

A ADOÇÃO TARDIA SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

José Luciano Pires Lima¹

Glauber Salomão Leite²

Direito



RESUMO

A presente pesquisa trata da adoção tardia sob a perspectiva do princípio do melhor interesse do menor. Ela apresenta a busca pela quebra do paradigma de que a adoção deve ocorrer sob a ótica de que deva existir uma criança para um lar e não um lar para uma criança, ou seja, ela busca quebrar a ideia de que a família vem primeiro para trazer à tona a necessidade de que a criança deve ser a protagonista da adoção, bem como quebrando a ideia de que a adoção de crianças que não se enquadram nos padrões seria sinônimo de problemas. A metodologia utilizada foi a da pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE

Adoção; Adoção Tardia; Melhor Interesse do Menor; Ordenamento Jurídico Brasileiro.

ABSTRACT

The present research deals with the late adoption from the perspective of the principle of the best interest of the minor. It presents the search for the breakdown of the paradigm that adoption must occur under the view that there must be a child for a home and not a home for a child, that is, it seeks to break the idea that the family comes first to bring the need for the child to be the protagonist of adoption, as well as breaking the idea that adopting children who do not fit the standards would be synonymous with problems. The methodology used was that of bibliographic research.

KEYWORDS

Adoption; Late Adoption; Best Interest of Minors; Brazilian Legal Order.

1 INTRODUÇÃO

O processo de adoção é cercado por mitos, principalmente quando as crianças ou adolescentes que estão na fila para serem adotados são crianças que fogem os padrões estabelecidos pela sociedade como ideais para adoção. Há tanta diferenciação por parte da sociedade quanto a adoção dessas crianças, que até o processo de adoção delas leva nome diferente das outras, sendo chamado, portanto, de adoção tardia.

O presente artigo terá, portanto, o objetivo de estudar o instituto da adoção tardia sob a perspectiva do princípio do melhor interesse da criança ou adolescente, com a intenção de questionar e pôr fim aos preconceitos que cercam o cotidiano dessas crianças, impondo dessa maneira empecilhos para que elas sejam adotadas.

A temática justifica-se na busca por uma desmistificação de que a adoção só deve ocorrer quando o adotado for recém-nascido ou tenha até dois anos de idade, já que, de acordo com aqueles que defendem tal fato, as crianças que passam desta idade teriam dificuldade para se adaptarem ao novo lar, o que não é uma verdade, já que não existem dados ou estudos que comprovem tal fato.

Para isso, o trabalho se desenvolverá em quatro capítulos, ocupando-se o primeiro em trabalhar o direito de família no ordenamento jurídico brasileiro, estudando a origem do direito de família, os princípios norteadores, com foco maior no princípio da afetividade. O segundo capítulo tratará do poder familiar, já que este é um ponto essencial para o entendimento do capítulo seguinte, que trabalhará a adoção no Direito Brasileiro, apresentando, inclusive, aspectos jurídicos dela, para, por fim, trabalhar o instituto da adoção tardia e relacioná-lo com o princípio do melhor interesse do menor.

A metodologia do trabalho foi a pesquisa bibliográfica, já que, para seu desenvolvimento fez-se necessário que livros, artigos e outros textos fossem consultados. O método foi o hipotético-dedutivo, já que se deparou com a hipóteses de que para a sociedade o ideal seria adotar crianças com idade inferior aos dois anos de idade.

2 O DIREITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 ORIGEM DO DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família está entre os ramos do direito mais humanos, já que, em regra, não há como um indivíduo não ter uma ligação familiar durante sua vida. Os laços formados pelo indivíduo com sua família, desde aquele em que o indivíduo formou ainda quando criança, ou que depois de adulto tenha formado sua própria família, por meio de qualquer uma das formas de família existentes no direito de família atual, sempre se mantêm firmes.

Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 18) afirma em seu livro *Direito Civil Brasileiro (Direito de Família)*, que:

A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem, no entanto, defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia. Dentro do próprio direito a sua natureza e a sua extensão variam, conforme o ramo.

Sabe-se que um indivíduo pode constituir ou fazer parte de uma família de diversas formas, desde os laços reais, quanto os afetivos ou presumidos. A formação do vínculo familiar se dá tanto a partir do matrimônio quanto do parental. E, mesmo que alguém se negue a estabelecer tais laços ou vínculos de maneira voluntária, fazer parte de um núcleo familiar está em sua essência e, por esse motivo, pode-se afirmar que a sua existência depende do estabelecimento desses laços, sendo impossível que ele sobreviva isolado do mundo.

O direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável. (GONÇALVES, 2018, p. 17).

A família sofre interferências de diversas formas durante sua existência por parte da sociedade. Tais influências, perpassam questões que vão desde a moral, até costumes e religião, exercendo, inclusive, cada uma destas questões papéis indispensáveis

na forma como essa família irá se comportar diante das situações possam acontecer durante a convivência social de seus membros. Irá dispor, a título de exemplo, sobre a maneira que seus membros suprem aquilo que é necessário à sua existência.

