

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, em sua história moderna, teve como modelo de família aquela que é constituída por pai, mãe e filhos (ideia de família nuclear), tendo como líder predominante à figura masculina, ou seja, o pai, havendo poucas exceções. Dizemos, então, que em grande parte de nossa história moderna, a família teve como característica o modelo patriarcal.

No entanto, com a mudança em que nossa sociedade esteve sujeita, com a Constituição Federal de 1988, e com o Código Civil de 2002, o Direito, como consequência, também sofreu grandes alterações, modificando o conceito de família e criando vários modelos familiares, onde algumas vezes os membros de determinada família sequer possuem laços consanguíneos, sendo construídas e baseadas no princípio da afetividade.

Analisada a evolução histórica dos moldes familiares em nosso país, desde o Brasil Colonial, até os dias atuais, nota-se o crescimento considerável nos modelos que compõem os núcleos familiares, e desses novos modelos; a grande maioria se pauta no princípio da afetividade, e dentre eles também, uma das formas familiares que mais se destacam, pelo seu grande número, são aquelas em que existem a ato jurídico da adoção.

Neste contexto, pode-se observar, primeiramente, a evolução nas características das famílias ao decorrer dos anos na humanidade, bem como as características históricas da legislação brasileira sobre a família, até os dias contemporâneos, averiguando também, de forma ampla, sobre o instituto da adoção. Dentro de tal instituto, é possível observar sobre o princípio da afetividade e também o princípio do melhor interesse do menor, princípios esses que estão diretamente ligados à adoção.

E, posteriormente, já adentrando no objetivo final desse estudo, podemos analisar, de acordo com a legislação brasileira, com a jurisprudência dos tribunais e com as doutrinas, a respeito da flexibilização da legislação com a aplicação do princípio da afetividade, sendo analisado nesse sentido a adoção *intuitu personae*, e ai final poder observar se a pré-existência da afetividade comprovada de fato, supera os requisitos legais do processo de adoção.

O princípio da afetividade, não está expresso exatamente nestes termos na nossa Carta Magna, porém, de forma implícita, é possível, observando alguns artigos, chegar à conclusão da existência de tal princípio. Como exemplo desses textos que norteiam a afetividade, temos o artigo 227, § 6º, da Constituição Federal que preconiza da seguinte forma: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Então, à luz da lei máxima do Brasil, vemos que a justiça brasileira, trata os filhos, frutos de adoção, de forma isonômica em relação dos filhos consanguíneos, sem qualquer distinção, valorando assim a afetividade como base para a solidificação de um núcleo familiar. Isto colocado, podemos nos perguntar, se pré-existência da afetividade comprovada de fato, supera os requisitos legais do processo de adoção?

O tema proposto, juntamente com o problema a ser elucidado, foi escolhido pelo grande número de pessoas inscritas no Cadastro Nacional de Adoção (CNA), e a falta de crianças ou adolescentes que esperam ser adotados em relação à quantidade que querem adotar.

Dessa forma, existem vários menores que já possuem famílias adotivas de forma irregular, que por um motivo ou outro, criaram laços afetivos com os pais, e vivem com eles como se familiares fossem. Nesse prisma, é de grande importância investigar se nesses casos em que a partes desejam regularizar sua relação familiar, a burocracia para o processo de adoção é mais maleável, ou, tanto o adotante como o adotando, têm que passar pelo mesmo processo daqueles que buscam adoção sem a existência de nenhum laço afetivo.

O artigo 226 da Constituição Federal aduz da seguinte forma “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, vemos então que o Estado deve sempre priorizar o bem-estar da família, pois ela é o pilar que sustenta de forma harmônica toda a sociedade. Com isso, o estudo do presente tema, que é realizado através dessa monografia, conveio de grande relevância para que se possa observar, primeiramente, a evolução histórica dos moldes familiares no Brasil, posteriormente analisar, cuidadosamente, o princípio da afetividade, e por fim, com base na ciência já adquirida, fora avaliado, no âmbito jurídico, como a justiça brasileira trata as relações de adoção em que já preexista de fato o afeto entre as partes envolvidas.

Como já dito, a família é de extrema importância para o Estado e também para a sociedade, sendo assim, o tema em questão é de suma importância para analisar as dinâmicas referentes à família afetiva, pois poderemos constatar, através dessa análise, o impacto que a afetividade familiar causa em nosso ordenamento jurídico, o que reflete na sociedade em geral, podendo acarretar em mudanças regionais, estaduais ou até nacionais, através da contribuição para as discussões e futuros novos estudos seguindo a mesma linha de raciocínio do problema em voga.

A pesquisa adotou o método qualitativo-descritivo, uma vez que, para a efetivação do trabalho foi observado as atuais posições doutrinárias, jurisprudências e artigos publicados, amparados com a legislação pertinente que aborda esse tema, bem como, realizado análise de estudo de caso concreto, através da aplicação de questionário.

Nesse sentido, para poder-se chegar ao resultado final da monografia foi realizada uma revisão bibliográfica, procurando somar a esta pesquisa tudo aquilo que já foi pesquisado e escrito por outros pesquisadores a respeito do tema sugerido. E, ainda foram realizadas pesquisas documentais através de doutrinas jurídicas, jurisprudências e demais fontes do Direito brasileiro, como também em livros e documentos, de áreas diversas, que puderem contribuir para o desenvolvimento da monografia.

Para bem estruturar a presente monografia e chegar ao objetivo final, a mesma foi subdividida em três capítulos, aos quais trataram, de forma lógica e organizada, sobre as pesquisas que foram produzidas ao decorrer da formação do trabalho em voga. O primeiro capítulo discorre sobre contextualização histórica sobre a família, e o desenvolvimento da legislação familiar no Brasil. O segundo estuda de forma aprofundada sobre a Adoção, o Princípio da Afetividade e o Princípio do Melhor interesse do Menor.

O terceiro e último capítulo, foi realizada uma análise a cerca dos requisitos formais e materiais para a adoção e a flexibilização diante do princípio da afetividade, bem como a adoção *intuitu personae*, objetivando o conhecimento sobre a eficácia da legislação em vigor em relação aos processos de adoção em que exista o princípio da afetividade comprovado de fato. Ao final de toda a pesquisa, estão as considerações acerca de todo o conhecimento adquirido ao longo das pesquisas e trabalhos realizados.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA SOBRE A FAMÍLIA

Nesse primeiro capítulo da presente monografia, foram realizadas pesquisas bibliográficas, a fim de somar conhecimento de como a família vem se desenvolvendo ao longo da história da humanidade, objetivando nesse sentido, um conhecimento amplo sobre as características essenciais de uma família, podendo então, posteriormente alcançar o objetivo geral das pesquisas, identificando se o princípio da afetividade é pressuposto fundamental para a formação legal de uma família, ou na hipótese de, mesmo existindo tal princípio na realidade do adotante e adotando, todos os procedimentos e requisitos legais de praxe deverão ser obedecidos.

A contextualização histórica acerca da família é de suma importância também, para entendermos a fundo sobre o tema desenvolvido, pois quando se tem conhecimento do princípio de determinado assunto, pode-se, com mais convicção, chegar a possíveis respostas ou deduções a respeito do tema, e é esse um dos objetivos ao ser confeccionado esse presente capítulo.

A família, sempre foi, é, e continuará sendo o pilar fundamental de toda comunidade humana organizada. Desde os povos antigos, onde as primeiras civilizações foram formadas, a família era reconhecida e tinha seus princípios respeitados por todos, como bem expressa Nogueira (2007, p. 02): “Não há na história dos povos antigos e na Antiguidade Oriental como na Antiguidade Clássica o surgimento de uma sociedade organizada sem que se vislumbre uma base ou seus fundamentos na família ou organização familiar”.

No entanto, antes de ser feito um apanhado histórico sobre o desenvolvimento das famílias, faz-se necessário entender seu conceito, então, nesse sentido, nos ensina Rodrigues (2004, p. 04):

O vocábulo “família” é usado em vários sentidos. Num conceito mais amplo poder-se-ia definir a família como formada por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consanguíneos.

Fiúza (2008, p. 939), considera família, em lato sensu, como sendo “uma reunião de pessoas descendentes de um tronco ancestral comum, incluídas aí

também as pessoas ligadas pelo casamento ou pela união estável, juntamente com seus parentes sucessíveis, ainda que não descendentes”, como também define em modo stricto sensu dizendo que: “família é uma reunião de pai, mãe e filhos, ou apenas um dos pais com seus filhos”.

Porém, Nogueira (2007, p. 01) traz um detalhe interessante que difere do conceito apresentado anteriormente, segundo ela “a família é uma sociedade natural formada por indivíduos, unido por laço de sangue ou de afinidade”. Os laços de sangue resultam da descendência. A afinidade se dá com a entrada dos cônjuges e seus parentes que se agregam à entidade familiar pelo casamento. Portanto, esse segundo conceito nos ensina que não é necessário para a formação da família, apenas o vínculo consanguíneo, mas também, o vínculo afetivo. Dar-se-á início agora as pontuações históricas.

2.1 DO CONCEITO DE FAMÍLIA E DA EVOLUÇÃO DAS ESTRUTURAS FAMILIARES

Dando início à contextualização histórica a respeito das famílias, observando o que bem nos ensina Coelho (2012), a formação das primeiras famílias da humanidade, ninguém sabe ao certo como se deu, mas a teoria mais aceita é que em certo momento da trajetória evolutiva do Homo Sapiens, por questões de sobrevivência, os mesmos deixaram de praticar relações sexuais aleatoriamente, pois antes disso, a prática do incesto era costumeira para aquela civilização, posto que a prole consequente das relações incestuosas, na maioria das vezes era concebida com alterações genéticas.

Em consequência dessa seleção para a realização das práticas sexuais, por puro extinto de sobrevivência, os homens começaram a se dividirem em grupos menores, tendo como regra para a efetivação da formação de cada grupo, o fato dos membros poderem ou não realizar atividades sexuais. Com essas divisões que ocorreram por puro instinto animal do homem, começou-se a existir as primeiras ideias de família.

