



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCELE REINEL SODRÉ

**A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA
SUPERABILIDADE NO INSTITUTO DA ADOÇÃO**

Salvador
2014

MARCELE REINEL SODRÉ

**A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA
SUPERABILIDADE NO INSTITUTO DA ADOÇÃO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Cristiano Chaves de Farias.

Salvador
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELE REINEL SODRÉ

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA SUPERABILIDADE NO INSTITUTO DA ADOÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2014

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a possibilidade de aplicação da teoria da superabilidade no instituto da adoção (mais especificamente no art. 39, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente), como forma de sanar as injustiças e irregularidades que podem ocorrer quando da aplicação literal da regra ao caso concreto. Para tanto, será feito um estudo acerca da perspectiva história da adoção, incluindo o seu desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de encontrar o fundamento de existência da regra do art. 39, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê o caráter excepcional e irrevogável do instituto. Como será visto, tal espécie normativa se aplica quando preenchida a sua descrição hipotético-normativa, não contemplando exceções, o que pode vir a causar consequências gravosas em casos excepcionais e complexos trazidos ao Judiciário por aqueles que buscam a prestação jurisdicional. Como forma de resolver as antinomias normativas, será analisada a teoria da superabilidade, a sua origem, finalidade, os requisitos para a aplicação e os benefícios que pode apresentar para o Direito. Em seguida, será feito o confronto entre a irrevogabilidade do ato de adotar e a teoria da superabilidade para se verificar a possibilidade de superação da regra do art. 39, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, concluindo-se que não há óbice ao afastamento do caráter irrevogável da adoção, uma vez que o constituinte não é capaz de prever todas as combinações de circunstâncias que merecem regulamentação. Deste modo, em sede de último capítulo, restará evidenciado que, diante de um caso concreto de difícil resolução, é possível considerar a superabilidade da regra da irrevogabilidade em harmonia com princípios e valores maiores consagrados pelo ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Adoção; Criança e Adolescente; Superabilidade; Defeasibility; Irrevogabilidade.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 DO INSTITUTO DA ADOÇÃO: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	8
2.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA DO INSTITUTO.....	12
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	16
2.2.1 O Código Civil de 1916.....	16
2.2.2 A Lei 4.655 de 1965	18
2.2.2.1 A Lei 6.697 de 1979 (Código de Menores) - Sistema dual: adoção plena x adoção simples	21
2.2.3 A Constituição Federal de 1988	23
2.2.4 A Lei 8.069 de 1990 e a Doutrina da Proteção Integral.....	26
2.2.5 Lei 12.010 de 2009 - A inserção do § 1º do art. 39, ECA.....	32
2.3 PROCEDIMENTO	35
2.3.1 Habilitação	35
2.3.2 Estágio de convivência.....	39
2.3.3 Sentença constitutiva	41
3 DOS EFEITOS E DA IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO	45
3.1 EFEITOS PESSOAIS	45
3.2 EFEITOS PATRIMONIAIS	47
3.3 ANÁLISE DO ART. 39, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	49
3.3.1 Regra da irrevogabilidade do instituto da adoção	52
4 DA TEORIA DA SUPERABILIDADE.....	57
4.1 ORIGEM E FINALIDADE	57
4.2 APLICAÇÃO.....	59
4.2.1 Requisitos para aplicação da Teoria da Superabilidade.....	63
4.2.2 Benefícios da sua utilização.....	65
5 TEORIA DA SUPERABILIDADE X IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO.....	67
5.1 COMPATIBILIDADE E APLICAÇÃO	70

6 CONCLUSÃO77

REFERÊNCIAS.....79

1 INTRODUÇÃO

O progresso das relações humanas impõe a necessidade de frequente adequação das normas existentes no ordenamento jurídico aos mais diversos valores consagrados pela dinâmica das sociedades. Em uma época onde as relações familiares sofrem grandes mutações e inovações, o Direito não pode cristalizar-se, devendo atender à realidade político-cultural na qual esteja inserido.