E é por este motivo que, antes de ser tratada como uma questão jurídica, os aspectos sociológicos que envolvem uma família deverão ser observados e respeitados. E, justificado nessa diversidade de maneiras pelas quais os indivíduos decidem viver suas vidas, é que surge o Direito de Família. Nasce na necessidade da existência de algum instituto jurídico que vá regular tais questão, que, como já foi dito anteriormente, tratam da essencialidade da vida, da possibilidade de se ter uma vida.

Merece destaque, ainda, o fato de que este direito, apesar de tratado como um direito privado tem particularidades que o destacam de qualquer outro direito desse tipo. Tal questão se justifica nos fatos já apresentados, de que ele está intimamente ligado à vida e por este motivo a criação de regras que o regulamentem pedem um nível maior no uso da ética, tendo em vista que estes direitos irão interferir diretamente em questões emocionais e de sobrevivência dos indivíduos em sociedade.

Uma nova lei deve surgir sempre de forma a adaptar-se aos bons costumes que fazem parte da sociedade na qual ela será inserida, por este motivo, quando uma nova lei surge, ela deve incorporar todas as mudanças legislativas que ocorreram antes da sua promulgação. E foi exatamente isso que aconteceu com o Código Civil de 2002, já que, na ocorrência da sua chegada ao ordenamento brasileiro, diversas questões, que surgiram com a evolução da sociedade brasileira e que não estavam previstas no Código Civil de 1916, passaram a ser regulamentadas por ele.

O Código Civil de 2002 procurou adaptar-se à evolução social e aos bons costumes, incorporando também as mudanças legislativas sobrevividas nas últimas décadas do século passado. Adveio, assim, com ampla e atualizada regulamentação dos aspectos essenciais do direito de família à luz dos princípios e normas constitucionais. (GONÇALVES, 2018, p. 21).

No entanto, mesmo que abarque todas as possibilidades jurídicas que surgiram até o momento de sua entrada em vigência, uma lei nunca conseguirá prever todas as situações que possam vir a surgir dentro da sociedade, é por esse motivo que se diz que a análise de um caso nunca ocorre puramente por meio da lei. Na verdade, diversas outras possibilidades jurídicas devem e podem ser observadas, dentre elas pode-se citar as jurisprudências, as doutrinas e, por fim, uma de fundamental importância para que se possa entender o objeto de pesquisa deste artigo, os princípios jurídicos.

2.2 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

A composição do Direito de Família se dá por meio de vários princípios e é devido à natureza que estes princípios têm que se faz necessário que eles tenham

que justificar quais os motivos das coisas serem como são. E por isso, eles terminam sendo o alicerce, a base sólida do ordenamento jurídico.

O primeiro que deve ser mencionado é o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que por sinal, deve-se mencionar o fato de ele não ser exclusivo ao direito de família, mas de diversos ramos do direito, principalmente pelo fato de que se faz presente em tudo aquilo que diz respeito à proteção da pessoa humana. É fundamental e busca um tratamento humano e digno para cada cidadão. Inclusive, devido a sua existência no direito de família, pode-se afirmar que o referido princípio serve como o meio de valorização e preservação da pessoa dentro do núcleo familiar, preservando assim o direito a personalidade deste indivíduo.

Com fundamento na própria dignidade da pessoa humana, poder-se-á falar também em um direito fundamental de toda pessoa humana a ser titular de direitos fundamentais que reconheçam, assegurem e promovam justamente a sua condição de pessoa (com dignidade) no âmbito de uma comunidade. Aproxima-se desta noção – embora com ela evidentemente não se confunda – o assim denominado princípio da universalidade dos direitos fundamentais. (FREIRE, 2016, p. 1).

Outro princípio diz respeito a liberdade. Este princípio busca a garantia de que uma pessoa irá viver conforme tem vontade, ou seja, define a liberdade que uma pessoa tem em escolher se casar, se divorciar, bem como de escolher o regime de bens que fará parte do seu casamento. Este princípio está ligado a um outro princípio muito importante a convivência de um cidadão em sociedade, que é o princípio da autonomia privada, o qual dispõe sobre a liberdade que o particular tem de optar e auto regulamentar sua vida, de viver da forma que melhor convir a ele, sem que o Estado ou terceiros estejam intervindo, lembrando sempre que essa liberdade de escolher como viver deve estar dentro dos limites da lei.

O princípio da paternidade responsável e planejamento familiar, princípios dispostos no artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal de 1988 que estabelecem: cabe ao casal, por direito, o planejamento familiar, ou seja, a maneira como viverão é de livre decisão do casal. O Código Civil de 2002, seu artigo 1565 reitera o disposto no artigo mencionado anteriormente, ou seja, “o planejamento familiar é de livre decisão do casal”, relembrando o fato de que é vedada toda e qualquer interferência do Estado no que tange ao planejamento familiar: “vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições públicas e privadas”.

Há ainda o princípio da comunhão plena de vida, que, nas palavras de Gonçalves (2017, p. 24) está:

Baseada na afeição entre os cônjuges ou conviventes, como prevê o art. 1.511 do Código Civil. Tal dispositivo tem

relação com o aspecto espiritual do casamento e com o companheirismo que nele deve existir. Demonstra a intenção do legislador de torná-lo mais humano.