Sobre os ensinamentos de Venosa (2001), após a formação dos grupos que aboliram a prática do incesto, as famílias nesse período não se assentavam em relações individuais. As práticas sexuais ocorriam entre todos os membros dos

grupos, desta forma, as proles nunca tinham conhecimento de quem era seus pais, apenas as mães eram reconhecidas, ficando responsáveis pelo zelo e educação de seus filhos. Posto isto, chega-se à conclusão que as primeiras tinham o caráter matriarcal.

Ainda vislumbrando os ensinamentos de Venosa (2001), no curso da história, o ser humano foi se inclinando para relações individuais, ocorrendo uma seleção ainda mais estrita nos grupos familiares, passando a existir o caráter de exclusividade, formando os primeiros lares, e trazendo a ideia de monogamia. Embora, na grande vastidão do mundo, alguns grupos mantiveram situações de poligamia, como ainda hoje acontece, porém o que passava-se a predominar eram as situações monogâmicas.

Com esse notável desenvolvimento dos núcleos familiares, e surgindo com isso as primeiras organizações sociais e políticas, a figura paterna passou a ser reconhecida e dada importância tão quanto ao papel materno, nesse sentido aduz Venosa (2001, p. 17):

A monogamia desempenhou um papel de impulso social em benefício da prole, ensejando o exercício do poder paterno. A família monogâmica converte-se, portanto, em um fator econômico de produção, pois esta se restringe quase exclusivamente aos interiores dos lares, nos quais existem pequenas oficinas.

Vemos então, com o surgimento da figura paterna, o molde matriarcal que as famílias possuíam antes, foi dando espaço para a situação patriarcal, sendo através do poder paterno que se configuravam as famílias, por questões fisiológicas, o pai passou a proteger e reger sua esposa e a prole. E também, nesse contexto, para o desenvolvimento social, a família se tornou um fator econômico, produzindo em suas casas, o que era necessária para a sobrevivência; situações essas que colaboraram para o surgimento das relações comerciais.

Após analisadas a formação e a estrutura das primeiras formas de família, pularemos um longo período, para uma época em que os pesquisadores possuem mais certeza das estruturas familiares, como na Roma, onde o ser humano já tinha, política e economicamente se desenvolvido de tal forma, que na sociedade já não se comportava apenas uma estrutura familiar dentro um único governo, de acordo com Coelho (2012, p. 16), “pequenos comerciantes, escravos libertos e o estrangeiro

viviam em estruturas bem diferentes da descrita nos manuais de direito romano como característica da família de então.”

No entanto, a família autêntica romana, possuía características totalmente homogêneas, com uma estrutura patriarcal. As realidades dessas famílias eram totalmente diferentes das famílias brasileiras dos dias atuais, sobre isso discorre Coelho (2012, p. 16 e 17):

Refere-se à descrição, a rigor, à família chefiada pelo cidadão romano, o pater. As funções da família nesse contexto eram muito diferentes e significativamente maiores que as da do nosso tempo. Em primeiro lugar, ela era também a principal unidade de produção de bens. Comidas, roupas, móveis e tudo de que se necessitava para viver eram produzidos, em princípio, pela família. O trabalho acontecia dentro da família;

Além dessas características da família romana, segundo Coelho (2012), cada família possuía seus próprios deuses, sendo conferido ao pai o dever de sacerdote dentro da família, onde o mesmo organizava e conduzia todos os rituais. Outro dever exclusivo da família, era zelar pelos doentes e curatelar os idosos, bem como cuidar da educação de seus filhos, preparando o filho mais velho para a vida pública, pois não existiam escolas naquela época. Todos os membros da família residiam na mesma casa, estando todos submissos, como a exemplo dos escravos, ao poder do pai.

Nesse sentido, também é indispensável o ensinamento de Venosa (2001, p. 17 e 18):

Em Roma, o poder do pater exercício sobre a mulher, os filhos e os escravos é quase absoluto. A família como grupo é essencial para a perpetuação do culto familiar. No Direito Romano, assim como no grego, o afeto natural, embora pudesse existir, não era o elo de ligação entre os membros da família. Nem o nascimento nem a afeição foram fundamento da família romana. O pater podia nutrir o mais profundo sentimento por sua filha, mas bem algum de seu patrimônio lhe poderia legar. A instituição funda-se no poder paterno ou do poder marital. Essa situação deriva do culto familiar.

Dessa forma, nota-se que os laços amorosos, tão importantes para a constituição das famílias nos dias de hoje, para o império romano não se valia de nada, as funções da família eram completamente diferentes. Hoje, o laço amoroso, a afetividade, é um pressuposto único para a formação de diversas famílias, mostrando o abismo de diferença já mencionado.

Com o fim do grande império romano e a ascensão do cristianismo, a família novamente teve modificações em suas atribuições e formação. Conforme Venosa (2001), a livre união não era mais reconhecida como casamento para várias ocasiões, pois o cristianismo condenou essas formas de união, transformando o casamento em sacramento, onde os noivos, para formarem a família, deveriam estar em comunhão espiritual, que seria feita através da autoridade religiosa.

Desta forma, o crescimento do cristianismo, retirou da família a característica religiosa, conferindo a igreja esse dever. A causa disso são as características dessa nova religião, como ensina Coelho (2012, p.18):

Algumas características dessa religião podem ser apontadas como causa. A primeira é o monoteísmo: à profusão de deuses familiares, contrapôs a crença num único Deus, pai de toda a humanidade. A segunda, a evangelização: pela primeira vez na história, uma religião atribuiu-se a tarefa de converter todos para sua crença, espalhando a Boa Nova. A terceira característica do Cristianismo decisiva para tirar a religião do recesso doméstico e torná-la pública é a apostólica: só os escolhidos por Cristo [...] [...] podem presidir os rituais religiosos.

Posto o desaparecimento da família pagã, e de acordo com Venosa (2001), com o surgimento das famílias cristãs, foi instaurada e guardada a característica de unidade do culto, unidade esta que nunca deixo de existir em meio às famílias ocidentais, apesar das mais recentes revoluções nos moldes familiares, tratarem a família sobre um prisma jurídico, separando, em grande parte, o vínculo com a religião oficial.

Ora, com a expansão do cristianismo, a família teve essa padronização em suas características e perda da função religiosa como uma de suas finalidades, realidade essa que começou por volta do primeiro século após Cristo e que perdurou por quase toda a idade média, até a chegada das revoluções industriais, nesse momento novos fatores na função da família começaram a ser novamente alterados, como fatores econômicos e educacionais, que começaram se modificando ainda na idade média através do cristianismo e se aperfeiçoando com o desenvolvimento da ciência após as revoluções industriais.

Dessa forma, as revoluções industriais, de acordo com o ensinado por Coelho (2012, p.18):

Tiraram da família por completo a função econômica. Antes delas, outros fatos históricos contribuíram para a constituição de um espaço de trabalho estranho ao lar, como a revitalização do comércio, invenção dos bancos e seguradoras e formação das cidades

ocorridas na idade média. Foram as revoluções industriais, no entanto, que encerraram o processo.

Ainda à luz dos ensinamentos de Coelho (2012), desde meados do século XIX, a sociedade começou a se reunir em cidades, havendo uma urbanização, onde cada família possui uma casa para seus afazeres e necessidades pessoais, como ser alimentar, se confraternizarem, dormir e etc. Isso acontecia durante uma parte do dia, pois a outra parte era reservada para as atividades laborais modeladas pela ascensão do capitalismo. Essas mudanças econômicas na função familiar geraram alguns efeitos drásticos na sociedade e na família, o chefe da família, ou seja, o pai, nesse momento perde um de seus poderes, o de escolher com quem seus filhos irão se casar.

Coelho (2012, p. 18) ensina que “outra importante função perdida pela família foi a educacional.” Ainda na idade média, sem a influência do capitalismo, a Igreja Católica cuidava de educar seus sacerdotes, e algumas corporações de ofício existentes naquela época treinavam seus membros, com isso surgiram os primeiros moldes de escola e as primeiras universidades. Então, com as revoluções industriais, o desenvolvimento da ciência, a família foi perdendo cada vez mais seu papel de educadora, ficando responsável apenas pelos ensinamentos básicos enquanto seus filhos ainda crianças, como valores fundamentais por exemplo. Além disso, o ensino passa a ser dever de centros educacionais, para formações profissionais e superiores.

Lôbo (2004, p. 5) defende que a característica fundante da família atual é a afetividade. Desta maneira, afirma ele:

A função política na família patriarcal, cujos fortes traços marcaram a cena histórica brasileira, da Colônia às primeiras décadas deste Século (séc. XX, grifo nosso). Em obras clássicas, vários pensadores assinalaram este instigante traço de formação do homem brasileiro, ao demonstrar que a religião e o patrimônio doméstico se colocaram como irremovíveis obstáculos ao sentimento coletivo da república. Por trás da família, estavam a religião e o patrimônio, em hostilidade permanente ao Estado, apenas tolerado como instrumento de interesses particulares. Em suma, o público era (e ainda é, infelizmente) pensado como projeção do espaço privado-familiar.

Com todas essas perdas de funções que vieram ocorrendo na história antiga e mais recente das famílias, foram modificando também sua essência, nessa forma aduz Coelho (2012, p. 20) que “a família, no ponto de chegada dessa história de perdas, parece finalmente direcionar-se para sua vocação de espaço da

afetividade. Nessa função ela representa uma organização social insubstituível. Por enquanto.” Então, vemos que, com todo esse processo histórico de reestruturação das famílias, trouxe para os tempos atuais uma valoração grandiosa do caráter afetivo na estrutura do núcleo familiar, essa dedução é excepcional para o prosseguimento do presente estudo.

