas sociais públicas ‘como dever da família, da comunidade, da sociedade civil e do Poder Público’ (art. 227 – CF e art. 4º - ECA)”*.

Deste modo, convivem tanto o interesse do Estado em responder ao contingente de jovens abrigados, potenciais adotados, na medida da expectativa destes de encontrarem uma família; quanto o interesse de recebê-lo, afetivamente, a família, potencial adotante, cujo desenho pode ser tão variado quanto permite a Constituição de 1988.

### 3. BREVES NOTAS ACERCA DA ADOÇÃO

O comprometimento com a infância e juventude, tão debatido atualmente, encontra raízes recentes. Segundo se manifesta Tânia da Silva Pereira (2011):

A história da humanidade é história dos adultos. Se hoje a criança e o adolescente são sujeitos de direitos reconhecidos no ordenamento jurídico nacional e internacional, objeto de amor e de intensa proteção e afetividade da família, é preciso lembrar que nem sempre gozaram desse privilegiada situação.

A doutrina que abarca o Direito de Família, atualmente, reconhece o desenvolvimento do tema ao longo dos anos, inclusive em razão da configuração de família, que reforma seus perfis constantemente. Entretanto, é possível o debate acerca da influência que o ordenamento anterior, calcado em valores considerados ultrapassados, ainda exerce no deferimento de certos pedidos de adoção.

O Código Civil de 1916 contemplava modelo excludente de se compor família.

Quem não era casado não vislumbrava possibilidade de adotar antes da abertura do sistema pela Constituição Cidadã. Ademais, o Código Civil desprestigiava explicitamente o filho adotivo em comparação aos outros, que em relação a ele gozavam de privilégios sucessórios. Aos filhos adotivos dedica-se metade do patrimônio a que os filhos biológicos tinham direito.

O estabelecimento do vínculo da filiação, pela adoção, sob a égide do antigo diploma civilista, possibilitava-se pela via cartorial. Tratava-se, pois, de negócio jurídico equiparado a qualquer outro, que poderia se concretizar deste modo pouco formal. Atualmente, conforme se pontuou, a via judicial é a única que se abre para o estabelecimento do vínculo da adoção, que só se pode dar quando para proteger o infante.

Previa-se, pois, duas modalidades de adoção, a simples e a plena. Pela adoção simples, estabelecida tão somente por escrituração pública, sem interferência do Judiciário, o vínculo entre adotante e adotado era bastante tênue, pois não abarcava a característica de irrevogabilidade da adoção plena. Esta, por sua vez, desligava o adotado de seus laços familiares anteriores para ser recepcionado integralmente em sua nova família.

Ademais, só adotavam os maiores de cinquenta anos. Se a adoção se pleiteava conjuntamente, concediam-na apenas àqueles que eram casados, sem descendentes legítimos ou legitimados – destacando o fundamento de manter o núcleo familiar daqueles que não poderiam ter filhos naturalmente. Salienta, ainda, a primazia do interesse dos descendentes em relação ao das crianças a previsão de que a convenção entre as partes e a ingratidão do adotado eram capazes de fundamentar a dissolução do vínculo.

Até que o cenário fosse drasticamente alterado, alguns movimentos legislativos prepararam terreno para a priorização absoluta da criança. Neste sentido, gradativamente, a adoção passou a se prestar para ampará-la, em cotejo, principalmente, à sua valorização inclusive em âmbito internacional.

Para a definição estrutural do instituto, vale o conceito de adoção, de acordo com Eduardo de Oliveira Leite (2005), “*um ato solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece um vínculo de filiação trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que lhe é estranha*”. Além duma conceituação formal, em observância às novas perspectivas do direito de família, materialmente, expõe-se que o estabelecimento de vínculo através da adoção destaca os laços de afeto, que se visibilizam desde logo (FACHIN, 1999).

Ressalta-se, ainda, que, presentemente, nos termos da legislação aplicável, dentre os requisitos exigidos para a efetivação da adoção, consta a maioria do adotante, com necessidade de diferença de 16 anos entre este e o adotado. Veda-se a adoção entre aqueles que mantêm laços de sangue entre si, em busca de afastar tentativas de fraude. Ademais, ressalta-se que, embora se possibilite a adoção pelos solteiros, os casais que pretendem adotar devem ser casados ou conviventes em união estável, independentemente de orientação sexual.

Quanto à função do instituto, na contemporaneidade, o sentido filantrópico da adoção parece conquistar espaço. Enfatiza Rodrigo Ignacio Mendez Parodi (1994):

Desde entoces, y a lo largo de este siglo y debido principalmente a causa de la cantidad de niños huérfanos que han dejado las guerras mundiales y las guerras regionales, así como las situaciones de pobreza y abandono de la niñez en el mundo, la legislación sobre la adopción ha venido sufriendo cambios drásticos e importantes que pretenden darle una mayor y más eficaz protección al menor adoptado.