Gustavo Tepedino (1997, p. 50), continuando os comentários sobre o referido princípio, diz que:

Altera-se o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos – tendo por origem não apenas o casamento – e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Já Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 24):

Priorizada, assim, a convivência familiar, ora nos defrontamos com o grupo fundado no casamento ou no companheirismo, ora com a família monoparental sujeita aos mesmos deveres e tendo os mesmos direitos. O Estatuto da Criança e do Adolescente outorgou ainda, direito à família substituta. Os novos rumos conduzem à família socioafetiva, onde prevalecem os laços de afetividade sobre os elementos meramente formais. Nessa linha, a dissolução da sociedade conjugal pelo divórcio tende a ser uma consequência da extinção da affectio, e não da culpa de qualquer dos cônjuges.

Existem diversos outros princípios como o pluralismo familiar, a igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, a igualdade e isonomia dos filhos, o melhor interesse da criança e do adolescente, a solidariedade familiar e, por fim, um dos mais importantes atualmente, inclusive para este artigo, o princípio da afetividade, que será melhor trabalhado no próximo tópico.

2.1.1 Princípio da Afetividade

A autora Almeida (2017, p. 1) afirma que o afeto tem sido de fundamental importância na atual concepção civil de família, isso se deve a capacidade de estabelecer conexões entre os membros de uma família. E é seguindo esta ideia que surge a possibilidade de uma família existir para além do vínculo biológico-sanguíneo ou formal, o que leva ao fato de que elas podem ser formadas por meio de elos afetivos. Esta nova concepção tem sido cada dia mais recepcionada pelo sistema, isso se reflete na

quantidade de julgados que estão sendo proferidos sobre a referida matéria no que se menciona a solução de seus litígios.

Já é claro que formação atual das famílias dentro da sociedade tem se dado não mais somente pelos laços sanguíneos, já que agora elas podem se originar, inclusive, por meio do vínculo afetivo. Podendo, inclusive, ser consideradas, de acordo com o que foi dito por Tartuce (2017, p. 25): “como o principal fundamento das relações familiares”, e, mesmo que na Constituição ainda inexista o afeto no rol de direitos fundamentais, ele já deve ser considerado como sendo uma derivação valorada da dignidade da pessoa humana. Continua o referido autor (2017, p. 25) “o princípio da afetividade tem fundamento constitucional, particularmente na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988), na solidariedade social (art. 3.º, I, da CF/1988) e na igualdade entre filhos (arts. 5.º, caput, e 227, § 6.º, da CF/1988)”.

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade. (GROENINGA, 2008, p. 28).

Lôbo (2003, p. 48) acerca do vínculo afetivo diz que:

O modelo tradicional e o modelo científico partem de um equívoco de base: a família atual não é mais, exclusivamente, a biológica. A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais. Contudo, o modelo patriarcal desapareceu nas relações sociais brasileiras, após a urbanização crescente e a emancipação feminina, na segunda metade deste século. No âmbito jurídico, encerrou definitivamente seu ciclo após o advento da Constituição de 1988. O modelo científico é inadequado, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. [...] Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo.

Há ainda alguns enunciados aprovados nas Jornadas de Direito Civil que dispõem sobre a constituição da parentalidade a partir do vínculo afetivo. A título de exemplo está o nº 256 oriundo da III Jornada de Direito Civil, que diz que “A posse de

estado de filho (parentalidade sócio-afetiva) constitui modalidade de parentesco civil". Outro é o enunciado número 339, da IV Jornada de Direito Civil, que diz que "A paternidade sócio-afetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho".

O enunciado 341, também da IV Jornada afirma que: "Para os fins do art. 1.696, a relação sócio-afetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar". Esses enunciados terminam por comprovar que a afetividade tem exercido cada dia mais o papel principal no ordenamento jurídico brasileiro, podendo inclusive, em casos específicos, ser considerada antes do parentesco ocorrido por meio do vínculo biológico-sanguíneo, como nos casos em que levam aos dizeres do ditado popular que diz que "pai é quem cria".

Esta nova concepção de família terminou por quebrar aquela ideia de que família é somente aquela formada por pai, mãe e filhos, passando a permitir que novas formações de família viessem a surgir. A relação familiar passa, a partir de então a ser plural, o que quer dizer em outras palavras que, não mais podem ser limitadas as já mencionadas interações feitas entre o homem e a mulher e pelo conseqüente nascimento dos filhos. Atualmente, há que se pensar nos laços afetivos antes de qualquer fator genético.

3 DO PODER FAMILIAR

Antes que se possa entrar no mérito quanto a adoção no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se mencionar a existência do poder familiar, já que este, nas palavras de Rodrigues (2016, p. 356), "é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes"

Logo, os pais, sejam adotivos ou não, têm a obrigação de amparar, educar, defender e criar os seus filhos, sendo esta uma consequência do poder familiar. Não pode ser delegado, renunciado ou substabelecido, sendo nula qualquer meio que os pais se utilizem na intenção de se abster ou abrir mão deste poder.