2.2 DA LEGISLAÇÃO FAMILIAR NO BRASIL

Dando continuidade aos eventos históricos sobre as famílias, voltaremos nossa atenção agora sobre a família brasileira, em especial será explanado o surgimento das primeiras normas jurídicas que regiam o ambiente familiar, normas essas que não fazem parte de um passado muito distante, até chegarmos às leis que hoje normatizam a formação familiar.

Como já narrado, a história do Direito brasileiro é recente. O Brasil, desde sua descoberta em 1500, até novembro de 1889, era colônia do governo Monárquico de Portugal. Nesse período, a família era formada segundo os conceitos impostos pelo cristianismo, ou seja, já havia perdido suas funções religiosas, a economia começava a possuir características sociais, pois os serviços não eram mais voltados apenas para as necessidades dos núcleos familiares, e principalmente, a família tinha caráter de perpetuidade. Dessa forma, discorre Venosa (2001, p. 22):

O direito canônico, ou sob a inspiração canônica, que regulou a família até o século XVIII e inspirou as leis civis que se seguiram, não era um direito civil na acepção técnica do termo. O direito de família canônico era constituído por normas imperativas, inspiradas na vontade de Deus ou na vontade do monarca. Era constituídas por cânones, regras de convivência impostas aos membros da família e sancionadas com penalidades rigorosas. O casamento, segundo os cânones, é a pedra fundamental, ordenado e comandado pelo marido.

Posto isso, a realidade familiar do Brasil enquanto colônia, era moldada segundo as características cristãs, que já foram ricamente tratadas ao logo do presente trabalho. Essa formação familiar veio a perder força no Brasil, a partir de 15 de novembro de 1889, quando a houve a proclamação República Federativa do

Brasil; momento este que segundo Venosa (2001, p. 23), “a desvinculação do matrimônio da Igreja abriu caminho para a revisão dogmática.”.

Então, o Brasil já como uma República Federativa, em 01 de janeiro de 1916, através da Lei nº 3.071, foi criando o primeiro Código Civil brasileiro, que tem a sua apresentação feita na Disposição Preliminar, na forma do seu artigo 1º: “Art.1º - Este Código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações”. Dessa forma, fica claro que esse Código veio para regular as relações da sociedade, conseqüentemente regulando as relações familiares.

Ainda sobre o prisma do revogado Código Civil de 1916, examinando o Livro I da parte geral, que é destinado ao direito de família, nota-se que àquela época a família era basicamente constituída pelo casamento, sem o casamento era impossível à constituição da família, nesse sentido aduz Rodrigues (2004, p. 10), que “essa posição de fastígio do casamento era comprovada pela extensão da matéria no Código Civil. Dos 304 artigos referentes ao Direito de Família, mais de 150 eram consagrados ao casamento.”

Confirmando o disposto no Código Civil de 1916, foi criada a Constituição Federal de 16 de julho de 1934, sobre ela nos ensina Rodrigues (2004), que a mesma sempre tratou o casamento como parte central do direito de família, como por exemplo no artigo 144 desta Constituição dizia de tal forma: “Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.”, ou seja, o casamento era requisito fundamental para a formação da família. Essa realidade se repetiu em algumas outras Constituições, as de 1946, 1967 e 1969.

Outra característica do Código Civil de 1916, era existência do Pátrio Poder, sendo este o poder do marido e pai sobre os demais membros da família. Isso significava que, o poder do homem não se direcionava apenas para seus filhos, mas também para a esposa, fruto do casamento. A mulher então, só teria poder diante da família, na ausência do homem, havendo raras exceções na legislação vigente à época que a mulher, diante de problemas entre o homem e a mulher em relação aos filhos, poderia recorrer ao estado para que este pudesse intervir.

Porém, conforme Diniz (2006), através das grandes mudanças sociais que o Brasil vinha sofrendo, como a conquista do poder pela mulher em várias áreas da sociedade, pela rápida desvinculação dos filhos do poder familiar, entre diversas outras mudanças sociais, começou a surgir problemas nos códigos que

vislumbravam sobre o direito de família. Através dessas mudanças drásticas da população brasileira, o legislador não viu outra forma, senão modificar a estrutura familiar na Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, Constituição esta que vigora até os dias de hoje.

Sobe a nova roupagem que o Direito trouxe às famílias na Constituição de 1988, ensina Rodrigues (2004, p. 04):

A Constituição vigente, de 5 de outubro de 1988, deu maior amplitude ao conceito de família, abrangendo a família havida fora do casamento, com origem na união estável entre homem e a mulher, bem como aquela composta por um dos progenitores e sua descendência, ou seja, a família monoparental.

Para que se possa destacar grandiosa mudança, podemos ver como está expresso sobre a formação da família na Constituição de 1988 em seu artigo 226:

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

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

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

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

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

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Além da alteração no que diz respeito à formação do conceito de família, a Carta Magna de 1988, também trouxe outra mudança social muito importante, como podemos ver no § 5º do artigo 226, a partir de 1988, homem e mulher passaram a possuir os mesmos direitos e deveres perante a lei, no que concerne ao núcleo familiar. Até então, tal situação era impensável, abolir o pátrio poder, e igualar as condições entre os nubentes foi uma das maiores conquistas da mulher no direito brasileiro.

No entanto, com uma nova Constituição criada, com várias inovações, não só no referente à família, mas em diversas outras áreas do direito, o legislador brasileiro viu a necessidade de fazer modificações na legislação, desta forma, em 10 de janeiro de 2002, foi criada a Lei 10.406, o novo Código Civil brasileiro, que regulamenta em seu texto sobre normas inerentes a família a luz da Carta Magna de 1988. Sobre o novo Código Civil, que está vigente até hoje, ensina Rodrigues (2004, p. 04): “O legislador de 2002, mantendo a trilha do Código Civil de 1916, não

apresenta a definição de família, destinando suas regras à constituição e efeitos, agora na abrangência da Constituição de 1988.”.

Para ser criado o novo Código Civil brasileiro, bem como diversas Leis esparsas que regulamentam a família, foi necessária, através da Carta Magna de 1988, a criação de princípios para nortear e conduzir as novas Legislações, os principais princípios que regem a família, de acordo com Diniz (2006), é o Princípio da “ratio” do matrimônio e da união estável; Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros; Princípio da Igualdade jurídica de todos os filhos; Princípio do pluralismo familiar; Princípio da consagração do poder familiar; Princípio da liberdade; Princípio do respeito da dignidade da pessoa humana.

Por fim, faz-se necessário entendermos sobre o Princípio da Igualdade jurídica de Todos os filhos, pois este especialmente, é fundamental para o prosseguimento da presente monografia. Sobre esse princípio constitucional, discorre Diniz (2006, p. 21):

Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos (CF, art. 227, § 6º, e CC, arts. 1.596 a 1.629), consagrado pelo nosso direito positivo, que (a) nenhuma distinção faz entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, direitos, poder familiar, alimentos e sucessão; (b) permite o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento; (c) proíbe que se revele no assento do nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade e (d) veda designações discriminatórias relativas a filiação. De modo que a única diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio do reconhecimento; logo só se poderia falar em filho, didaticamente, matrimonial ou não matrimonial reconhecido e não reconhecido.

Este primeiro está sendo finalizado, nele foi possível observar como se deu a evolução histórica dos modelos familiares, bem como o surgimento das primeiras leis inerentes a família no Brasil, até chegarmos aos dias atuais. Com o conhecimento somado nessa primeira parte, será fundamental para o desenvolvimento dos próximos capítulos e ao final chegarmos ao objetivo desta, enriquecendo os estudos na área de família com mais exatidão e coerência.

3 O PROCESSO DE ADOÇÃO

Nesse segundo capítulo da presente monografia, assim como no capítulo anterior, foram realizadas pesquisas bibliográficas, a fim de somar conhecimento sobre a Adoção, objetivando nesse sentido, um conhecimento amplo sobre o conceito jurídico de tal instituto. Também será realizada uma pesquisa acerca do princípio da Afetividade, podendo então, posteriormente alcançar o objetivo geral das pesquisas, identificando se o princípio da afetividade é pressuposto fundamental para a formação legal de uma família, ou na hipótese de, mesmo existindo tal princípio na realidade do adotante e adotando, todos os procedimentos e requisitos legais de praxe deverão ser obedecidos.

Existem muitas definições para o termo “adoção”, Santos descreve como sendo um “[...] ato jurídico que estabelece entre duas pessoas relações civil de paternidade e de filiação”. (SANTOS, 1976, p. 53) Sílvio Rodrigues refere-se ao instituto como sendo “[...] o ato do adotante, que traz para sua família na condição de filho, pessoa que lhe é estranha”. (RODRIGUES, 1991, p. 38).

Anterior ao Código Civil de 2002, de acordo com Gonçalves (2010), existia três espécies de adoção. A primeira era a adoção simulada ou à brasileira, que surgira por meio da jurisprudência, quando o Supremo Tribunal Federal referiu-se a casais que registravam recém-nascidos, como se deles fossem, na intenção de os terem como filhos legítimos, proporcionando-os moradia, e não de forma forçada, mas, em comum acordo com a mãe biológica. Apesar de este fato remeter ao crime de falsidade ideológica, na esfera criminal, quem realizava esse tipo de adoção era absolvido, por não existir dolo específico. Atualmente, o Código Penal aduz que o Juiz não deverá atribuir pena a essa espécie de adoção. Já no âmbito cível, a jurisprudência entende que não deverá ser cancelado o registro de nascimento quando se tratar de adoção simulada.

Já, a adoção civil, também conhecida como adoção restrita, não fazia com que o adotado fosse exclusivamente da família que o adotou, mantendo laços com a sua família biológica, desta forma ensina Gonçalves (2010, p. 122):

A adoção civil era a tradicional, regulada no Código Civil de 1916, também chamada de restrita porque não integrava o menor totalmente na família do adotante, permanecendo o adotado ligado aos seus parentes consanguíneos, exceto no tocante ao poder

familiar, que passava para o adotante. Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente ficou limitada aos maiores de dezoito anos.