Apresenta-se, portanto, que a finalidade do instituto da adoção perde sua antiga veste de satisfação dos adotantes para que se verifique a satisfação do adotado. Nesta esteira, o princípio do melhor interesse da criança se constrói.

#### 4. ASPECTOS DO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

A Constituição de 1988 entrega aos juristas uma nova complexidade, especialmente ao Código Civil. Por muitos anos, a Carta inspirada no Código Napoleônico ocupou espaço de maior prestígio em nosso ordenamento, o que, presentemente, não mais se justifica.

A fundamentação dos institutos se identificava no individualismo, ainda bastante atrelado aos ensinamentos do Direito Romano. Não obstante, a principal preocupação do Direito de Família estava na manutenção do paradigma patriarcal, afixado na estabilidade da família natural. Neste sentido, expressa-se Gustavo Tepedino (2004):

A hostilidade do legislador pré-constitucional às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, inda que em detrimento da realização pessoas de seus integrantes – particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugados à figura do cônjuge-varão - justificava-se em benefício da paz doméstica.

Não obstante o lapso temporal que separa o Código Civil de 1916 dos textos jurídicos romanos, no início do século XX, no Brasil, neles se inspirava para determinar o instituto da adoção. Desta feita, explica o professor Eduardo de Oliveira Leite (2005), via-se na adoção o escopo de atribuir artificialmente filhos a quem a natureza os negou.

O Código Civil de 1916 centrava, enfim, no homem – marido e chefe de família – o poder familiar, desprestigiando a importância da criança na configuração da entidade familiar, sobre quem recaiam muito mais deveres do que direitos. Luiz Edson Fachin (1999) lembra, ainda, do traço matrimonial, transpessoal, patriarcal, hierárquica, patrimonial e baseado na desigualdade entre os filhos ao qual servia nosso antigo Código. Ao sistema, portanto, era admissível a explícita preferência por filhos que decorressem deste vínculo formado pelo casamento.

Com a *Virada de Copérnico*, segundo expressão de Luiz Edson Fachin, a Constituição Federal assume as rédeas do sistema jurídico nacional. Desta feita, o sistema principiológico, comum ao Direito Constitucional, atinge o Direito Civil. São identificados valores no ordenamento jurídico vigente, segundo os quais se deve pensar o sistema.

Neste âmbito, resta identificada a responsabilidade social a qual se propõe a Carta Magna brasileira. Cai por terra o primor pela característica matrimonial para a formação familiar. Atenta à realidade nacional, como, aliás, devem ser os documentos

legais, a Constituição Federal não previu taxativamente as configurações familiares.

Para a compreensão destas entidades plurais, o Direito leva em consideração os princípios que inspiram e baseiam o ordenamento. Dentre os mais evocados, destaca-se a dignidade da pessoa humana. Segundo este princípio, a pessoa é o fundamento e o fim da ordem jurídica.

A discriminação, seja entre os gêneros, seja entre os filhos, não encontraria, a partir destes valores, reconhecimento legal. Assim, no que tange o instituto da adoção, normas como o art. 337, do Código Civil Brasileiro de 1916, por exemplo, com a previsão de que quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não acarretaria mesmas condições quanto à sucessão hereditária, imposição de caráter absolutamente discriminatório, não encontrariam qualquer receptividade, na nova ordem jurídica.

Nesse sentido é que a Constituição em particular, e o ordenamento jurídico em geral, devem expressar uma ordem aberta a fim de manter um “registro de aprendizagem” (CLÈVE, 2000), comunicando-se, por isso, continuamente com a realidade histórica, permitindo a manutenção constitucional, isto é, “o evoluir do sentido da ordem constitucional para o efeito de acompanhar a história e o seu progresso” (CLÈVE, 2000).

Relegou-se, assim, o caráter de reprodução econômica num mesmo grupo que classicamente informava o Direito de Família. Classificou-se, destarte, como norteador da disciplina, ainda, o afeto, elo que se considerou verdadeiramente relevante entre os membros de uma entidade. Se, com efeito, a família moderna não orbita mais ao redor do patrimônio, passou a ser constituída no rico e complexo plano do afeto. Os filhos oriundos dessa nova formatação da família vêm de múltiplas fontes que não estritamente dos elementos biológicos, porque a família também não se forma, agora, só entre homem e mulher através do casamento. O elemento comum e estruturante da família e da filiação é, pois, a afetividade. A pessoa humana, como se percebe na contemporaneidade, é colocada no núcleo das considerações, ao redor do qual orbita da dignidade humana.