Gonçalves (2018, p. 414) afirma que:

O aludido instituto constitui, como foi dito, um múnus público, pois ao Estado, que fixa normas para o seu exercício, interessa o seu bom desempenho. É, portanto, irrenunciável, incompatível com a transação, e indelegável, não podendo os pais renunciá-lo, nem transferi-lo a outrem. Do contrário, estar-se-ia permitindo que, por sua própria vontade, retirassem de seus ombros uma obrigação de ordem pública, ali colocada pelo Estado. A única exceção é a prevista no art. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sob a forma de adesão ao pedido de colocação do menor em família substituta, mas feita em juízo (geralmente em pedidos de adoção, que transfere aos adotantes o poder familiar), cuja conveniência será examinada pelo juiz.

Tal poder extingue-se com a obtenção da maioria penal, aos 18 anos, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal, ou seja, quando o indivíduo adquire o direito de praticar todos os atos da vida civil. Gonçalves (2018, p. 413): “Extingue-se nessa idade, pois, em virtude da mudança havida na legislação civil, o poder familiar, ou antes, se ocorrer a emancipação em razão de alguma das causas indicadas no parágrafo único do aludido artigo”.

A titularidade deste poder é de ambos os pais, tendo em vista que, conforme parágrafo 5º, do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Acerca da titularidade do poder familiar, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 21 diz que:

O pátrio poder deve ser exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Por fim, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.631 afirma que: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”. No entanto, ainda é válido ressaltar que a redação do referido dispositivo tem sido bastante criticada devido ao fato de que não há vinculação necessária do poder familiar ao casamento.

O estudo de tal tema torna-se de fundamental importância no referido trabalho pois denota ao poder que os pais exercem sobre os filhos, bem como da obrigação que eles têm para os filhos, não fazendo distinção nenhum quanto a origem desta paternidade.

3 O DIREITO BRASILEIRO E A ADOÇÃO TARDIA

3.1 DA ADOÇÃO

O artigo 227 da Constituição Federal e o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõem sobre o direito que criança e adolescente têm de serem criados e educados por suas respectivas famílias, também quando a convivência com estas não for possível, este direito poderá ser concretizado por uma substituta.

É assegurado a estes indivíduos que eles tenham também a convivência familiar e comunitária asseguradas durante seu desenvolvimento, devendo, inclusive, que a convivência ocorra num ambiente livre de qualquer coisa ou pessoa que possa impossibilitar que eles tenham um bom desenvolvimento.

Deve-se esclarecer ainda que, de acordo com Tartuce (2015, p. 1.294), a convivência familiar seria um pressuposto ao poder familiar, que depende da existência da filiação e que normalmente é exercido pelos pais. Com relação ao poder familiar,

é válido mencionar que as atribuições que a detenção deste traz para alguém se encontra disposta na Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, que, por sinal, não lhes emprestam apenas atribuições, mas também direitos como o de exigir que um filho lhe preste obediência e respeito.

Contudo, deve-se mencionar ainda que, este pressuposto deve estar sempre em concordância com a dignidade da pessoa humana e como a proteção integral da criança e do adolescente, pois devem haver limites à exigência de obediência, já que, não podem as crianças ou adolescentes serem submetidos a maus tratos ou situações de abandono. E caso isso acontecesse,

[...] restaria configurado o abuso de direito e o Estado teria o dever de aplicar a medida protetiva de colocação em abrigo, caso não haja família extensa, com o escopo de evitar a continuação da ocorrência de abusos e omissões, submetendo o exercício do poder familiar à sua fiscalização e controle. (FREIRE, 2016, p. 32).

E, caso continue a acontecer os abusos, o indicado para manter preservado o melhor interesse do menor seria que se inicie uma ação processual de suspensão ou extinção do poder familiar. E ela servirá como uma ferramenta utilizada pelo Estado, visando a reestruturação da família, de modo que se torne possível que esta criança seja reinserida ao seio de sua família biológica.

Se durante a referida ação ocorrer a suspensão do poder familiar e os pais não se reorganizarem de modo a proporcionar ao menor um ambiente saudável para que ele conviva, este poder deixará de ser suspenso, passará a ser extinto, devendo este poder ser repassado para a família extensa e caso não exista ninguém habilitado para assumir tal poder, a adoção passará a ser uma alternativa para que o Estado continue assegurando as estas crianças o seu direito a convivência familiar. Sendo, portanto, esta nova prática dotada de caráter subsidiário e excepcional.

3.1.1 Aspectos Jurídicos da Adoção

Trata-se da possibilidade de uma criança ou adolescente, que não importando por qual motivo, não tem nenhum parente próximo habilitado para deter o poder familiar sobre ela, ou seja, os pais perderam o poder familiar ou morreram e não tem ninguém mais da família que possa ter a guarda dele, ser colocada em uma família substituta. Lembrando que tal substituição deverá ocorrer nos termos do artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Diniz (2017, p. 1.147-1.148) a define como sendo:

Ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, previstos na Lei 8.069/90, arts. 39 a 52-D, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco

consanguíneo ou afim, vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha

Já Venosa (2017, p. 1.483), define-a da seguinte maneira:

A adoção é modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade, conforme o sistema do Código Civil de 1916, ou de sentença judicial, conforme o atual sistema.