E por último, tinha-se a adoção estatutária, essa era prevista no Código Civil de 1916 para os menores de dezoito anos. Também conhecida como adoção plena, pois, segundo Gonçalves (2010, p.122), “promovia a absoluta integração do adotado na família do adotante, desligando-o completamente da sua de sangue, exceto no tocante aos impedimentos para o casamento”.

No ano de 2003, entrou em vigor o novo Código Civil, onde, segundo Coelho (2012), existem disposições que não são compatíveis com o que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, nesse momento começou a ser discutida a validade do Estatuto diante do novo Código. No entanto, a doutrina entendeu que o Código Civil não haveria de revogar o ECA, por não dispor de normas específicas, mas sim de normas de caráter geral.

No entanto, as discussões a respeito da validade do ECA só findou-se no ano de 2009, com a edição da Lei nº 12.010/2009, onde, de acordo com Coelho (2012, p. 181), foi revogada “as disposições específicas do Código Civil sobre a adoção, mantendo nesse diploma apenas remissões genéricas e supletivas ao ECA”, e ainda, em relação a essa lei, ensina Gonçalves (2010, p. 122 e 123):

No sistema da Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009, que dispõe sobre adoção e alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, o instituto da adoção compreende tanto a de crianças e adolescentes como a de maiores, exigindo procedimento judicial em ambos os casos (ECA, art. 47; CC, art. 1.619, com redação dada pela referida lei). Descabe, portanto, qualquer adjetivação, devendo a ambas serem chamadas simplesmente de “adoção”. Manteve-se a atribuição exclusiva do Juiz da Infância e da Juventude para conceder a adoção e observar os procedimentos previstos no mencionado Estatuto, no tocante aos menores de dezoito anos.

Então, decorridas todas as alterações e ajustes sobre a adoção, o dispositivo que regula tal instituto é a lei acima exposta. Ensina Gonçalves (2010), que a referida lei estabelece a criação de um cadastro nacional para facilitar o encontro de crianças e adolescentes aptos a serem adotadas, bem como estabelece prazos para que o processo de adoção seja mais rápido, respeitando assim princípios constitucionais sobre a dignidade da pessoa humana. A lei em vigência estabelece ao adotado o direito de conhecer, se assim desejar, sua origem biológica, bem como a todo o processo em que resultou na sua adoção.

No entanto, a adoção, não é uma medida, a ser abraçada em qualquer situação, devendo ao Estado sempre priorizar para que a criança ou o adolescente continue com sua família consanguínea, sobre a excepcionalidade da adoção, nos bem explica Coelho (2012, p.181):

A adoção é, no direito brasileiro, uma medida excepcional. Quando a situação da criança ou adolescente reclama intervenção do Estado, deve-se priorizar sua manutenção na família natural ou extensa. Apenas quando constatada a inviabilidade dessa medida, pode-se cogitar de adoção da criança ou adolescente por família substituta.

Neste sentido, Rodrigues (2002, p. 380) conceitua a adoção como “o ato do adotante, pelo qual o traz, para a sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha”.

Ainda, observando o ensinado por Coelho (2012), o ato da adoção desliga por completo os vínculos jurídicos do adotado com sua família natural ou extensa, conferindo a filiação do mesmo à pessoa do adotante, para todo e qualquer fim legal. Nesse sentido, nem sequer a morte do adotante implica na retomada da filiação a sua família biológica, que fora dissolvida pela adoção. Existe apenas um vínculo jurídico que permanece após o ato da adoção, entre o adotado e sua família biológica, sendo este o impedimento matrimonial, não podendo o adotado casar-se com sua antiga irmã, por exemplo.

Quanto à natureza jurídica da adoção, discorrida por Gonçalves (2010), a mesma é negócio bilateral e solene, no entanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, tal instituto ganhou roupagem de ato complexo, pois se exige sentença judicial, lembrando-se sempre da necessidade expressa da vontade e o nítido caráter institucional.

De acordo com Coelho (2012), existem cinco requisitos para que se cogite em buscar o instituto da adoção. O primeiro é a inviabilidade da manutenção na família natural ou extensa; a segunda é vantagens para o adotado e legitimidade dos motivos do adotante; a terceira é o consentimento dos pais do adotando e, sendo adolescente, também o dele; o quarto requisito é sentença deferindo a adoção, proferida em processo judicial, após o obrigatório estágio de convivência do requerente e o menor; e o último é a capacidade e legitimidade do adotante.

Além disso, conforme Nader (2016) o requisito fundamental para a efetivação da adoção é que o adotante possa oferecer a criança ou o adolescente, as condições necessárias ao desenvolvimento pleno, tanto no âmbito material,

quanto no âmbito moral. Essa ideia está consagrada no artigo 1.625 do Código Civil, disposto da seguinte forma: “Art. 1.625. Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando.”. Desse modo, essa disposição nos remete a ideia do melhor interesse para a criança, que se aplica inclusive aos maiores. Posto isto, além do adotante possuir condições econômicas, que permitam proporcionar ao filho adotivo a devida assistência, o mesmo deve ser pessoa de boa índole, capaz de condicionar ao adotando um lar estruturado, que o proporcionará equilíbrio emocional para uma vida saudável.

Quanto à diferença de idade do adotante para o adotado, o Código Civil dispõe que deva ser no mínimo de dezesseis anos, por questões óbvias, como a experiência de vida, o adotante deve ser capaz de orientar o adotado, por outro lado, a busca pela autoridade moral que o pai deve ter sobre o filho, entre outros pontos. Sobre essa idade preconiza Nader (2016, p.368):

Exige o Estatuto da Criança e do Adolescente, pelo art. 42, § 3º, que a idade do adotante seja superior dezesseis anos, pelo menos, à do adotado. Tal exigência se explica sob vários aspectos. O requisito constava do art. 1.619 do Código Civil, que ganhou nova redação, passando a regular a adoção de maiores de 18 anos, ex vi do art. 4º da Lei nº 12.010/09.

Ainda, conforme disposto no artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tratando-se de adotando criança ou adolescente, o vínculo será obrigatoriamente antecedido de estágio de convivência, isto nada mais é que um período de adaptação recíproca e necessário à confirmação do interesse das partes.

Visto todos esses requisitos doutrinários e legais necessários para concretizar-se a adoção, observar-se-á agora o que dispõe o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através de seu portal na internet, onde, nesta página, encontra-se o Cadastro Nacional de Adoção (CNA), sobre esse cadastro discorre (CNJ, 2018):

O CNA é um sistema de informações, hospedado nos servidores do CNJ, que consolida os dados de todas as Varas da Infância e da Juventude referentes a crianças e adolescentes em condições de serem adotados e a pretendentes habilitados à adoção. Ao centralizar e cruzar informações, o sistema permite a aproximação entre crianças que aguardam por uma família em abrigos brasileiros e pessoas de todos os Estados que tentam uma adoção.

Desta forma, nota-se que o CNA objetiva reduzir a burocracia do processo e proporciona uma facilitação entre a criança ou adolescente que necessita ser adotada, com aquele em que tenha a pretensão de adotar, pois uma

pessoa considerada apta à adoção em sua comarca ficará habilitada a adotar em qualquer outro lugar do país.

Temos ainda no (CNJ, 2018), os requisitos e os procedimentos necessários para cadastrarem no CNA, e adentrar ao processo de adoção. O primeiro passo da adoção é o querer; segundo o site, quando se decide adotar, a pessoa deverá procurar a Vara da Infância e Juventude de seu município, possuindo a idade mínima para a habilitação de dezoito anos, respeitando a diferença legal de dezesseis anos entre adotante e adotado, e providenciar os seguintes documentos: “identidade; CPF; certidão de casamento ou nascimento; comprovante de residência; comprovante de rendimentos ou declaração equivalente; atestado ou declaração médica de sanidade física e mental; certidões cível e criminal.”.

Segundo o (CNJ, 2018), o segundo passo é dar a entrada; neste momento será preciso ser feito uma petição, por um defensor público ou advogado particular, que deverá ser protocolada na vara da Infância e Juventude do respectivo município. A petição sendo aprovada, o nome do requerente passará a constar no cadastro local e nacional dos apitos a adotar.

O terceiro passo é o curso e a avaliação, sobre esse passo discorre o (CNJ, 2018):

O curso de preparação psicossocial e jurídica para adoção é obrigatório. Na 1ª Vara de Infância do DF, o curso tem duração de 2 meses, com aulas semanais. Após comprovada a participação no curso, o candidato é submetido à avaliação psicossocial com entrevistas e visita domiciliar feitas pela equipe técnica Inter profissional. Algumas comarcas avaliam a situação socioeconômica, e psicoemocional dos futuros pais adotivos, apenas com as entrevistas e visitas. O resultado dessa avaliação será encaminhado ao Ministério Público e ao juiz da Vara de Infância.

O quarto passo vem nos dizer a respeito do estado civil da pessoa que pode adotar, não são apenas os casados que possuem esse direito, mas também os solteiros, viúvos, conviventes em união estável. Quanto à adoção por casais homoafetivos, ainda não está regulada por lei, no entanto, alguns juízes já decidiram favorável à adoção.

O quinto passo acontecerá durante a entrevista técnica, onde será observado o perfil; nesse momento, o pretendente deverá descrever as características da criança ou adolescente que deseja adotar, podendo ele escolher o sexo, o estado de saúde, faixa etária, os irmãos onde neste caso a lei prevê que eles não sejam separados no ato da adoção.

O sexto passo é a concessão do Certificado de habilitação; segundo o (CNJ, 2018), o juiz dará uma sentença com fundamento no laudo da equipe técnica judicial e também com o parecer emitido pelo Ministério Público. Caso essa sentença seja favorável, o nome será automaticamente inserido nos Cadastros, e terá a validade de dois anos em todo território nacional.