A análise da principiologia encontra campo fértil no Direito de Família, conforme se apresenta. Apesar disso, o Novo Código Civil não discorreu a respeito destes princípios, e desta lacuna, muitos doutrinadores fazem proveito. Seleccionamos, assim, o pensamento de Rodrigo da Cunha Pereira (2006), que edifica o princípio do melhor interesse da criança a partir de uma extensão do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em processos concernentes à adoção, todavia, é possível que o princípio do melhor interesse da criança seja interpretado segundo idealização distanciada da que se apresenta na realidade. Busca-se, por vezes, um utópico ideal de família, e não possível, para os infantes e jovens abrigados.

Daí porque adverte Gustavo Tepedino (2004) que:

Em última análise, a descoberta da verdade científica, tantas vezes invocada, há de ser sempre perseguida na perspectiva do melhor interesse da criança, podendo, portanto, vir a ser sacrificada, neste caso, em nome deste mesmo interesse, que preside todos os critérios interpretativos em tema de filiação, expressão da cláusula geral de tutela da pessoa humana. A verdade afetiva sobrepuja, nesta hipótese, a verdade biológica.

Ao revés, sugere-se que o princípio seja cotejado por aquilo que é possível oferecer, especialmente no âmbito do afeto, pelo qual se constrói a entidade familiar, à criança, e não conforme um modelo padronizado, até porque a Carta Magna fundamenta uma pluralidade de modelos de entidade familiar.

Indispensável observar que, além da Constituição de 1988 ter alterado profundamente a compreensão de família, e, por conseguinte, de crianças, o estágio no qual se encontra esta discussão, atualmente, deve-se a leitura das normas infraconstitucionais à luz do Diploma Constitucional.

Nesta esteira, vale destacar o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), cujo valor, para o tema, é de primeira importância, dada a mudança paradigmática encartada nesse verdadeiro microssistema. Ainda no que se refere à legislação específica, a adoção tem seus requisitos contemplados, sistematicamente, também pelo Código Civil e pela Lei da Adoção.

## 5. O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O INSTITUTO DA ADOÇÃO

No pós-século XX, houve esforços da comunidade internacional para que a infância e a juventude fossem vistas como dignas de proteção e, neste diapasão, pode-se destacar a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989. O Brasil fez parte desta última, momento no qual se comprometeu a agir em prol da causa.

A ação legislativa da Constituição Federal tornou-se mais efetiva e concreta com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente. A Lei 8.069/90 ab-rogou o Código de Menores de 1979. O Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta a adoção de crianças e adolescentes até 18 anos de idade, deixando para trás a deficitária Lei 6.697/79, que previa a adoção de crianças até 07 anos de idade, apenas.

Se no Código Civil de 1916, pelos art. 373 e 374, encarava-se o adotado como indivíduo que não era incorporado integralmente na família do adotante, o ECA tratou de estabelecer absoluta identidade entre um filho adotado e um filho biológico, pois abriga a adoção plena como possibilidade única. Por isso, a adoção passa a apresentar vínculo irrevogável, cuja incidência alcança, no parentesco, tanto a linha reta quanto a colateral.

Logo em seu artigo 1º, o Estatuto prevê proteção integral à criança e ao adolescente, a partir de então encarados como sujeitos de direito, e, portanto, pessoas humanas dotadas de dignidade.

O princípio do melhor interesse da criança retoma o *"the best interest of the child"*, proclamado pela Convenção, e sua extensão deve abranger tanto a produção legislativa quanto o entendimento judiciário para cada caso concreto, decidindo sempre em prol da criança, e não dos pais (PEREIRA, 2012).

Assim, para a adoção, o melhor interesse da criança tem procedência cotidiana nos processos de adoção. O art. 43 do diploma em análise dispõe: *"A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos"*.

Ensina Sandra Maria Lisboa (1996) que os motivos legítimos correspondem aos sentimentos que devem acompanhar a relação parental de quem pretende adotar. Os

avaliadores compõem a equipe técnica do Poder Judiciário, cuja função será de confrontar os interesses dos pais às reais vantagens para o filho. A partir do parâmetro extraído do art. 43 deste diploma, pois, defere-se a adoção em vários casos.

Após o cruzamento de perfis, ressalta-se que é necessário um estágio de convivência que procura medir as reais probabilidades de se obter sucesso no vínculo irrevogável de filiação ao qual se busca chegar.