Dias (2009, p. 434), por sua vez, diz que “a adoção é um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. Cria um vínculo fictício de “paternidadematernidade-filiação” entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica”.

A leitura dos conceitos transcritos acima apresenta dois aspectos importantíssimos da adoção. O primeiro deles diz respeito ao fato de ela ser um ato jurídico. O segundo é que sua ocorrência depende sentença judicial que a determine, inclusive se o adotado for maior de idade, não podendo, portanto, ocorrer por meio de ato extrajudicial.

A competência para julgar as ações de adoção é do Juizado da Infância e Juventude caso o adotado seja menor de idade, e, caso o adotado seja maior de idade, está será de competência de alguma vara da família. Vale ressaltar ainda que, mesmo no caso em que o adotando é maior de idade, a intervenção do Ministério Público é necessária.

No que se refere a idade mínima para adotar, o artigo 42 do ECA determina que este deve ser maior de 18 anos, não importando seu estado civil. Deve-se informar ainda que, ela pode ocorrer tanto de forma unilateral como conjunta. No entanto, o §3º do artigo supramencionado e o artigo 1619 do Código Civil de 2002 afirmam que o adotante deve ser pelo menos 16 anos mais velho que o adotado.

Outra informação que deve ser dada com relação a adoção é o fato de que ela é excepcional, ou seja, só pode ocorrer quando todas as possibilidades de reinserir a criança ou adolescente ao seio de sua família biológica se esgotarem.

É ainda irrevogável, ou seja, após o trânsito em julgado da sentença de adoção não é mais possível que ela seja revogada, não podendo, portanto, a adoção ser desfeita. Vale ressaltar, no entanto, que apesar de irrevogável, não é impossível que o adotado, após atingir a maioridade, venha a reconhecer seus pais biológicos.

E, mesmo que o casal, após a adoção venham a ter filhos naturais, não poderá haver diferenças entre os adotivos e os biológicos, nem mesmo em questões sucessórias, logo, ambos gozam dos mesmos direitos, sem distinção, conforme fica esclarecido no artigo 49 do ECA.

Souza (2016, 34-35) esclarece ainda que, “o menor de 18 anos também tem direito de acesso ao processo de adoção, conforme previsto no artigo 48 do ECA. Aliás, esses direitos são considerados direitos humanos da criança e do adolescente”.

Importante mencionar ainda que, com a consequência da evolução do conceito e concepção de família surgiu a possibilidade de famílias homoafetivas adotarem. Tal possibilidade ficou regulamentada por meio do Informativo STJ nº 432, que passou a permitir a adoção por família homoafetiva com as seguintes palavras:

Cuida-se da possibilidade de pessoa que mantém união homoafetiva adotar duas crianças (irmãos biológicos) já perfilhadas por sua companheira. É certo que o art. 1º da Lei n. 12.010/2009 e o art. 43 do ECA deixam claro que todas as crianças e adolescentes têm a garantia do direito à convivência familiar e que a adoção fundada em motivos legítimos pode ser deferida somente quando presentes reais vantagens a eles. (BRASIL, Informativo STJ nº 432, on line)

Se faz necessário ainda mencionar sobre a questão da consolidação da adoção, que diz respeito a autorização dos pais ou representantes legais, caso existam, para que os menores de 12 anos de idade sejam adotados. Lembrando que, nos casos em que inexistam pais ou representantes legais tal consentimento torna-se desnecessário.

No que se refere aos adotados que são maiores de 12 anos, o consentimento que se faz necessário não é somente dos pais, pois se faz necessário que eles também estejam de acordo com a ocorrência de tal ato. Deve consentir, também, com a alteração de nome e prenome, tendo em vistas que estas são questões inerentes ao seu direito à personalidade.

Há ainda a possibilidade de adoção pós morte, ou *post mortem*, que é aquela que ocorre em momento posterior à morte do adotante. Tal possibilidade encontra previsão no § 6º do artigo 42 do ECA, e só pode ocorrer caso, antes da morte, o adotante tenha manifestado quanto a este ser seu desejo antes de falecer.

Existem diversas outras hipóteses de a adoção ocorrer, bem como outros requisitos que devem ser cumpridos para que ela seja realizada, no entanto, o principal objetivo deste trabalho é a questão da adoção tardia, por este motivo, este trabalho passará a se ocupar desta possibilidade no tópico que se segue.

4 DA ADOÇÃO TARDIA

De acordo com Amim e Menandro (2007), a adoção no Brasil se deu durante muito tempo da maneira considerada como a clássica, na qual, havia como principal motivação situações como a infertilidade ou esterilidade do casal. Os adotantes deste período também tinham preferência quanto a criança que iriam adotar, preferências essas que perpassavam pela idade, cor da pele e histórico de saúde destas crianças, já que, as crianças mais procuradas eram aquelas de pele de cor clara, com menos de 2 anos de idade e que não tivessem nenhuma deficiência ou histórico de doença médica ou biológica na família de origem.