O próximo passo é a aprovação; como já dito acima, após a sentença, a pessoa que requereu está automaticamente na fila de adoção, e deverá aguardar surgir uma criança ou adolescente com as características que ele descreveu anteriormente na entrevista técnica. A adoção sempre respeitará a ordem cronológica da solicitação e da aprovação do pedido.

O oitavo passo do processo é a escolha da criança; nesse sentido escreve o (CNJ, 2018) da seguinte forma:

A Vara de Infância vai avisá-lo que existe uma criança com o perfil compatível ao indicado por você. O histórico de vida da criança é apresentado ao adotante; se houver interesse, ambos são apresentados. A criança também será entrevistada após o encontro e dirá se quer ou não continuar com o processo. Durante esse estágio de convivência monitorado pela Justiça e pela equipe técnica, é permitido visitar o abrigo onde ela mora; dar pequenos passeios para que vocês se aproximem e se conheçam melhor. Esqueça a ideia de visitar um abrigo e escolher a partir daquelas crianças o seu filho. Essa prática já não é mais utilizada para evitar que as crianças se sintam como objetos em exposição, sem contar que a maioria delas não está disponível para adoção.

O próximo passo é conhecer o futuro filho; caso durante o estágio de convivência, citado no passo anterior, ocorra tudo bem, o pretendente a adotar poderá ajuizar a ação de adoção, neste momento o pretendente receberá a guarda provisória do adotando, que passará a morar com ele, essa guarda valerá até a sentença final do processo. Nesse período, a equipe técnica continuará fazendo visitas à residência para poder realizar um relatório conclusivo, que será apresentado ao Juiz.

E, finalmente, o último passo, conforme o (CNJ, 2018), é a nova família; ao final de todos esses processos, o juiz irá proferir a sentença de adoção e determinar a lavratura do novo registro de nascimento, constando neste o novo sobrenome do adotado. A partir desse momento, nada da nova relação de filiação adotiva se difere da filiação biológica, surgindo todos os direitos relacionados à família.

Realizadas essas pesquisas, nota-se a burocracia que existe para a formação das famílias adotivas, levando a alguns processos de adoção a perdurarem por vários anos. No entanto, em muitos casos, tanto os adotantes quanto os adotados, já possuem uma relação familiar muito forte, onde muitas vezes todo esse processo burocrático poderia ser amenizado para a regularização formal daquela família, pois os laços afetivos estão presentes como se aquela criança ou adolescente houvesse nascido naquela família.

Vejam os a frente então, como é vista a afetividade em relação à formação familiar.

3.1 DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Para que se possa entender o modo em que as ciências jurídicas tratam o conceito de família, é necessário ter em mente que não existe um modelo familiar brasileiro específico, como existia em outras épocas na história do Brasil e da humanidade, muito pelo contrário, está cada vez mais difícil contabilizar os modelos familiares existentes; nesse sentido, discorre Coelho (2012, p. 20):

Não se consegue identificar uma estrutura única de família. Concentrada a atenção apenas no ambiente urbano, podem-se dividir os mais variados tipos: há os núcleos compostos pelo esposo, esposa e filhos biológicos; o viúvo ou viúva e seus filhos, biológicos ou adotivos; pai ou mãe divorciada e seus filhos, biológicos ou adotivos; esposo, esposa e os filhos deles de casamentos anteriores; esposo, esposa e o filho biológico de um deles havido fora do casamento; esposo, esposa e filho adotivo; casais não casados, com ou sem filhos; pessoas do mesmo sexo, com ou sem filhos, biológicos ou adotivos, de um deles ou de cada um deles; a homossexual e o filho da companheira falecida; avó e neto; irmãs solteiras que vivem juntas etc.

Posto isto, nota-se que laços biológicos não são requisitos para a formação da família, nascendo para o direito, que sempre deve estar em consonância com as mudanças sociais, o princípio da Afetividade. Com o surgimento de tal princípio, nasce à filiação socioafetiva, que se constitui, segundo Coelho (2012), pela convivência familiar entre um adulto, figurando um dois pais e uma criança ou adolescente, sendo a figura do filho. Ou seja, se um homem, não sendo genitor da criança ou adolescente, trata-o como se seu filho fosse

proporcionando-a moradia, alimentação, afeto, entre outros cuidados, tornar-se-á pai dela, bem como a mulher tornar-se-á mãe.

Na doutrina brasileira, conforme Tartuce (2012), está cada vez mais comum, ouvir que o afeto tem valor jurídico e, alguns doutrinadores ainda vão mais longe, e afirmam que o afeto ganhou condições de princípio geral. Todavia, é necessário se fazer ponderações conceituais, e deixar claro que o conceito de afeto não se confunde necessariamente com o amor, desta forma Tartuce (2012, p. 01) discorre que o “afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as cargas estão presentes nas relações familiares.”.

Apesar de divergências e polemicas doutrinarias sobre o afeto, observam-se, por meio de doutrinas, jurisprudências e até mesmo legislações, no que tange as ciências jurídicas, a existência da afetividade nas relações familiares, não restando dúvida alguma sobre sua existência quanto a princípio jurídico. Desta forma aponta Calderón (2011, p. 204):

Parece possível sustentar que o Direito deve laborar com a afetividade e que sua atual consistência indica que se constitui em princípio no sistema jurídico brasileiro. A solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este relevante aspecto dos relacionamentos. A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento.

Dada essas informais anteriores, Tartuce (2012) ensina que, fica cristalino no ordenamento jurídico a tendência dos legisladores e doutrinadores a determinarem que a afetividade seja de fato um princípio do sistema jurídico brasileiro, apesar de não conter de forma expressa na Constituição Federal. Desta forma, sabe-se que os princípios jurídicos, conforme disposto por Tartuce (2012, p. 02), “são concebidos como abstrações realizadas pelos intérpretes, a partir das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais”, gerando eles, consequências que interferem diretamente em toda a sociedade, por modelar todo o ordenamento. Dentro dessa ideia, é evidente que a afetividade gera uma nova forma de pensar em relação às famílias brasileiras, podendo claramente ser tratada como princípio.

Nesse sentido, a afetividade começou a ser analisada não apenas nas ciências sócias e psicológicas, mas também nas ciências jurídicas, onde o Estado

sentiu-se na necessidade de tutelar as famílias, sob a ótica de princípios constitucionais, como o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio do Melhor Interesse da Criança, entre outros. Nessa perspectiva, aduz Souza (2013, p. 14 e 15):

A afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social. Os laços de afeto ganharam tamanha importância na prática do direito de família que acabam sendo mais relevantes até do que os laços de sangue, que devem prevalecer quando houver conflito biológico, exceto se o princípio da dignidade da pessoa humana ou o do melhor interesse da criança mostrarem outra indicação.

Ainda observando o ensinamento por Souza (2013), a solidariedade é a base para se encontrar o modelo de família contemporânea. Isso se baseia no disposto no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal, que está expresso da seguinte forma: “art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”. Desta forma, na busca de uma sociedade mais solidária, foi incluído à família o princípio da afetividade, buscando o fim do individualismo, abrindo portas para o afeto, o amor, a necessidade de ajudar e ser ajudado.

Dada todas essas mudanças, a matéria referente à família no ordenamento jurídico brasileiro, foi ficando cada vez mais ultrapassada, dando espaço para a Constituição Federal de 1988, nela, segundo Calderón (2013), iniciou-se o reconhecimento legal da afetividade, não de forma explícita, mas podendo ser observada implicitamente em diversas disposições, estando suas caracterizações espalhadas por todo o conteúdo direcionado ao direito de família. No entanto, o Código Civil de 2002 tratou a afetividade de forma mais pontual. A legislação esparsa também, como, por exemplo, a Lei nº 12.010/2009, deixando cada vez mais clara a relevância do princípio, de forma expressa nos textos de lei.

No Código Civil Brasileiro, podemos identificar facilmente os artigos que remetem ao princípio da afetividade na filiação. Por exemplo, o artigo 1.593 deixa evidente o apelo do legislador pela busca da igualdade, seja qual for à origem da filiação, será reconhecida e digna. Já o artigo 1.596, que reafirma e reproduz o artigo 227, § 6º da Constituição Federal, dispõe da seguinte forma: “art. 1.596- Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à

filiação.” Desta forma, foi deixado de lado qualquer tipo de distinção que possa existir para com os filhos afetivos. (SOUZA, 2013).

Com a inclusão da afetividade nas diversas legislações, as jurisprudências a respeito do tema começaram a surgir, passando a serem fundamentais para o desenvolvimento do princípio, dessa forma discorre Calderón (2013, p. 03 e 04):

A jurisprudência teve papel fundamental nessa construção, pois os tribunais há muito fazem remissões à socioafetividade como suficiente vínculo parental. Atualmente, a extensão conferida à afetividade tem contribuído para outras leituras de diversos temas do direito de família (definição de entidade familiar, parentesco, guarda, adoção, alienação parental, etc.). Até mesmo os Tribunais Superiores têm tratado da afetividade em várias decisões judiciais, demonstrando sua acolhida quando do acerto de casos concretos.

Tendo em vista o papel fundamental da jurisprudência, observemos a seguir uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que tem como base de sua fundamentação o afeto, salientando a extrema importância da abordagem deste princípio para que se torne possível à solução de conflitos no que tange às famílias brasileiras. Vejamos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de

origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

O voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi busca determinar se o abandono afetivo da recorrida constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável. Seu posicionamento tem como base a frase, de sua autoria, citada durante a construção de seu voto: “Amar é faculdade, cuidar é dever.”. A falta de interesse do pai em reconhecer a paternidade também causou traumas à recorrida. No entanto, o intuito central da supracitada ementa para os estudos aqui realizados, é vermos o impacto do princípio da afetividade em meio ao direito brasileiro, sendo critério de formação familiar, chegando a ser arguido até nos tribunais superiores do país. (SOUZA, 2013).