## 6. AS PERSPECTIVAS TRAZIDAS PELA NOVA LEI DA ADOÇÃO

Em agosto de 2009, sancionou-se a Lei 12.010/09. A partir desta, o Estatuto da Criança e do Adolescente conheceu uma série de alterações, bem como o próprio Código Civil, com dispositivos revogados acerca do tema da adoção.

Em busca de soluções para milhares de crianças e adolescentes em abrigos, referida lei propunha-se a reduzir o tempo dos jovens nas instituições, além de dispor sobre uma série de exigências que visariam à facilitação do processo de adoção.

Em síntese, a Nova Lei da Adoção procura inovar com a previsão de um Cadastro Nacional de Adoção, através do qual se registram candidatos a adotantes, com objetivo de afastar situação em que o interessado já indica a criança que deseja adotar. Dificultasse, destarte, a adoção “intuitu personae”, pelo que a lei recebe duras críticas de parte da doutrina.

Ademais, o conceito de “família extensa” trazido pelo documento se relaciona ao de “família natural”. Enquanto este termo se refere à família de origem, aquele expande o olhar para os parentes que do menor sejam mais próximos, segundo critério afetivo.

Grifam-se com fortes cores duas orientações abarcadas pela Lei 12.010/09: a exigência de que as instituições que abrigam os menores enviem relatórios semestrais a propósito das condições de adoção e do retorno do jovem ao lar de origem; e, ainda mais especialmente, a expressa limitação de permanência no abrigo por tempo máximo de 02 anos, o que não se verifica na prática atual. Deseja-se fortemente que tais dispositivos tenham aplicabilidade realmente verificada e estrutura de trabalho para que se possa cumprir tão nobre desiderato.

Muito embora composta de poucos artigos, inúmeras modificações permeiam a Nova Lei da Adoção. Segundo Maria Berenice Dias (2010), em oito artigos, o documento trouxe 227 alterações ao Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, poucas delas ilesas ao crivo crítico<sup>1</sup>, que identifica no dispositivo poucos benefícios, além de exacerbada valorização da família natural, a despeito das boas expectativas que circundavam sua elaboração.

Quanto à preferência pela família originária do adotado, tem-se que não traduz o melhor interesse da criança em todos os casos que se apreciam. Tal constatação é averiguada, à guisa de exemplo, em julgado proveniente do Superior Tribunal de Justiça (STJ, Recurso Especial n. 1199465, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de

---

<sup>1</sup> MARIA BERENICE DIAS aponta a ineficiência da previsão de que os jovens não de ficar institucionalizados por no máximo dois anos, prazo inconcebível diante do número dos que se encontram abandonados no país. DIAS critica, ainda, os entraves trazidos pelas exigências burocráticas, além de considerar infundada a expressa prioridade à família natural, trazida pela lei.



juízo: 14/06/2011, Terceira Turma, Data de publicação: 21/06/2011), que impediu o retorno de criança à mãe biológica após nove anos convivendo com os adotantes, a quem fora garantido o exercício da autoridade familiar:

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 à 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 devida 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.

Ao que se sente, enfim, tal lei não simplifica consideravelmente o processo de adoção, mas traz, sim, uma série de imposições que o amarram até mais a procedimentos internos. Segundo dispõe Dayane Cesar Franco Bernardi (2011), em encarte promovido pela Le Monde Diplomatique Brasil:

Permanece no Brasil, entretanto, um considerável descompasso entre a legislação e a realidade das crianças, dos adolescentes e das famílias. Ainda existe um grande número de crianças e adolescentes acolhidos em instituições por longo tempo, mesmo quando têm família e mantêm com ela vínculos afetivos e de proximidade.

Além disso, parece ter se perdido a oportunidade, quando da elaboração de referida lei, de consagrar de uma vez por todas a adoção para as diversas categorias familiares que nascem à luz da garantia constitucional, que podem figurar como opção para aqueles que buscam um lar.

## **7. O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E OS NOVOS PARADIGMAS. ALIADOS OU INIMIGOS?**

O princípio do melhor interesse da criança, absolutamente festejado pelo ordenamento, representa grande ganho ao tema da adoção. A necessidade de se observarem reais vantagens para o adotado impõe um rigoroso processo para que se tenha efetivado o pedido.

Contudo, atrelar o melhor interesse da criança – que, afinal, é avaliado por terceiros – à pluralidade de formas familiares, igualmente protegidas pela Constituição, não parece tarefa fácil aos Juizados da Infância e Juventude. Por isso, lembra Ana Paula Ariston Barion Peres (2006) que, muito embora seja também garantida a dignidade da pessoa humana dos que participam de famílias diversas do tradicional modelo matrimonial, a vontade destes indivíduos de formar uma família, na adoção, enfrenta, muitas vezes, o preconceito dos técnicos que por tais crianças decidem. Critica a autora:

Assim, o que se verifica é uma postura preconceituosa que seleciona os pais aprioristicamente, privilegiando esse processo de segregação em vez de proteger a criança em situação de abandono, que melhor se desenvolveria sob os cuidados de uma família do que em uma instituição.