Com o objetivo de avaliar a adoção enquanto nova forma de constituição familiar, o presente trabalho visa estimular a reflexão crítica acerca da regra insculpida no art. 39, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece o caráter excepcional e irrevogável do instituto. Para tanto, em sede de primeiro capítulo, será realizado um estudo aprofundado a fim de avaliá-lo em sua perspectiva histórica e procedimental no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

Logo após a análise do processo judicial que precede a efetivação do ato de adotar, em sede de segundo capítulo, serão analisados os efeitos decorrentes da sentença constitutiva que estabelece o liame paterno-materno-filial entre as partes envolvidas no processo adotivo. Neste ponto, será abordada a justificativa social, moral e jurídica da permanência do status de irrevogabilidade e excepcionalidade da medida protetiva nos dias atuais.

Ademais, em sede de terceiro capítulo, será analisada a teoria da superabilidade, enquanto técnica hermenêutica para resolução de conflitos normativos, em sua origem, finalidade, requisitos de aplicação e os benefícios que a sua utilização pode trazer ao Direito.

Por fim, em sede de quarto capítulo, será feito o confronto entre a irrevogabilidade da adoção e a teoria da superabilidade, analisando-se a viabilidade de aplicação da técnica no instituto da adoção, mais especificamente no que diz respeito ao art. 39, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2 DO INSTITUTO DA ADOÇÃO: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A adoção é, inegavelmente, um ato de integração plena, por meio do qual se oportuniza a inserção de um indivíduo no cerne do núcleo familiar. É através deste instituto que se experimenta uma relação filiatória de afetividade, fundada em um vínculo fictício de paternidade e/ou maternidade; que se confere a alguém o estado de filho para os efeitos de direito, sejam eles pessoais, patrimoniais ou sucessórios.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 656) entendem ser a adoção “um ato jurídico em sentido estrito”, já que o ato de adotar deriva de um comportamento humano e os seus efeitos encontram-se previstos em lei. Reproduzindo o conceito apresentado por Paulo Lôbo, os referidos autores compreendem ser a adoção um ato:

De natureza complexa, excepcional, irrevogável e personalíssimo, que firma relação paterno ou materno-filial com o adotando, em perspectiva constitucional isonômica em face da filiação biológica.

Dimas Messias de Carvalho (2010, p. 01), por sua vez, entende que a adoção é “um ato jurídico solene e bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas naturalmente estranhas umas das outras”. Diferentemente do que defendem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, ao considerar a bilateralidade do ato Dimas parece afastar-se da noção de submissão das partes aos parâmetros legais, atribuindo um caráter mais voluntarista ao feito.

Em contrapartida, segundo o posicionamento de Maria Helena Diniz (2011, p. 547), a adoção não seria propriamente um ato, mas “um vínculo de parentesco civil” que inaugura entre os envolvidos no procedimento um laço legal de filiação.

Embora a doutrina carregue conceitos distintos acerca do instituto, todos confluem para um ponto comum: trata-se a adoção de parentesco decorrente de uma ficção jurídica estabelecida através do afeto. Este último, nos dias atuais, passou a ser o elemento capaz de possibilitar a constituição de novas entidades familiares, que encontram o seu principal fundamento na paternidade socioafetiva.

Neste íterim, vale transcrever o posicionamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 1054):

A filiação passou a ser um momento de realização humana, de plenitude existencial, seja qual for a sua origem. A filiação, enfim, passou a ser única,

podendo ser estabelecida por diferentes formas. E a adoção é um dos variados mecanismos de determinação filiatória, baseada no afeto e na dignidade, inserindo o adotando em um novo núcleo familiar.

Segundo o entendimento dos autores supramencionados, a filiação, enquanto relação de parentesco, desvincula-se da noção hodiernamente ultrapassada de perpetuação da sociedade. A família, que antes decorria exclusivamente do matrimônio, e os filhos, vistos como forma de complementariedade do casal, não mais encontram sua razão de ser nos efeitos político-culturais advindos de tal relação.