3.2 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Primeiramente, convém colocar que o princípio do melhor interesse do menor prima de maneira absoluta para que seja assegurado a eles o direito “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito e à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, conforme preceituam a Carta Magna, em seu artigo 227 e o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 4º:

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.

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

Conceituando, Amin (2013, p. 68), expõe o seguinte:

Sua origem histórica está no instituto protetivo do *parens patrie* do direito anglo-saxônico, pelo qual o estado outorgava para si a guarda dos indivíduos juridicamente limitados - menores e loucos. Segundo Tânia da Silveira Pereira, no século XVIII o instituto foi cindido separando-se a proteção infantil da do louco, e, em 1836, o princípio do melhor interesse foi oficializado pelo sistema jurídico inglês. Com sua importância reconhecida, o *best interest* foi adotado pela comunidade internacional na Declaração dos Direitos da Criança, em 1959. Por esse motivo já se encontrava presente no art. 5º do Código de Menores, ainda que sob a égide da doutrina da situação irregular. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que adotou a doutrina da proteção integral, reconhecendo direitos fundamentais para a infância e adolescência, incorporada pelo art. 227 da CF e pela legislação estatutária infanto-juvenil, mudou o paradigma do princípio do melhor interesse da criança. Na vigência do Código de Menores, a aplicação do melhor interesse limitava-se a crianças e adolescentes em situação irregular. Agora, com a adoção da doutrina da proteção integral, a aplicação do referido princípio ganhou amplitude, aplicando-se a todo público infanto-juvenil, inclusive e principalmente nos litígios de natureza familiar.

No mesmo sentido, Lôbo (2012, p. 75):

O princípio do melhor interesse do menor significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.

O princípio do melhor interesse do menor abrange todas as relações jurídicas que envolvam crianças e adolescentes, conferindo-lhes plena proteção e preservando seus direitos, de modo que se encontra intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, disposto na Constituição Federal.

Assim, qualquer decisão que inclua menores de idade, deve ser tomada respeitando o princípio do melhor interesse do menor e não o de seus pais ou responsáveis legais, como anteriormente era verificado.

Este segundo capítulo está sendo finalizado, nele foi possível somar conhecimento sobre o instituto da adoção sobre o prisma do direito brasileiro, sendo observados seus pressupostos, suas características principais, e a legislação que regula tal instituto. Foi possível também, vislumbrar sobre o princípio da afetividade à luz da ciência jurídica brasileira, ainda, foi observado como tal princípio norteia as relações familiares, retirando os laços biológicos como único requisito de formação familiar. E por fim, foi vislumbrado sobre o princípio do melhor interesse do menor.

Com o conhecimento adquirido nessa segunda parte, será fundamental para desenrolá-lo do próximo capítulo, para que ao final possamos chegar ao objetivo desta, enriquecendo os estudos na área de família com mais exatidão e coerência.

4 REQUISITOS FORMAIS E MATERIAIS PARA A ADOÇÃO E A FLEXIBILIZAÇÃO DIANTE DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Nesse terceiro e último capítulo foram realizadas pesquisas bibliográficas, sobre os requisitos formais e matérias da adoção, e a acerca da flexibilização da justiça brasileira em relação aos processos de adoção em que existam o princípio da afetividade comprovado de fato e, ainda, a respeito da chamada adoção *intuitu personae*.

O intuito foi identificar se o princípio da afetividade é pressuposto fundamental para a formação legal de uma família, ou na hipótese de, mesmo existindo tal princípio na realidade do adotante e adotando, todos os procedimentos e requisitos legais de praxe deverão ser obedecidos rigorosamente. Para tanto, foi realizado estudo de caso concreto a partir da aplicação de questionário à uma adotante do município de Rubiataba-GO acerca do processo de adoção de seu filho e das peculiaridades do seu caso.

4.1 OS REQUISITOS PARA A EFETIVAÇÃO DA ADOÇÃO

A adoção é efetiva quando se cumpre determinados requisitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Gonçalves (2013, p. 389) menciona as principais condições exigidas pela lei, conforme se vê a seguir:

- a) a idade mínima de 18 anos para o adotante (ECA, art. 42, caput);
- b) diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado (art. 42, § 3º);
- c) consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar;
- d) concordância deste, se contar com mais de 12 anos (art. 28, § 2º);
- e) processo judicial (art. 47, caput);
- f) efetivo benefício para o adotando (art. 43).

Determina o artigo 42, caput, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a partir da nova redação dada pela Lei n. 12.010/2009, a exigência da idade mínima para o pretendente à adoção, a maioridade civil, independentemente de estado civil.

Em se tratando de pretendentes à adoção, divorciados ou separados judicialmente, a lei prevê três exceções: a primeira que tenham estabelecido acordo com relação à guarda e regime de visitas; a segunda, diz respeito à necessidade de

que o estágio de convivência tenha se iniciado na constância do matrimônio, conforme artigo 42, § 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente; e a terceira é a de que haja comprovação da existência de vínculos de afinidade e afetividade com o adotante não detentor da guarda.

Segundo o artigo 42, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, além do limite referente à maioridade civil, a legislação estabelece a diferença de idade de, no mínimo, dezesseis anos entre o adotante e o adotado, a fim de conferir cunho biológico à família civil que está sendo constituída, ressalta Marques (2009).

Nesse sentido, menciona Bordallo (2010), que a explicação para tal exigência reside no fato de que a diferença de dezesseis anos entre adotante e adotando evitará que se confundam os limites que há entre o amor essencialmente filial e paterno em relação àquele, entre homem e mulher, onde a atração física pode ser preponderante, com vistas ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Em se tratando de adotantes casados, basta que apenas um dos cônjuges ou conviventes, tenha a diferença mínima de dezesseis anos com relação ao adotando, bem como, afirma Dias (2013, p. 500), que “a regra admite flexibilização, principalmente quando o pedido de adoção é antecedido de período de convívio por lapso de tempo que permitiu a constituição da filiação afetiva”. Outro requisito consiste no imprescindível consentimento dos pais ou representante legal do adotando.

No entanto, como aludido no § 1º do artigo 45, a concordância será dispensada, caso os pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. A esse respeito, Granato (2014, p. 78) acrescenta que:

De fato, se os pais não concordam com a adoção, mas, ao mesmo tempo, não cumprem com o seu dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, são passíveis de ter, o poder familiar cassado; em procedimento contraditório e, então, se dispensará o seu consentimento, nos exatos termos do parágrafo primeiro do art. 45.

Dias (2013, p. 502) delibera pela relativização da necessidade de consentimento nos casos de filiação afetiva ou de recusa injustificada dos genitores em consentir com a adoção:

Descabida a indispensabilidade da expressa manifestação dos pais registrais para a adoção, quando já existe o vínculo de filiação afetiva. Estando o adotando convivendo com os adotantes, nada justifica exigir a concordância dos genitores. De qualquer modo, a eventual recusa de qualquer dos genitores precisa ser justificada.

Cabe figurar o exemplo de o genitor não conviver com o filho, que cria forte vínculo com o padrasto. Assim, é desarrazoado impedir a adoção pela falta de concordância do genitor, até porque sua postura enseja, inclusive, a perda do poder familiar (CC 1.638 II).

Se o adotando é maior de doze anos de idade, exige-se a sua anuência no tocante à adoção. Granato (2014) destaca que é razoável que se procure obter a adesão da vontade do adolescente ao integrá-lo em uma nova família, já que seria muito difícil sua convivência ali, se não estivesse ele satisfeito com a nova situação.

De qualquer forma, é necessária a intervenção judicial, uma vez que a adoção somente se consolida em processo judicial, tendo a participação efetiva do Ministério Público. Ao se tratar das reais vantagens ou essencial benefício para o adotando, ressalta-se que a aplicação do princípio do melhor interesse é notadamente subjetiva, e para tanto, Bordallo (2010, p. 240) destaca de que modo é possível apurá-los:

Estas vantagens devem ser aferidas no âmbito do afeto, que deve ser tratado como um valor jurídico. O adotando vem de uma situação de rejeição por parte de seus genitores, não devendo ser submetido a novos momentos traumáticos. Logo, deve ser buscado pelas equipes Inter profissionais se os adotantes detêm as condições necessárias a dar ao adotando um lar estável onde possa ser acolhido e amado. Esta a única e real vantagem que a adoção deve trazer ao adotando, uma família que o ame, não se devendo ter em plano principal a questão patrimonial. Este ponto não deve ser ignorado pelo juiz, promotor de justiça e equipe Inter profissional, mas não deve ser o norte para se verificar se a família substituta será um porto seguro para o adotando.

Salienta-se aqui, que é fundamental a tentativa de transparecer uma relação harmônica entre pais e filhos biológicos, de modo a propiciar o melhor interesse do menor adotando. Em entendimento doutrinário, têm-se, ainda, como requisitos para a adoção, o estágio de convivência, a proibição de adoção por parentes próximos e o cadastramento. Com previsão no artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o estágio de convivência, contarão com prazo fixado pelo magistrado, observado as particularidades de cada caso.

Este requisito tem a finalidade de analisar a adaptação entre adotante e adotando, sendo acompanhado por equipe Inter profissional do juízo, conforme estatui o § 4º do artigo 46. Desta forma, foi possível observar a existência desse acompanhamento no processo de adoção em que a entrevistada esteve inserida, pois quando foi questionada sobre se a existência do afeto interferiu em seu

processo de adoção ela respondeu da seguinte forma: “Há interferência sim, pois a cada visita que tivemos, tais como: conselho tutelar, psicóloga e assistente social, percebemos que é fundamental a presença de afeto em todo o processo.”.

Em se tratando de estágio de convivência, Granato (2014) assegura que esse estágio é um período experimental em que o adotando convive com os adotantes, com a finalidade precípua de se avaliar a adaptação daquele à família substituta, bem como a compatibilidade desta, com a adoção.