Os que assim agem não buscam priorizar a efetivação das “reais vantagens” para a criança ou adolescente ou, no mínimo, têm uma visão bastante distorcida do que isso possa representar na vida dos que anseiam encontrar acolhimento em uma família. A real vantagem – conceito aberto – deve ser verificada a partir dos parâmetros constitucionais que apregoam o direito à prioridade de tratamento, à convivência familiar e comunitária, à vida, à saúde, à educação, ao lazer, ao respeito e dignidade, proteção contra violência, crueldade e opressão, e ao abrigo de toda forma de negligência, ou, em bem poucas palavras: a proteção integral<sup>2</sup>.

Tais aspectos, contudo, nem sempre são considerados pelos profissionais envolvidos nos processos de adoção, justamente pela pretensão de afunilarem a adoção para a família modelada sob o formato tradicional. O que faz a diferença para o sadio e equilibrado desenvolvimento da criança e adolescente é a personalidade do tratamento, o que inexistente nos abrigos por melhores que sejam. Abortar uma adoção por pretensos pais/mães que fujam ao formato da família tradicional implica em impedir uma vida minimamente digna as crianças e adolescentes abrigados. Não há dignidade humana sem afeto, e é impossível aprisionar o afeto em um modelo tradicional de família.

Neste sentido, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça negou provimento a recurso especial interposto pela União, que intentava anular adoção feita por uma mulher, juntamente com seu irmão (já falecido). Isso porque, com acerto, a Ministra Nancy Andrighi considerou que “o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar a noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas”, segundo noticiou o site do Tribunal em 25 de setembro de 2012.

---

<sup>2</sup> É o que dispõe o princípio nº 7 da Declaração dos Direitos da Criança: “7º Princípio – A criança tem direito à educação, para desenvolver as suas aptidões, sua capacidade para emitir juízo, seus sentimentos, e seu senso de responsabilidade moral e social. Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais. A criança terá ampla oportunidade para brincar e divertir-se, visando os propósitos mesmos da sua educação; a sociedade e as autoridades públicas empenhar-se-ão em promover o gozo deste direito”.

A decisão considera a declaração de vontade do irmão, quando em vida, a estabilidade do núcleo familiar formado, a condição financeira propícia para a adoção, e, sobretudo, o afeto e os valores sociais que se desenvolveram entre adotantes e adotado, tidos como “*referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social de que hoje faz parte*”, nos dizeres da ministra. Trata-se de entendimento que mitiga o art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que exige dos adotantes o casamento ou a união estável. Contrariar referida norma justifica-se, contudo, ainda segundo a relatora, porque a exigência legal restritiva “*reclama atuação do intérprete para flexibilizá-la e adequá-la às transformações sociais que dão vulto ao anacronismo do texto da lei*”.

Interessante lembrar, pois, que o princípio nº 6 da Declaração dos Direitos da Criança diz que:

**6º Princípio** - A criança tem direito ao amor e à compreensão, e deve crescer, sempre que possível, sob a proteção dos pais, num ambiente de afeto e de segurança moral e material para desenvolver a sua personalidade. A sociedade e as autoridades públicas devem propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

É preciso compreender o instituto da adoção como instrumento garantidor dos melhores interesses da criança e adolescente, porquanto permite conferir uma família substituta à criança abrigada. Toda interpretação, nesse tema, há que se subordinar a este princípio norteador, vez que todas as demais garantias vão escoar em seu leito. O atendimento deste princípio, por múltiplas interpretações que se lhe queiram atribuir, não fica afivelado à colocação em uma família tradicional. Estes grilhões foram rompidos pela Constituição Federal que, abrigando o afeto, abriu a possibilidade de se constituir uma pluralidade de entidades familiares. Em apoio, os estudiosos da psicologia apontaram as reais vantagens para a criança e adolescente que recebem um tratamento personalizado, seja por um pai/mãe individual, hetero ou homossexual, de variadas idades e etnias.

A funcionalidade deste relevante princípio não deve ser assim distorcida, porquanto a criança necessita de uma família possível, já que a família tida como ideal nem sempre atende aos melhores interesses da criança.