O fato é que, com o passar dos anos, o afeto vem adquirindo um importante papel na formação da estrutura da família, se consagrando, senão, como unidade fundamental “inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental”, como bem expressa Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p. 212).

Aprofundando o art. 226, parágrafo 4º, da Constituição Federal¹, em uma perspectiva ampliativa acerca das diferentes possibilidades de constituição familiar, o art. 25, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, expressamente previu que também se entende por família aquela decorrente do vínculo de afinidade e afetividade, como se pode observar da seguinte transcrição:

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

A valoração da afetividade, conferida pela Lei 12.010/09², para Alice de Souza Birchall, em obra organizada por Marcos Ehrhardt Júnior e Leonardo Barreto Moreira Alves (2010, p. 239), “alarga o conceito de família, que deixa de ser o núcleo biológico (paterno e materno)” e se prolonga para todas as pessoas com as quais o menor possua identificação ou empatia. A afetividade advinda desses vínculos

¹ Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

² A Lei 12.010/09, como informa o seu art. 1º, “dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes”, alterando significativamente a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Com o seu advento, a adoção de crianças e adolescentes passou a ser encarada como medida protetiva integralmente disciplinada pelas normas estatutárias, pondo fim às dúvidas acerca da aplicação da legislação civilista ao instituto. Em uma de suas inovações, acrescentou o parágrafo único ao art. 25, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, estendendo o conceito de família à comunidade que estabelece vínculos de afinidade e afetividade.

passa a ser analisada, agora, sob a perspectiva de valor jurídico, já que capaz de produzir efeitos de filiação.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p 217), o parentesco socioafetivo não mais pode ser ignorado, especialmente porque o princípio da afetividade, desde que consagrado constitucionalmente³, pode ser considerado “veículo propulsor” do reconhecimento jurídico da adoção. O referido instituto consagra a possibilidade de se gerir um filho sem a necessidade de transmissão da carga genética, ou seja, de ser criado um elo de parentesco desatado dos laços de consanguinidade, sendo o afeto o elemento que possibilita a certificação da nova relação parental.

Assim como não se faz possível encontrar um conceito exclusivo acerca do instituto da adoção, não é factível encontrar uma única posição doutrinária que defina a sua natureza jurídica. Há quem defenda que a adoção tem natureza de ato jurídico em sentido estrito, há quem sustente que tem natureza de contrato, e até de ato complexo, como será visto a seguir.

Conforme o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 302), “no ato jurídico em sentido estrito, o efeito da manifestação de vontade está predeterminado em lei”, estando a ação humana fundamentada no propósito do agente. A intenção deste, para caracterizar o suporte fático do ato jurídico em sentido estrito, poderá se bastar no seu comportamento ou em mera declaração de vontade, a depender da exigência legal. A adoção, nesse sentido, mais parece depender de uma declaração de vontade para produção dos efeitos determinados em lei, do que o mero comportamento do adotante, visto que o ato de adotar alguém perpassa pelo simples comportamento deste com o adotado. Para que sejam produzidos os efeitos jurídicos do instituto é necessário que a sua vontade se materialize por meio de uma declaração perante o Juizado da Infância e Juventude.

A eficácia da adoção, enquanto ato jurídico em sentido estrito, está condicionada à chancela judicial, e diferente não poderia ser, por se tratar da constituição de “um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas” e conseqüente rompimento do liame biológico, segundo entendimento de Maria Berenice Dias (2011, p. 483).

³ O afeto foi elevado ao patamar de princípio constitucional através da interpretação axiológica do próprio ordenamento jurídico. Não há previsão legal específica acerca do princípio da afetividade, mas este vem sendo comumente utilizado pelos tribunais, sobretudo em relação ao Direito de Família, onde muito se fala em dignidade da pessoa humana e princípio do melhor interesse.

Por outro lado, parte da doutrina costuma atribuir natureza jurídica contratual ao instituto. Belmiro Pedro Welter (2003, p. 148), consubstanciando a ideia de Eduardo de Oliveira Leite, neste íterim, conclui que a adoção, assim como pode se perfazer com a sentença constitutiva judicial, pode se realizar através de um contrato. Com fundamento na imprescindibilidade de manifestação prévia das partes envolvidas no procedimento entendem que a adoção teria natureza contratual.