Só foi com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que essa situação passou a ser alterada, já que a criação deste, no que se refere a adoção, buscou dar início a uma nova cultura no Brasil, que tinha a intenção de solucionar o problema da quantidade de criança que não tinham uma família. Esta nova cultura passou a incentivar, ainda de acordo com Amim e Menandro (2007), a adoção inter-racial, de grupos de irmãos e até da adoção tardia, objeto de estudo deste trabalho.

A nova ordem para adoção era a da busca de uma família para uma criança, quebrando a ideia de que devia-se buscar uma criança para uma família. Esta nova formatação de família remeteu a ideia de um princípio importantíssimo para o direito de família, que também faz parte dos estudos sobre os direitos das criança e adolescentes que é o melhor interesse do menor.

Ebrahim (2011, on line) em estudo realizado sobre as principais características das pessoas que adotam concluiu que:

A maioria de mães (74,1%) e pais (50%) que adotam crianças maiores, possui nível superior completo e renda salarial que perpassa a marca de 20 salários-mínimos (40,7%). Outro dado que se mostrou interessante é quanto ao estado civil dos referidos adotantes. Eles se dividem em casados (66,7%), solteiros (25,9%), viúvos (3,7%) ou divorciados (3,7%), sendo que a maior parte deles já possui, ao tempo da adoção, filhos biológicos. Já quanto aos adotantes convencionais, são em sua grande maioria casais (91,9%), não possuindo filhos biológicos (50,9%).

A autora concluiu, tendo em vista os referidos dados, que a grande procura por bebês terminou por alterar a ideia central da adoção, que seria a de dar um lar às crianças que tem esse direito negado por suas famílias biológicas e passou a ser uma maneira de oferecer aos pais inférteis a possibilidade de ter um bebê.

Mas o que seria a adoção tardia afinal? De acordo com Silva e Saqui (2014, p. 1) seria aquela na qual a criança adotada tem mais de 2 anos de idade, que é aquela idade apresentada como preferencial para os pais que adotavam nos termos da adoção clássica. Vargas (1998), complementa tal conceito ao trabalhar quais as condições nas quais essas crianças são inseridas no Cadastro Nacional de Adoção (CNA) quando afirma que: "essas crianças abandonadas tardiamente pelas mães, que por algum motivo pessoal ou econômico, não puderam continuar encarregadas de seu cuidado, ou foram retiradas dos seus lares pelo poder judiciário".

Ebrahim (2011) diz que foi após o surgimento desta nova campanha visando uma nova cultura de adoção, que movimentos, buscando oferecer um lar a criança, independentemente de sua cor, idade, saúde ou raça passaram a surgir. A nova regra era que o melhor interesse da criança fosse sempre respeitado, não mais apenas o melhor interesse da família.

Há pouquíssima literatura no Brasil, tratando desta temática, o que torna muito difícil apresentar diversidade de fatos sobre a temática, mas já restou claro quem são

essas crianças que são adotadas tardiamente, bem como os motivos pelos quais elas encontram tanta dificuldade para serem adotadas.

De acordo com Aboboreira (2011, p. 1), os dados apresentados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) são de que existiam 200 mil crianças no Brasil sem uma família e de que desse total, cerca de 80 mil estão em abrigos, e, dessa totalidade, sendo a maioria delas, ou seja, 58,5% meninos, 63% negros e 61,3% crianças e adolescentes com a idade entre 7 e 15 anos.

Aboboreira (2011, p.11) continua comentando tal fato quando relata que:

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal divulgou, recentemente, que, para 390 pais habilitados para adotar, há atualmente 166 crianças a serem acolhidas. Tal número poderia ser animador caso não fosse o desencontro das filas de adoção. Segundo o referido Tribunal “o perfil de filho desejado pelas famílias é de crianças até dois anos, cor clara e sem comprometimento com saúde”. Infelizmente, este é um problema que se repete a nível nacional e tem preocupado não só o Poder Público, mas diversos setores da sociedade civil.

A principal motivação para tanta dificuldade em adotar essas crianças encontra-se no medo, já que, os adotantes têm medo dos maus hábitos que as crianças já crescidas trariam junto consigo caso fossem adotadas, sendo muito mais fácil educar quando elas chegam em seus lares com idades menores, como os 2 anos que são preferência da maioria. Tanto que, de acordo com Ebrahim (2011, on line), “as pessoas que adotam crianças maiores são mais altruístas, maduras e estáveis emocionalmente”.

O fato de as pessoas que adotam crianças e adolescentes fora dos padrões de preferência serem pessoa estudadas, ou seja, com grau de formação maior, além de serem normalmente mais velhos, faz com que se leve a crer que a adoção destas crianças esteja ligada com o acesso à informação. Já que, somente com esse acesso à informação que medos, mitos, preconceitos e mentiras serão desfeitos e consequentemente, abrirão a mente das pessoas que os argumentos sobre a dificuldade de criação destas crianças não passam disso, medos, mentiras, preconceitos e mitos.