A Declaração dos Direitos da Criança impede que a criança seja vítima de preconceito de raça, sexo, religião, seja sua ou de sua família<sup>3</sup>. Se, portanto, a família que intenciona adotar não tem o formato tradicional, a criança não pode ser vítima de preconceito e ter, assim, obstaculizada a adoção. Por outra palavra, a criança não pode ser de certo modo “punida” e deixar de ter uma família pela raça, sexo, orientação sexual, idade ou religião dos que intencionam adotá-la. Como se colhe do primeiro

---

<sup>3</sup> “1º Princípio – Todas as crianças são credoras destes direitos, sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, condição social ou nacionalidade, quer sua ou de sua família”.

---

princípio da Declaração dos Direitos da Criança, a vedação do preconceito é uma via de duas mãos: nem a criança e tampouco sua família podem ser vítimas, à vista da proteção integral.

Com efeito, Maria Berenice Dias (2012) anota que:

Ninguém questiona que o ideal é crianças e adolescentes crescerem junto a quem lhes trouxe ao mundo. Mas há uma realidade que precisa ser arrostada sem medo. Quando a convivência com a família natural se revela impossível ou é desaconselhável, melhor atende ao interesse de quem os pais não desejam ou não podem ter consigo, ser entregue aos cuidados de quem sonha reconhecê-lo como filho. A celeridade deste processo é o que garante a convivência familiar, direito constitucionalmente preservado com absoluta prioridade (CF 227).

Lídia Weber (1998) também considera questionável um segundo crivo estabelecido a partir do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, qual seja, a motivação legítima. A psicóloga explica que o sucesso da relação entre adotante e adotado não é verificável em momento inicial, pois depende de uma construção.<sup>4</sup> Ainda observa que impor a averiguação da motivação dos adotantes possibilita que os técnicos avaliadores criem uma série de receitas psicológicas.

A autora cita alguns exemplos de situações consideradas, em geral, de risco, como a adoção monoparental e a situação dos pais que, embora possam ter filhos biológicos, optam por adotar. Sobre esta tendência, explica (WEBER, 1999):

O essencial é a compreensão da adoção em primeiro lugar e não o apego desmedido a técnicas que enviesam nosso olhar e que, às vezes, podem fazer com que seja necessário mudar a realidade para atingir as dimensões de determinado paradigma.

Apesar de legalmente ampliada, a aceitação da diversidade familiar, nos processos de adoção, não representa, ainda, uma tendência. Lídia Weber (1995), em seu artigo "*Famílias adotivas e mitos sobre laço de sangue*", expõe resultados de uma pesquisa cuja finalidade era traçar o perfil dos pais que adotam, no Brasil. De acordo com suas análises, 91% eram casados, com idade até 40 anos, e 55% não possuíam filhos biológicos.

Este perfil parece direcionar, em certa medida, aos requisitos outrora vigentes, quando se expressava a preferência conservadora pela constituição tradicional de família, e desta constatação, conclui-se que, materialmente, há muitos desafios a serem ainda superados.

Dificultam, ademais, a plena realização dos direitos fundamentais das crianças à espera de um lar as inúmeras barreiras erguidas pelos próprios adotantes, os quais buscam características bastante específicas nas crianças institucionalizadas. Neste

---

<sup>4</sup> De acordo com PARODI (1994): "*Em general es la capacidad de dar y recibir afecto, de ser tolerantes, de aceptar al niño por si mismo y de comprometerse afectivamente con su futuro, lo que asegura éxito de la adopción*".

sentido, em encarte especial acerca da adoção no Brasil, Maria Antonieta Pisano Motta (2011) pontua:

De acordo com o Levantamento Nacional de Crianças e Adolescentes em Serviços de Acolhimento, produzido pela Fundação Oswaldo Cruz com dados colhidos entre setembro de 2009 e novembro de 2010, havia nesse período cerca de 37 mil crianças e adolescentes vivendo em abrigos em todo o país. Desse total, 9% encontravam-se aptos para adoção, mas apenas 2% já estavam em “processo de colocação em adoção” (já em contato com os adotantes). Dos quase 27 mil adultos que aguardam na fila para adotar, cerca de 37% só aceitam crianças brancas, e a maioria procura crianças pequenas do sexo feminino, ao passo que 75% das crianças e adolescentes que vivem em abrigos têm mais de 5 anos de idade, 52% são meninos e apenas 41% são brancos.

Logo, o potencial para adotar de determinadas configurações familiares constituem esperança para um país com problemas reconhecidamente sérios de abandono de crianças. A análise psicossocial do adotante, cara ao direito e ao processo de adoção, deve enfatizar a disponibilidade afetiva do(s) indivíduo(s) que adota(m), pois este parece constituir o melhor interesse da criança em um ambiente familiar.