Ocorre que, como ressalta Caio Mario da Silva Pereira (2010, p. 412), ainda que a “bilateralidade na adoção seja considerada para muitos como um contrato”, a presença do *consensus* não pode atribuir ao instituto a natureza contratual se for levada em consideração a figura peculiar que se tem do contrato no Direito das Obrigações. A liberdade na estipulação das cláusulas e seus efeitos, além do conteúdo econômico, por exemplo, são características inerentes a um contrato, e que não se afiguram presentes na adoção. Considerar que o instituto pudesse ser diminuído à condição de negócio jurídico, seria o mesmo que retirar-lhe os fundamentos que alicerçam sua existência no ordenamento. E, nesse sentido, o supramencionado autor (2010, p. 414) recorda que com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ser exigida a intervenção judicial no procedimento da adoção⁴, alterando substancialmente o caráter contratualista que lhe fora atribuído. Compartilhando deste entendimento, assevera Silvio de Salvo Venosa (2012, p. 261) que a adoção prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente não pode mais ser avaliada como ato jurídico bilateral consumado na simples manifestação de vontades. Para o referido autor, a existência do interesse público afasta por completo o caráter contratual anteriormente atribuído ao instituto.

Contrapondo o entendimento de que a adoção teria natureza jurídica de ato em sentido estrito ou de contrato, Galdino Augusto Coelho Bordallo (2011, p. 20) sustenta que o instituto mais se configura como um ato complexo, já que contempla diferentes etapas jurídicas: manifestação de vontade e prolação da sentença constitutiva. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 1058),

⁴ 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.

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

tal natureza decorre da “necessidade de manifestação de vontade pelo adotante e pelo adotando, e pela imprescindibilidade de chancela estatal”.

Razão assiste aos referidos autores e, ao que parece, o entendimento de que a adoção mais se aproxima da natureza de ato complexo é o que vem sendo acomodado pela jurisprudência, ainda que subsistam correntes doutrinárias defendendo caráter jurídico diverso. Não há como negar que a adoção consiste em um ato formal de amor, que possui efeitos jurídicos previstos em lei e exige a participação estatal.

Como será visto adiante, em razão do longo processo de maturação do instituto, o Estado tomou para si o dever de salvaguardar a dignidade da pessoa humana protegendo a família. E, por esse motivo, dedicou ao procedimento adotivo um tratamento cauteloso anterior e posterior ao efetivo ato de integração do adotado na nova família.

2.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA DO INSTITUTO

A evolução das relações humanas impõe a necessidade de adaptação periódica das normas existentes no ordenamento jurídico (sejam princípios ou regras) à realidade político-cultural de uma sociedade.

O Direito de Família, enquanto ramo do direito regulatório da ordem familiar, não pode ser pensado de maneira incontente diante das alterações da dinâmica social, sobretudo em uma época em que as relações familiares sofrem profundas mutações e inovações, desafiando os antigos conceitos e soluções trazidos pelo ordenamento jurídico.

O longo processo de desenvolvimento legislativo experimentado pela família, fundante da sociedade, passou por muitos momentos relevantes, especialmente no que diz respeito à superação do seu conceito, lastreado na ideia de matrimônio, e da consagração da adoção como uma nova forma de constituição familiar.

Precedentes históricos informam a existência do instituto desde os primórdios, tendo a prática sido associada a diversos significados, dependendo do contexto social,

cultural e temporal na qual estava inserida, como demonstra Antônio Chaves (1966, p. 391):

Conhecida e praticada desde a mais remota antiguidade, com finalidades religiosas, políticas e econômicas, a adoção teve uma regulamentação minuciosa e avançadíssima no Código de Hammurabi, 2.283-2.241 anos antes de Cristo, e foi amplamente praticada na Mesopotâmia, em Atenas, no Egito. São numerosos os testemunhos bíblicos: Efraim e Manés foram adotados por Jacó, Ester por Mardoqueu, Moisés por Térmulos, filha do Faraó.