Ainda com relação ao estágio de convivência, o § 1º do artigo 46 pressupõe uma única hipótese de dispensa, que se dá quando, por ventura, o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo. Já o § 2º do referido artigo ressalta que a guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência.

Em se tratando da proibição de adoção por parentes próximos, o artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente traz como aspecto a ser priorizado, a idade mínima para o adotante, fixada em 18 anos, independente do estado civil. O mesmo dispositivo legal, em seu § 1º impõe o impedimento de adoção por ascendentes e irmãos do adotando.

A esse respeito, segundo Bordallo (2010), o § 1º do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que é vedado o processo de adoção por ascendentes e irmãos do adotando, tratando-se de impedimento total, uma vez que o vínculo jurídico do parentesco persistirá, não é finito. Outro aspecto igualmente priorizado, previsto no artigo 41 do mesmo Estatuto, é a impossibilidade de distinção de direitos entre filhos naturais e adotados, uma vez que a adoção confere ao adotado condição de filho, passível de direitos e deveres, inclusive sucessórios.

Por fim, tem-se o cadastramento. Muito embora o Estatuto da Criança e do Adolescente já sugerisse a obrigatoriedade de um cadastro de interessados em adotar e outro, de adotáveis, a Lei nº 12.010/2009 tornou imprescindível à inscrição dos pretendentes à adoção em cadastro por comarca ou foro regional, exceto nos casos previstos no § 13 do artigo 50, que serão delineados em item específico. Deste modo, o cadastro prévio dos adotantes é pressuposto legal indispensável, e, nas palavras de Granato (2014), a finalidade precípua é possibilitar o encontro entre pessoas interessadas em adotar, com crianças e adolescentes que possam ser

adotados, a fim de que se concretizem adoções que, na inexistência do cadastro, não ocorreriam.

O intercâmbio de informações, formando uma rede nacional de dados entre os Estados objetiva potencializar o número de adoções. Tal pressuposto correlaciona-se com a importância da concepção do mencionado requisito como garantidor do melhor interesse da criança e do adolescente.

4.2 A FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO COM A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

As possíveis adoções por meios afetivos são passíveis de interpretação e, nesse caso, são subjetivas, ainda que devam ser orientadas pela legislação, pelos princípios constitucionais, que não têm a especificidade das regras e, por isso, pode-se dizer que são temas da Filosofia do Direito. E como tais, os princípios têm interpretação efetivada pelos operadores do direito, que fazem reflexão sobre como se dará sua aplicação, aproximando do que preceitua a lei, a fim de evitar que a vagueza do princípio resvale no arbítrio judicial.

Não devem e nem podem aqueles que atuam nos interesses de crianças e adolescentes, agirem de maneira contrária senão àquela que norteia todo o complexo de atos que os envolvem. Gomes (2012) assevera que exigir dos interessados em adotar, meios burocráticos como o Cadastro Nacional de Adotantes, que nada, ou quase isso, influencie no bem-estar da criança e do adolescente, é agir contra o princípio norteador e garantidor do melhor interesse destes.

E, ainda, conforme Dias (2009), deve-se evitar, de fato, que o que é um simples mecanismo, um instrumento agilizador de procedimentos transforme-se em um fim em si mesmo, gerando, ou melhor, transformando-se em fator inibitório e limitativo da adoção. A adoção é um ato de solidariedade e deveria percorrer um caminho simples sem burocracia, que acontecesse da forma mais ágil possível, e considerasse que a adoção *Intuitu Personae* é adoção primeiramente afetiva e, posteriormente legal. Daí dizer que deveria ter, aos olhos do julgador, análise que levasse sempre em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente.

Em um julgamento ocorrido no ano de 2007, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) determinou a devolução de uma criança de um ano e três meses a um casal de Minas Gerais que havia perdido sua guarda para outro casal inscrito na lista do cadastro de adoção. A Terceira Turma reconheceu que o menor já havia formado vínculo afetivo anterior, razão pelo qual esse deveria ser o critério de aferição.

Noutro caso, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO) reformou sentença para conceder a guarda provisória de uma menor a um casal que não estava em primeiro lugar na fila de adoção. O relator teve acatado por unanimidade pelo colegiado o seu voto, o qual considerou a relação já existente entre as partes – a família visitava a criança regularmente no abrigo e a levava para casa em fins de semana, recessos e feriados.

O relator endossou que a quebra abrupta do vínculo afetivo seria prejudicial a menor e ao casal. “Não se mostra recomendável o afastamento dos adotantes, vez que já foi estabelecido entre o casal e a menor um sentimento de apego, carinho, amor e confiança”.

Assim, resta demonstrado que há casos em que os Tribunais aceitam o embasamento principiológico na afetividade e no melhor interesse do menor, em benefício do adotando a fim de ir de encontro com o estabelecido na legislação no que concerne o processo de adoção, conforme visto.

4.3 ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

O menor passou a ser reconhecido como sujeito de direitos fundamentais a partir da implementação da Doutrina da Proteção Integral, protegido integralmente pela Constituição de 1988, principalmente no artigo 227, parágrafo 3º.

Tal proteção encontra-se presente, também, na Lei Nacional de Adoção que contempla tanto a criança, quanto o adolescente como sujeitos de direitos, dignos de proteção integral e prioritária, prevalecendo seu melhor interesse.

Desta maneira, subtende-se que a colocação do menor em família substituta tem o desígnio de trazer reais benefícios ao indivíduo, de modo que a convivência familiar possa garantir seu bem-estar e desenvolvimento saudável. Nesse sentido, expõe Dias (2014, p. 522):

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).

Contextualizando, a adoção *intuitu personae* ou adoção consensual, aquela em que os pais biológicos interferem diretamente na adoção, indicando previamente a família substituta que irá acolher a criança ou o adolescente. Como definido por Souza (2009, p. 129): é a modalidade de adoção em que os pais do adotando escolhem os adotantes.

Noutras palavras, Kusano (2011, p.151) define o instituto:

A adoção *intuitu personae* é aquela em que a mãe (também o pai, se for conhecido), estando no exercício do poder familiar, manifesta a vontade de disponibilizar o filho à adoção e indica pessoa determinada para ser o adotante, antes que o indicado tenha convivido com o adotando. [...] caracteriza-se adoção *intuitu personae* porque a adoção é direcionada a um adotando específico, com intenção a pessoa determinada que não seja parente do adotando, cônjuge ou companheiro da progenitora. E é só este caso que se enquadra a adoção *intuitu personae*. [...] não se trata de regularizar situação fática anterior, desnecessário que o indicado esteja previamente inscrito no cadastro de adotantes; embora deva ser submetido, antes da pronúncia de adoção, à avaliação psicossocial por equipe interdisciplinar, a fim de assegurar efetivo atendimento dos interesses prioritários do adotando. Ressalte-se que a adoção *intuitu personae* tem cabimento apenas na adoção nacional. [...]

Assim, entende-se que a adoção *intuitu personae* é aquela que ocorre quando os próprios pais biológicos escolhem a pessoa que irá adotar seu filho. Essa modalidade de adoção não é expressamente autorizada no atual ordenamento jurídico, de modo que não existem normas que a disciplinem.

Em que pese à inexistência de previsão legal para esta modalidade de adoção, há quem sustente que ela é possível, uma vez que também não é vedada. Nesse sentido, Dias (2013, p. 524):

E nada, absolutamente nada impede que a mãe escolha quem sejam os pais de seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos um casal de amigos que têm uma maneira de ver a vida, uma retidão de caráter que a mãe acha que seriam os pais ideais para o seu filho. É o que se chama de adoção *intuitu*

personae, que não está prevista na lei, mas também não é vedada. A omissão do legislador em sede de adoção não significa que não existe tal possibilidade. Ao contrário, basta lembrar que a lei assegura aos pais o direito de nomear tutor a seu filho (CC, art. 1.729). E, se há a possibilidade de eleger quem vai ficar com o filho depois da morte, não se justifica negar o direito de escolha a quem dar em adoção.

No julgamento do AgRg na MC 15.097-MG o Superior Tribunal de Justiça decidiu da seguinte maneira:

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

Entretanto, o Poder Judiciário brasileiro não admite de forma unânime esta modalidade de adoção por não observar o cadastro nacional de adotantes, além do fato de que os genitores escolhem aqueles que poderão adotar seus filhos. Tais questões causam problemas jurídicos já que deve ser observado o princípio do melhor interesse do menor, estabelecido pelo artigo 227 da Constituição Federal. Neste sentido, Marques e Zaparoli (2014, p. 5):

Entendem os tribunais que é o interesse do adotando que deverá prevalecer. Somente quando ficar realmente demonstrado que os interessados em adotar, apesar de não estarem previamente cadastrados, preenchem os demais requisitos impostos pela lei e têm totais condições de oferecer o melhor para o adotando é que haverá o deferimento da adoção.

Observa-se ainda a questão discutida por Bordallo (2013, p. 294):

Quando tivermos hipóteses de adoção intuitu personae onde ficar claro que os adotantes não compraram a criança e não cometeram nenhum crime, estes devem ter a permissão de adotar, pelo bem da criança, mesmo que não estejam cadastrados. Caso contrário, a criança deverá, ser deles retirada e ser entregue àquele que estiver em primeiro lugar no cadastro. Cada caso deve ser analisado de per si e verificado qual a interpretação que se dará, atendendo-se o melhor interesse da criança e do adolescente e não ao melhor interesse do cadastro (...). Há que se afastar a ideia de que todas as pessoas que recebem as crianças diretamente de seus pais biológicos a compraram. A grande maioria dessas pessoas recebe diretamente as crianças de seus pais biológicos porque foram eles escolhidos, escolha que os pais biológicos podem fazer, eis que não há nenhuma vedação legal a tal coisa, e, se escolhem a família

substituta para onde seu filho vai, estão realizando esta escolha dentro do permitido pelo poder familiar que exercem. Isso deve ser respeitado.