Neste sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ – Recurso Especial n. 889852 RS 2006/0209137-4, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de julgamento: 27/04/2010, Quarta Turma, Data de publicação: 10/08/2010) reafirma que o potencial envolvimento entre as partes é que deve nortear os laços de filiação, conforme se averigua em trecho do julgado que defere a adoção para casal homoafetivo:

A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. (...) Os diversos e respeitadas estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), “não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores.

O melhor interesse da criança, contudo, pode ser utilizado como arma de um conservadorismo que busca, aos que estão nas instituições à espera de um lar, um perfil familiar que não resume a realidade brasileira, bastante plural, mas apenas uma idealização infundada.

Insta ressaltar, a família capaz de amparar afetivamente uma criança ou um jovem que mora nos abrigos deve prevalecer sobre aquela que utopicamente é considerada ideal. O ambiente oferecido pela instituição deve ter caráter, sobretudo, temporário, pois, por mais salutar que se mostre o ambiente, a quem nele aguarda uma família sempre faltará contato, afeto, convivência personalizados.

O comparativo deve ser feito entre a realidade dos abrigos e o benefício colhido

pela criança ou adolescente nele abrigada, com a inserção desta mesma criança e adolescente no seio de uma família possível (monoparental, homossexual, independentemente de idade e etnia), onde recebe amor, atenção e respeito de modo individualizado e não com um mundo utópico afastado da realidade da maioria das crianças brasileiras.

Restringir o acesso da criança ou do jovem a uma família que foge da formação tradicional, além de importar em uma negativa ao direito da convivência familiar, atenta contra os seus melhores interesses, de consequência a sua própria dignidade. A vulnerabilidade da criança e adolescente impõe o abrigamento tão somente pelo tempo indispensável ao encontro de uma família substituta.

De acordo com o juízo de Tânia da Silva Pereira (2004), “*o abrigo não pode ser depósito de crianças e adolescentes. Mesmo uma boa maternagem reflete, apenas, uma referência institucional, sem vínculos afetivos seguros*”. A mesma autora alerta, ainda, para a possibilidade do desenvolvimento, pela institucionalização prolongada, do quadro conhecido como hospitalismo - em que falta, à criança institucionalizada, identificação afetiva com alguma pessoa de forma contínua - e o quadro psicotizante, pela falta de referência segura familiar e materna.

Não é possível na atualidade se falar em uma proteção integral à criança quando, por uma busca de pretensão modelo de família ideal, se retire ou dificulte o acesso da criança à adoção. O melhor interesse da criança e adolescente não é atendido, na generalidade dos casos, dentro de um abrigo. Pensar de modo diverso é conferir uma interpretação reversa ao dito princípio.

Retirar um filho dos candidatos a pais e mães, pelo ventre da adoção, não reverbera em prejuízo somente destes, mas das crianças abrigadas, pessoas em delicado momento de desenvolvimento de suas personalidades, reclamando atenção especial. Nesse sentido, aliás, é o que preceitua o art. 3º do ECA:

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

O melhor interesse da criança e do adolescente, afinal, conforme se constatou, recebe as irradiações do princípio da dignidade da pessoa humana, e, portanto, ambos compactuam na proteção da pluralidade. Interessante ressaltar, ainda, que o bem-estar, na infância e na juventude, não pode se restringir a meras concepções pré-estabelecidas, mas de uma análise mais sensível à nova realidade civil-constitucional que, afinal, recepção plenamente a diversidade familiar.

A aplicação deste princípio reclama alto grau de sensibilidade dado a sua fluidez e a subjetividade do operador, seja juiz, psicólogo, assistente social, etc. Com efeito, é sabido que todo sujeito no momento de tomar uma decisão o faz pautado com base em sua personalidade, formação pessoal e dos valores culturais existentes no contexto em que inserido. Assim, o parecer dos técnicos avaliadores dos pretendentes à adoção pode vir dissociado do atendimento ao melhor interesse da criança, em razão da carga

valorativa que se lhe pretende emprestar. Exemplifica-se: é possível que se emita parecer negativo à adoção ao argumento de que o casal candidato é considerado de idade avançada para exercer o poder familiar, sem levar em consideração fatores afetivos, psicológicos e mesmo materiais que poderiam ser eficazmente acessíveis à criança e adolescente se colocadas nesta família substituta. O princípio, nesse caso, seria aplicado em desfavor daqueles a quem deveria beneficiar.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo pretendeu ampliar a discussão de que muito embora o instituto da adoção tenha evoluído no sentido de adequar-se às necessidades das crianças e dos adolescentes pelo princípio do melhor interesse da criança, não pode quedar-se estático tampouco exato.