Na antiguidade, a colocação de um indivíduo em uma família substituta foi comumente utilizada quando da impossibilidade de procriação da mulher, uma vez que a sociedade da época prezava fielmente pela perpetuação da religião e da memória de uma família. Como bem lembrado por Galdino Augusto Coelho Bordallo (2011, p. 250), no Livro Deuteronômio da Bíblia se consagrava a ideia de que com o falecimento do *pater famílias*, a viúva poderia se relacionar com o seu cunhado a fim de que lhe fosse dada a descendência. Os filhos advindos dessa relação serviriam para “perpetuar o nome da família em Israel”, preservando o culto doméstico e evitando, por via transversa, a extinção de uma comunidade familiar.

Um exemplo ainda mais claro quanto à finalidade da adoção também se encontra na Bíblia, no Livro Gênesis, Capítulo 16, que narra a história de Sarai, mulher de Abraão. Acreditando que era estéril por um castigo divino, entregou a sua serva, Hagar, ao seu esposo para que este pudesse engravidá-la. Consta do Versículo 16 que Sarai disse a Abrão: "Já que o Senhor me impediu de ter filhos, possua a minha serva; talvez eu possa formar família por meio dela".

O fato é que o instituto foi amadurecendo com o passar do tempo e, conforme assevera Galdino Augusto Coelho Bordallo (2011, p. 251), foi na Roma Antiga que o vínculo socioafetivo teve o seu apogeu, já que, em sua essência, vislumbrava “dar filhos a quem não podia tê-los”. No mesmo sentido, Silvio de Salvo Venosa (2012, p. 259) leciona que foi no Direito Romano que a adoção ganhou novos contornos, sendo concebidas duas modalidades distintas acerca do instituto: a *adoptio* e a *adrogatio*. Na primeira, a adoção se consagrava de uma forma simples, de modo que o adotando passava a assumir o culto doméstico do adotante na condição de seu herdeiro. O vínculo estabelecido entre adotante e adotado na ocorrência do *adoptio*, gerava efeito, apenas, entre as partes daquela relação. A *adrogatio*, por sua vez, exigia uma forma mais solene, já que além de modalidade antiga, tinha íntima relação com a perpetuação de uma família na sociedade. Tal modalidade gerava

efeitos não só entre as partes da nova relação que estava se constituindo, mas também abrangia a família originária do adotado, que seria absorvida pelo adrogante⁵ e poderia se ver extinta pela falta do continuador do culto doméstico, não fosse a participação do Estado no processo adotivo. Desta forma, a adrogação requeria aprovação pelos pontífices, através de decisão dos comícios (assembléias populares), observadas as seguintes condições: que fosse o adrogante um chefe de família sem herdeiro masculino, que o adrogado⁶ não fosse mulher e/ou impúbere (dada a impossibilidade de participação destes em comícios) e que a adrogação ocorresse em Roma. Essa era considerada uma modalidade mais gravosa de adoção, levando-se em consideração a realidade cultural da sociedade romana e a sua preocupação em conservar a memória de uma família para a posteridade.

As exigências da adrogação muito se distinguem das condições estabelecidas para a *adoptio*. Nesta última, bastava tão somente o consentimento dos chefes de família (genitor do adotando e adotante), já que a adoção não modificava a situação jurídica da família originária, tampouco dos componentes desta. Como observa Silvio de Salvo Venosa (2012, p. 260), “sendo o adotado um incapaz, não faria com que uma família e seu respectivo culto desaparecessem”.