Como já foi mencionado, a ideia da adoção tardia foi trazida ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do ECA, dispositivo este que também se preocupou como questões como a do melhor interesse do menor. E é por esse motivo que este trabalho trabalhará a adoção tardia sob a perspectiva do melhor interesse do menor no próximo tópico.

4.1 A ADOÇÃO TARDIA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

O princípio do melhor interesse do menor teve sua origem em uma convenção internacional na qual foram tratados os direitos das crianças. A referida Convenção

no dia 20 de novembro do ano de 1989, durante uma sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. A retificação deste princípio para que este pudesse ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro ocorreu por meio do Decreto nº 99.710 de 1990.

Há que se mencionar ainda que a disposição legal para a existência deste princípio não se resume ao decreto mencionado anteriormente, já que, na carta magna brasileira, mais especificamente no artigo 227, existe mais uma previsão legal para o referido princípio. O referido dispositivo afirma que é assegurado tanto à criança, quanto ao adolescente sua proteção integral, tendo ela, inclusive, prioridade absoluta.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, a Lei 12.010 de 2009 trouxe diversas inovações no que se refere a adoção de crianças e adolescentes com idade um pouco maior daquela que é considerada como preferência daqueles que pretendem adotar, dentre ela, pode-se mencionar a necessidade de ouvir a criança quanto a sua opinião sobre sua realocação para uma família substituta, devendo inclusive, tal opinião ser devidamente considerada, não simplesmente ouvida e descartada.

Pereira (2016) ressalta as mudanças que ocorreram no que se refere as prioridades durante a adoção com a evolução da sociedade, já que, foi com esta evolução que a prioridade e a proteção deixaram de ser a família e passou a ser a criança ou adolescente, já que estas têm como direito constitucionalmente previsto o da convivência familiar.

Vê-se, portanto, que a preocupação do ordenamento jurídico brasileiro hoje, com relação à adoção, não é, repita-se, encontrar filhos para uma família, mas sim, dar uma família à criança ou adolescente, revelando verdadeira atenção ao princípio do melhor interesse do menor e demonstrando que a criança e o adolescente, hoje, são devidamente tratados como sujeitos de direito e não objetos a reclamar apenas políticas públicas do Estado. (ABOBOREIRA, 2011, p. 1).

Um impasse encontrado ainda no que se refere a essa questão de ofertar uma família para a criança e não uma criança para a família encontra-se na possibilidade de adoção por famílias que não estão nos padrões estabelecidos pelo § 3º do artigo 226 da Constituição Federal Brasileira no qual é feita a menção de que família é aquela formada por um homem e uma mulher, e caso venham a ter filhos, poderá ser formada por apenas um deles quando na ocorrência da separação ou morte do outro, logo, de acordo com o referido dispositivo, pessoas solteiras e casais homoafetivos estariam impedidos de adotar, gerando, portanto, polêmicas quando ao perfil das pessoas que poderão adotar.

O instituto da adoção objetiva ofertar uma família à criança sem família. E família, pelo § 3º do art. 226 da Constituição Federal, só pode ser constituída por um homem e uma mulher e, se tiverem prole, por qualquer deles - se viúvo ou separado - e

os filhos, que lhe cabe educar e preparar para a vida [...] não há, constitucionalmente, família na união de pessoas do mesmo sexo. Podem elas fazer um contrato de natureza patrimonial, mas não são família e nem podem se casar. (MARTINS, 2011, p. 1).

Já no que se refere a adoção tardia, o problema já começaria com a escolha do nome, pois, o próprio termo "tardia" já remete ao preconceito que rodeia esses indivíduos, já que, para muitos, há a existência de um mito de que são diferentes, problemáticos. De fato, pode-se afirmar que são sim diferentes, mas a diferença encontra-se na bagagem que estas crianças ou adolescentes carregam consigo, não se tratam de problemas, mas de marcas deixadas pelo passado que lhes foi imposto ao ponto de temerem que sejam novamente abandonadas.

O efeito pode ser difícil de lidar se os pais não entenderem que a criança tem uma facilidade muito maior de estabelecer vínculos do que o adulto. E, mesmo institucionalizadas, têm essa característica evidente. Deve compreender, também, que não se pode apagar a vida anterior, as lembranças e o sentimento de abandono e rejeição que tenham sofrido, pois o medo de reviver tais situações pode compeli-la a atitudes contrárias ao estabelecimento de novos vínculos como forma de defesa. Porém, o principal entrave à adoção tardia é, verdadeiramente, o preconceito. (ABOBOREIRA, 2011, p. 1).

São vítimas constantes de abandonos e preconceitos, tanto que Camargo (2005, p. 1) comenta que as crianças e adolescentes que são destinadas ao que está sendo chamado pela doutrina por adoção tardia são:

Aquelas destinadas a um período muito extenso de institucionalização e vitimadas por múltiplos abandonos: o "abandono da família biológica" que, por motivos sócio-econômicos ou ético-morais, são impedidas de manter os seus filhos; o "abandono do Estado" que, por meio das limitadas legislações e deficitárias políticas públicas, tem os braços engessados para o acolhimento de seus órfãos; o "abandono da sociedade" que ainda não entendeu o sentido do termo inclusão, uma vez que se vê ocupada com a invenção de novas, refinadas e eficientes técnicas de exclusão do diferente e das minorias.