A sociedade plural com a qual se compromete a Constituição permitiu uma visão mais acurada de realidades há muito latentes. Pelo princípio da dignidade da pessoa humana, todos os indivíduos ocupam o mesmo patamar de igualdade, e, por isso, a justificada curva ascendente dos pedidos judiciais para o reconhecimento destas famílias e também de suas garantias.

Nesta nova gama de compreensões, a adoção ocupa lócus de intermináveis discussões, onde o princípio do melhor interesse da criança, não raras vezes, é evocado para defender a manutenção da criança em determinado abrigo, contraditoriamente.

Ainda, a valorização da família natural, segundo os moldes estabelecidos historicamente, em detrimento da que se forma a partir do afeto, parece em verdadeiro descompasso com a nova complexidade, que deposita na ciência jurídica esperanças num olhar mais inclusivo e atento para o que se pode haver de mais puro numa entidade familiar: a solidariedade, o companheirismo, a afeição, o amor, para os quais não há forma fixa.

Por isso, o tema merece ser expandido à luz dos paradigmas com os quais lida o direito de família atual. Não parece desejável engessar um princípio tão caro à análise do tema. Ao contrário, deve-se cada vez mais harmonizá-lo às demandas levadas ao Poder Público, pois a conquista de um lar para as crianças que se encontram sem família, atualmente, representa, também, uma inquestionável necessidade social com a qual deve se comprometer a sociedade e o Direito.

## BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Eduardo Freitas. *A evolução histórica do instituto da adoção*. Disponível em: <http://www.franca.unesp.br/A%20Evolucao%20historica%20do%20instituto.pdf>. Acesso em 20 de junho de 2010.

BERNARDI, Dayane Cesar Franco. *Acolhimento e Adoção: A Lei e a Prática*. In: Encarte especial baseado nas palestras e debates do seminário *Além da adoção*, realizado em 29 de agosto, no Teatro Eva Hertz, em São Paulo. Le Monde Diplomatique Brasil, out/2011.

BESSA, Noeli Kühl Svoboda. *Tutela de órfãos: uma proposta de intervenção interdisciplinar do Ministério Público*. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

---

DE CASSAGNE, Irene. *Valorización y educación del Niño en la Edad Media*. Disponível em: [www.uca.edu.ar](http://www.uca.edu.ar). Acesso em 03 de maio de 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *O lar que não chegou*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/527>. Acesso em 12 de junho de 2012.

FACHIN, Luiz Edson. ***Elementos críticos do Direito de Família***. Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado Vol. 05: direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LISBOA, Sandra Maria. *Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente: (doutrina e jurisprudência)*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Mães que abandonam e mães abandonadas*. In: Encarte especial baseado nas palestras e debates do seminário *Além da adoção*, realizado em 29 de agosto, no Teatro Eva Hertz, em São Paulo. Le Monde Diplomatique Brasil, out/2011.

PARODI, Rodrigo Ignacio Mendez. *La adopción: una solución al abandono infantil*. Santafe de Bogotá, D.C. Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, 1994.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e Dignidade Humana*. Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. Congresso Brasileiro de Direito de Família (5.:2005: Belo Horizonte, MG).

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direitos da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*, Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Em busca do melhor interesse da criança*. In: Encarte especial baseado nas palestras e debates do seminário *Além da adoção*, realizado em 29 de agosto, no Teatro Eva Hertz, em São Paulo. Le Monde Diplomatique Brasil, out/2011.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Famílias Possíveis: Novos Paradigmas na Convivência Familiar*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática**. Disponível em: [http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Tania\\_da\\_Silva\\_Pereira/MelhorInteresse.pdf](http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf). Acesso em 23 de junho de 2012.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUSA, Rabindranath A. V. Capelo de. **O Direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial n. 889852 RS 2006/0209137-4, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 27/04/2010, Quarta Turma, Data de Publicação:



10/08/2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Adoção conjunta pode ser deferida a irmãos, desde que constituam núcleo familiar estável*. Disponível em: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107097](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107097). Acesso em: 25 de setembro de 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial n. 1199465, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, data de Julgamento: 14/06/2011, Terceira Turma, Data de Publicação: 21/06/2011.

TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares. Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

**WEBER, Lídia** Natalia Dobrianskyj. *Aspectos psicológicos da adoção*. Curitiba: Juruá, 1999.

**WEBER, Lídia** Natalia Dobrianskyj. *Crêterios de seleção de pais adotivos: em discussão*. In: *Revista Interação do Departamento de Psicologia da UFPR*, Paraná, n. 01861, 1998.

**WEBER, Lídia** Natalia Dobrianskyj. *Famílias adotivas e mitos sobre laços de sangue*. In: *Jornal Contato – CRP – 08*, n. 79, 1995.

Recebido em 10.09.2012  
Aprovado em 20.11.2012