À época do império de Justiniano, ainda no Direito Romano, a *adoptio* foi subdividida em *plena* e *minus plena*. Quando a adoção era realizada pelos parentes da criança, estava-se diante da *adoptio plena*; por outro lado, quando realizada por estranhos, consagrada estaria a *adoptio minus plena*. Embora as novas modalidades comportassem uma diferenciação no que diz respeito às características do adotante, as consequências jurídicas eram semelhantes, pois conservava o adotado os vínculos biológicos e sucessórios com a sua família natural. Assevera Silvio Salvo Venosa (2012, p. 260), entretanto, que na modalidade de adoção ocorrida entre estranhos, ao se submeter à condição de filho adotivo, este adquiria o direito a herança do seu adotante.

No mesmo sentido de Galdino Augusto Coelho Bordallo e Silvo Salvo Venosa, Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 407) afirma que o Direito Romano chegou a conhecer três tipos de adoção: aquela diretamente realizada pelos interessados; aquela decorrente da entrega de um incapaz para adoção; e aquela decorrente do

⁵ No sistema da adrogação seria o adotante.

⁶ No sistema da adrogação seria o adotado.

ato de vontade do testador, o que ratifica a ideia de que foi no Direito Romano que o instituto da adoção se expandiu de forma mais notória e sistemática.

Já na Idade Média, a existência do instituto ficou ameaçada. Era possível observar a prática da adoção, porém, com menor intensidade, já que se fortaleceu o discurso católico de que a família cristã se assentaria no sacramento do matrimônio, e que os filhos seriam frutos desta comunhão. Camilo de Lelis Colani Barbosa (2006, p. 12), nesse sentido, corrobora o entendimento de que:

[...] dissolvido o Império Romano, restou à Europa, como traço comum aos seus diversos povos, a religião cristã. Mesclaram-se, pois, regras religiosas e profanas, comuns aos povos europeus. Surge então na Idade Média a ideia de que o casamento é um “sacramento”, e como tal, outorgado por vontade divina, sendo, portanto, um ato indissolúvel.

Nesse período a Igreja Católica passou a pregar, além do sacramento do casamento, que a falta dos filhos (benção divina) não deveria ser compensada com a adoção, pois a esterilidade era fruto de um castigo supremo. A família que não conseguisse procriar não deveria buscar meios alternativos para modificar a realidade, e sim aceitar viver de tal penalidade ou restrição.

Estudos apontam que apenas no Direito Moderno a adoção voltou a se reerguer diante da sociedade, especialmente em razão da elaboração do Código Francês, em 1804. Segundo Galdino Augusto Coelho Bordallo (2011, p. 251), a grande contribuição para o fortalecimento do instituto pode ser atribuída a Napoleão, que defendia a inserção de dispositivos que disciplinassem a adoção no Código Civil, já que não conseguia ter filhos. Para o referido autor, a grande influência do Código de Napoleão possibilitou que a matéria se inserisse em diversos diplomas ocidentais, mormente por conta da influência francesa sobre as legislações do Ocidente, com objetivo semelhante àquele consagrado no Direito Romano: oportunizar quem não podia conceber filhos biológicos.

Com o passar do tempo, o propósito do instituto passou a contemplar também a hipótese daqueles que, por um gesto de amor, desejassem integrar um novo indivíduo na sua comunidade. Noutras palavras, deslocou-se a atenção da família que receberia o novo integrante para, agora, enfatizar o ser que seria colocado em uma família substituta. Segundo Galdino Augusto Coelho Bordallo (2011, p. 251), o sentido atribuído à adoção passou “a significar o dar uma família a quem não a

possui”, o que ratifica o caráter assistencialista trazido pelo Direito Contemporâneo e incorporado pela legislação pátria.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.2.1 O Código Civil de 1916

No Brasil, o instituto da adoção foi incorporado pelo Código Civil de 1916, que passou a discipliná-lo na Parte Especial, Livro I, Título V, Capítulo V, do art. 368 ao art. 379. Apesar da tutela jurídica conferida pelo diploma normativo em questão, a adoção ainda era vista como um vínculo filiatório ilegítimo⁷, pois a autenticidade do parentesco era reconhecida, apenas, quando os filhos advinham da relação conjugal. Nas palavras de Gustavo Tepedino (2009, p. 206), o casamento funcionava como um “selo distintivo, que distinguia o único modelo legítimo de comunidade familiar, cuja unidade formal era suficiente para a produção de efeitos jurídicos privilegiados”.