Por fim, deve-se mencionar a necessidade de mudança na cultura da adoção, que, apesar de já estar apresentando grandes passos, como no caso de a prioridade estar na criança e não na família, deve acontecer. Tendo, inclusive, se

tornado cada vez mais comum que a sociedade trate esses indivíduos como uma ameaça ao bem-estar dela, elaborando, para tanto, dispositivos penais para que estes, que são vistos como problema, continuem vivendo a uma distância segura da sua realidade.

5 CONCLUSÃO

No desenvolvimento do trabalho foi possível observar que a adoção está sempre rodeada por preconceitos e inverdades que terminam por influenciar a maneira como o processo de adoção funcionará de modo que, em alguns casos, geram preferências sobre quais irá adotar e até levá-los a desistir do processo.

A adoção tem como seu principal objetivo o acolhimento da criança em um novo lar, tendo em vista que a ela não é mais possível ter o seu direito constitucionalmente garantido da convivência familiar cumprido por sua família biológica por motivos que vão desde morte dos genitores e inexistência de outros parentes, como perda do poder familiar. De acordo com a legislação brasileira, a colocação de uma criança ou adolescente em família substituta deve acontecer, mesmo que isso só aconteça após todas as possibilidades de os manter em sua família natural se esgotarem, e essa colocação se dá por meio da adoção.

Com a aprovação da nova lei de adoção muitas mudanças no processo de adoção ocorreram, dentre elas pode-se mencionar o fato de que, o objetivo da adoção deixou de ser o de encontrar uma criança para uma família para ser o de encontrar uma família para uma criança, virando-a, portanto, protagonista deste processo. Esta nova lei, na verdade, representou a preocupação com os direitos fundamentais da criança e do adolescente, garantindo assim a elas um crescimento e desenvolvimento saudável.

O sucesso da adoção não depende da idade, da saúde, do sexo ou da cor de uma criança, ele depende da maneira como os novos pais irão lidar com elas, depende mesmo é da entrega, suporte, companheirismo, amor, confiança e criação que o adotante terá para com o adotado. Logo, deve-se ressaltar por fim, a ideia de crianças mais velhas, ou diferentes dos padrões de preferências que existem atualmente apresentarão problemas quando foram adotadas, pois, isso não é verdade. Elas precisam de amor e carinho, precisam sentir-se seguras para que a sensação de abandono que as acompanha dê lugar ao amor que ela poderá dar a sua nova família.

REFERÊNCIAS

ABOBOREIRA, Edhyla Carolliny Vieira Vasconcelos. Adoção de crianças maiores e adolescentes: expectativas e polêmicas após o advento da Lei n. 12.010, de 2009. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10813. Acesso em 07 de junho de 2019.

ALMEIDA, Loa Karen Pereira dos Santos. **Abandono afetivo inverso e sua responsabilidade civil e criminal**. São Paulo, 2017.

AMIM, I. D.; MENANDRO, P. R. M. **Preferências por características do futuro filho adotivo manifestadas por pretendentes à adoção**. São Paulo, 2007.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017.

EBRAHIM, Sumara Gusmão. **Adoção tardia**: altruísmo, maturidade e estabilidade emocional. Disponível em: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/188/18814106.pdf>. Acesso em 07 de junho de 2019.

FREIRE, Fernando. **Abandono e adoção**: contribuições para uma cultura da adoção III. Curitiba: Vicentina, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2018.

GROENINGA, Giselle Câmara. **A razão tem razões que a própria razão desconhece**. **Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)**, Belo Horizonte, ano 10, n. 64. 2010.

LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. São Paulo, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A família na Constituição**. http://juristas.com.br/a_2358~p_1~A-fam%C3%ADlia-na-Constitui%C3%A7%C3%A3o. Acesso em 07 de junho de 2019.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Princípio do “melhor interesse da criança”**: da teoria à prática. São Paulo, 2016. Disponível em: http://www.gontijofamilia.adv.br/novo/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf. Acesso em 07 de junho de 2019.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **Estatuto do idoso**: aspectos teóricos, práticos e polêmicos e o Direito de Família. São Paulo: IBDFAM, 2016.

SILVA, Aline Fagundes; SAQUI, Iliane Machado. A compreensão da criança frente o seu processo de adoção tardia. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 121, fev. 2014. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14441. Acesso em 07 de junho de 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. **A nova família**: problemas e perspectivas. Coordenação de Vicente Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

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

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. São Paulo: Atlas, 2017.

Data do recebimento: 6 de agosto de 2018

Data da avaliação: 12 de dezembro de 2018

Data de aceite: 12 de dezembro de 2018

1 Acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Tiradentes – UNIT/PE.

E-mail: llmoveis@oi.com.br

2 Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – USP/SP.

E-mail: glaubersalomaoleite@gmail.com