A consideração e a priorização da escolha dos genitores devem ser levadas em conta, desde que os pretendentes à adoção, indicados, demonstrem capacidade de prover as condições básicas do adotando, conforme dispõe Santos (2001, p. 202):

[...] partir do princípio de que a genitora que abre mão do filho, independentemente das suas razões e do seu sofrimento, tem suprimido automaticamente o direito de escolha sobre quem poderá lhe substituir na vida do filho que gestou durante nove meses, significa adotar-se uma visão moralista do seu ato, partindo-se neste caso uma concepção de mundo que não leva em conta o contexto sócio histórico e as suas determinações sobre as condições de vida e escolhas dos indivíduos. É reduzir a leitura da realidade à esfera individualmente e moralizante o que possibilita julgar negativamente essa mãe e excluir da sua vida mais um, e último, direito em relação ao ser que gerou. Ora, se partirmos de outra perspectiva de análise que contemple as múltiplas determinações sócio históricas e culturais, assim como as inter-relações entre o universo objetivo e subjetivo dessa mãe que abre mão do seu filho, certamente teremos outra postura e poderemos adotar do ponto de vista técnico uma conduta de apoio e que seja facilitadora do processo, excluindo dele a culpa, o constrangimento, o julgamento moral reducionista e que a primeira perspectiva certamente contempla.

Assim, a jurisprudência brasileira recepciona a escolha dos genitores quanto aos pais sócioafetivos de seus filhos em algumas decisões, consagrando o respeito à vontade dos pais biológicos, embasados na primazia ao melhor interesse do menor:

AGRAVO REGIMENTAL - MEDIDA CAUTELAR - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS, COM O QUAL FICOU DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - APARÊNCIA DE BOM DIREITO - OCORRÊNCIA - ENTREGA DA MENOR PARA OUTRO CASAL CADASTRADO - PERICULUM IN MORA - VERIFICAÇÃO - RECURSO IMPROVIDO. Apelação Cível. Adoção. Tendo a genitora da menor entregue sua filha em adoção a um casal determinado (Adoção Intuitu Personae), não se pode desconsiderar tal vontade, em razão da existência de listagem de casais cadastrados para adotar. A lista serve para organizar a ordem de preferência na adoção de crianças e adolescentes, não podendo ser mais importante que o ato da adoção em si. Desproveram. Unânime.

Insta salientar que tal decisão passará pelo crivo do Judiciário a fim de que seja legítima, analisando e julgando se a adoção atende ao princípio do melhor interesse do menor.

4.4 ESTUDO DE CASO CONCRETO – PROCESSO DE ADOÇÃO REALIZADO NA CIDADE DE RUBIATABA-GO

A análise de caso concreto foi realizada a partir da aplicação de um questionário à uma mãe adotante, cujo processo de adoção de seu filho tramitou no do município de Rubiataba-GO.

Nesse sentido, diante das respostas da entrevistada pode se observar que houve a manifestação de vontade da genitora para a realização da adoção, pois a mesma se via impossibilitada a proporcionar uma vida de qualidade ao filho, tanto emocional quanto financeira, desta forma decidiu entregar a criança a entrevistada, tendo em vista que a mesma sempre teve a intenção de adotar e, até mesmo, já estava inscrita no Cadastro Nacional de Adoção.

Observa-se que, apesar da inscrição de forma correta no CNA, foi um processo atípico, pois não foi respeitada a ordem da lista, pois a criança sequer estava inscrita no cadastro, e quando a mesma foi concebida a entrevistada já adquiriu a guarda de fato da menor. Posto isto, apesar da guarda de fato, foi necessário o estágio de convivência, mesmo a entrevistada tendo a criança como filho.

A criança recém-nascida não estava inscrita, porém, essa adoção foi a conhecida como “Adoção *Intuitu Personae*”, adoção esta que os pais biológicos interferem diretamente na escolha da família substituta que irá acolher a criança.

Nesse Sentido, foi questionado a entrevistada: “A existência de afeto entre você e o(a) menor interferiu no processo de adoção, ou não teve relevância alguma para sua conclusão?” Sua resposta foi que “há interferência sim”, confirmando dessa forma as jurisprudências observadas.

Nota-se claramente essa forma peculiar de adoção no caso concreto aqui analisado, de modo que, ao ser concebida, a criança foi imediatamente entregue a família adotiva por livre iniciativa de seus pais biológicos, visto que não conseguiriam proporcionar uma vida adequada a criança e sabiam que a entrevistada, ora adotante, era uma pessoa de boa índole e que sonhava em adotar. Então, mesmo a

entrevistada inscrita no Cadastro Nacional de Adoção, não lhe foi concebida a guarda legal, pois antes mesmo de que pudesse a criança ser cadastrada e passasse por todo o processo burocrático até chegar a uma família que a pudesse acolher, a entrevistada já adquiriu sua guarda de fato, zelando da recém-nascida como se sua filha fosse.

Desta forma, conclui-se que foi devidamente observada a afetividade comprovada de fato, bem como o princípio do melhor interesse do menor, no caso analisado, tendo em vista que o magistrado permitiu que o processo de adoção, daquela criança em favor da entrevistada que possuía sua guarda de fato, iniciasse.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo abordou, em seu desenvolvimento, a questão da preexistência da afetividade diante dos requisitos legais do processo de adoção. Demonstrou-se, a evolução histórica e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, os princípios norteadores do instituto, bem como, apresentou fundamentação jurisprudencial como forma de ratificar as afirmações propostas.

De modo a discutir tais questões, o presente trabalho apresentou a modalidade de adoção denominada *intuitu personae*, no qual os pais biológicos do adotando escolhem a pessoa determinada para que adote o menor.

Tal modalidade não possui enquadramento legal, todavia, vem sendo aceita nos Tribunais de todo o Brasil ao se analisar a questão da afetividade e do melhor interesse do menor, princípios basilares do Direito de Família, presentes na Constituição Federal.

Constam, ainda, neste trabalho, breves considerações acerca dos requisitos legais, formais e subjetivos, para a efetivação do instituto da adoção, de modo genérico, a abranger todas as modalidades.

Por fim, conclui-se, a partir de todo o conteúdo exposto que a preexistência da afetividade de fato supera os requisitos legais do processo de adoção, principalmente, no que diz respeito à adoção *intuitu personae* e a constatação dos princípios da afetividade e do melhor interesse do menor.

Esse resultado se deu principalmente ao serem observados os princípios supracitados, bem como as decisões jurisprudências de alguns Tribunais de Justiça do Brasil, que sempre decidiram a favor do melhor interesse do adotando, mesmo que contrariasse o processo legal de adoção, alguns chegando até a citar a adoção *Intuitu Personae*.

No mesmo sentido, a conclusão se deu pela observância do caso concreto que foi realizado durante a presente pesquisa, de modo que ficou evidente a flexibilização da justiça perante a real existência de afeto que a adotante possuía perante o adotando, evidenciando na situação o respeito ao melhor interesse do menor. Apesar de não regulamento por lei, a adoção *intuitu personae*, nota-se que a justiça brasileira de fato opta sempre pelo melhor interesse do menor, desta forma,

consagrando cada vez mais o principio da afetividade, fazendo com que ambos os princípios superem os requisitos legais do processo de adoção.

REFERÊNCIAS

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.). **Curso de direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1934) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>.

_____. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília**, Brasília, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

_____. **Código Civil**. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>

CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**, 2011. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>>

_____. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**, 2ª edição. Forense, 09/2017.

_____. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf>

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: família e sucessões**, volume 5. 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **O lar que não chegou**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/527>>

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 5º volume: direito de família. 21ª edição, São Paulo, Saraiva, 2006.

FIUZA, Cezar. **Direito Civil – Curso Completo**. 12ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática (com comentários à Nova Lei da Adoção – Lei 12.010/09)** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Direito de família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6.

KUSANO, Suely Mitie. **Adoção de Menores: Intuitu Personae**. Curitiba: Juruá, 2011.

MARQUES, Aline Campos; ZAPAROLI, Flávia de Oliveira. **Reflexões sobre adoção Intuitu Personae**. Fundação de Ensino Superior de Passos. Curso de Direito. Passos, 2014.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**, Volume 5. Rio de Janeiro, 7ª edição, Forense, 2016.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. **A Família: Conceito E Evolução Histórica E Sua Importância**. Salvador-BA, 2007. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>>

(REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012) encontrado em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=abandonar+afetivo&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**. VOL. VI. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Direito Civil: Direito de Família**, volume 6. 28º edição, São Paulo, Saraiva, 2004.

_____. **Direito Civil**, Volume 6, 27º ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. VOL. IV Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

SANTOS, Lucinete. **Mulheres que entregam seus filhos para adoção: os vários lados dessa história**. In: FREIRE, Fernando. **Abandono e adoção: contribuições para uma cultura da adoção III**. Curitiba: Terra dos Homens, 2001.

SOUZA, Paula Feijó Pereira de. **A Relevância Do Princípio Da Afetividade Nas Relações Familiares**. Rio Grande do Sul, 2013. Encontrado em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/paula_souza.pdf>

SOUZA, Rodrigo Farias de. **Adoção dirigida: vantagens e desvantagens**. Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, v.12, n. 45. p. 184, jan. 2009.

TARTUCE, Flávio. **O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA**. Revista Consulex, 15 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>

_____. **Manual de Direito Civil**. Método. São Paulo, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**, volume 5. São Paulo, Atlas, 2001.

APÊNDICE A -

Consta abaixo, anexada, a entrevista realizada com uma pessoa que se disponibilizou a responder ao questionário com o tema: o modelo familiar pautado no princípio da afetividade. Tal pesquisa de campo realizou-se na cidade de Rubiataba, aos dias 20 de maio de 2018, de modo que versa acerca da experiência da entrevistada com o processo de adoção de menor, sua visão em relação ao Cadastro Nacional de Adoção, burocracias, demora na conclusão do processo e, principalmente, visando dar ênfase ao debatido neste trabalho, a presença da afetividade no processo de adoção.