Além de serem os adotados incluídos no rol de filhos ilegítimos, que à época contemplava os filhos naturais, espúrios e incestuosos, todos frutos da relação extraconjugal, o adotante e o adotado não gozavam de segurança jurídica no que diz respeito ao vínculo socioafetivo estabelecido. Este poderia ser desfeito a qualquer tempo, se as partes assim conviessem, ou ainda, quando o menor adotado alcançasse a maioridade, conforme estabeleciam os arts. 374 e 373, respectivamente, do antigo Código Civil:

Art. 374 Também se dissolve o vínculo da adoção:
I - quando as duas partes convierem;

⁷ Como bem expressa Maria Berenice Dias, “a condição matrimonial dos pais levava a uma cruel divisão entre os filhos. Era alijada de qualquer direito a prole concebida fora do casamento. Nominados de naturais, adulterinos, incestuosos, todos eram rotulados como filhos ilegítimos, sem direito de buscar sua identidade. Não podiam ser reconhecidos enquanto o pai fosse casado. Só o desquite ou morte permitia a demanda investigatória de paternidade. Os filhos eram punidos pela postura do pai que saía premiado, pois não assumia qualquer responsabilidade pelo fruto de sua aventura extramatrimonial” (A mulher no Código Civil – Disponível em http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf – Data de acesso: 20/05/2014).

II - nos casos em que é admitida a deserdação.

Art. 373 - O adotado, quando menor, ou interdito, poderá desligar-se da adoção no ano imediato ao em que cessar a interdição, ou a menoridade.

De acordo com a Lei 3.071/16 – instituidora do Código Civil de 1916 –, em razão da possibilidade de desfazimento do liame legal estabelecido entre adotante e adotado, a adoção não tinha o poder de fazer cessar o vínculo biológico do adotado com a sua família originária, e, por esse motivo, também não fazia cessar os direitos e deveres resultantes do parentesco natural, com exceção do pátrio poder, conforme disposto no art. 378 da antiga legislação civilista⁸. Talvez pela instabilidade jurídica do instituto o legislador não tenha estabelecido a isonomia de direitos para os filhos legítimos e os filhos socioafetivos, que apesar de serem fruto de relação extraconjugal, eram inseridos nas famílias, senão, por amor, por ato de vontade das partes.

A adoção ao tempo do Código Civil de 1916, além de ter os seus efeitos restritos aos participantes da relação⁹, estava submetida ao preenchimento de uma série de requisitos, justificados, até então, pelos valores enraizados na sociedade da época. Uma dessas condições era que a adoção só fosse realizada pelo adotante com idade igual ou superior a trinta anos e, caso este fosse casado, só se efetivaria em cinco anos do matrimônio. Ao que parece, pretendeu o legislador preservar a família natural e a sua prole, uma vez que não há razão que sustente a exigência de uma idade elevada como condição para adoção, tampouco motivo que fundamente a indicação de um prazo na hipótese dos legitimantes serem casados.

Ademais, a Lei 3.071/16 ainda previa que a adoção só poderia ser conjunta caso os adotantes fossem marido e mulher, e que devia ser respeitada a diferença mínima de dezesseis anos de idade entre adotante e adotado. Este requisito último, por sua vez, foi um dos únicos que prosperou após a constitucionalização da adoção, tendo sido praticamente transcrito pelo art. 42, parágrafo 3º, do Estatuto da Criança do Adolescente¹⁰.

⁸ Art. 378. Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo.

⁹ Art. 376. O parentesco resultante da adoção (art. 336) limita-se ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais, a cujo respeito se observará o disposto no art. 183, III e V.

¹⁰ Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

Sabe-se, todavia, que a regra estabelecida pelo dispositivo acima mencionado pode sofrer flexibilizações em virtude do Princípio da Proteção Integral e Princípio do Melhor Interesse, aplicáveis a toda legislação que vise disciplinar relações em que estejam presentes as crianças e adolescentes. Nos dias atuais pode-se conceber a hipótese de uma adoção sem a observância desta regra, desde que verificada a relação estabelecida entre os envolvidos no processo adotivo, e resguardadas as melhores condições de desenvolvimento do menor.

2.2.2 A Lei 4.655 de 1965

Passados quase cinquenta anos da edição do Código Civil de 1916, com a promulgação da Lei 4.655 em 02 de junho de 1965, a adoção passa a ter uma nova conotação, oportunizando aos adotados uma maior integração com a família adotante através do sistema da legitimação adotiva. Segundo o entendimento de Antônio Chaves (1966, p. 390), o novo diploma normativo objetivava “corrigir as próprias asperezas de uma sorte adversa”, conduzindo os menores a encontrar “a redenção de um lar substituto”.

A legitimação adotiva, em oposição ao sistema civilista que previa a ilegitimidade do filho socioafetivo, apoiava-se na ideia de cessação do vínculo jurídico do adotado com a família originária, a fim de que houvesse a sua efetiva inclusão na nova comunidade substituta, pois como aponta Aldo de Assis Dias (1964, p. 13), “as separações sucessivas do menor causam-lhe insegurança, traumas emocionais, obstando a sua completa integração no lar”.

O sistema de adoção previsto na legislação civilista, apesar da finalidade a que se propôs, passou a não mais satisfazer as necessidades da sociedade da época, já que não havia disciplina ou solução para os sucessivos problemas encontrados, tais como: a mudança do prenome do adotado, o direito à sucessão hereditária, a permanência do vínculo jurídico e biológico do menor com a sua família natural, entre outros. Nesse sentido, como leciona Antônio Chaves (1966, p. 392), a nova sistemática da adoção – legitimação adotiva - “veio resolver o problema, tão bem equacionado por Francisco Pereira de Bulhões Carvalho, dos menores abandonados, que não podiam ser incorporados definitivamente como filhos pela

família que os desejasse adotar”. A finalidade, indubitavelmente, era de que fossem estabelecidos vínculos mais fortes entre os participantes do processo adotivo.

Ocorre que nem todos podiam se valer da legitimação adotiva, já que esta, conforme entendimento de Galdino Augusto Coelho Bordallo (2011, p. 253), “baseava-se na ideia de que não houvesse nenhum resquício de lembrança da família biológica”. A idade do adotando, nesse sentido, além de fator facilitador da inclusão, era distintivo entre aqueles que poderiam se utilizar do novo sistema de integração. Talvez por esta razão, o art. 1º da Lei 4.655/65¹¹, que contemplava um rol de 12 artigos, já estabelecia que a legitimação adotiva, mais benéfica do que o sistema simples civilista, só poderia ser aplicada aos menores de sete anos de idade, quando abandonados, com pais desconhecidos, cujos pais fossem destituídos do pátrio poder ou, ainda, houvessem declarado por escrito que o menor poderia ser entregue para adoção. Tendo a criança alcançado idade superior a sete anos, deveria se valer do sistema previsto pelo Código Civil de 1916, a menos que já estivesse sob a guarda dos legitimantes. Nas palavras de Antônio Chaves (1966, p. 392), a legitimação adotiva consistia na:

Outorga judicial, de efeitos constitutivos e com as condições de segredo, irrevogabilidade e total desligamento da família de sangue, obedecidos os requisitos fixados em lei, a um menor até sete anos de idade, abandonado, órfão ou desamparado, do estado de filho legítimo de um casal, excepcionalmente de pessoa viúva, com ressalva dos impedimentos matrimoniais e do direito de sucessão se vier a concorrer com filho legítimo superveniente.

Todo o procedimento era feito pela via judicial, perante uma autoridade judiciária, e a sentença que deferia a legitimação tinha efeitos constitutivos, razão pela qual determinava que fosse expedida nova certidão de registro do menor onde fizesse constar o nome dos pais adotivos como legítimos.

É neste momento, no âmbito de aplicabilidade do sistema contemplado pela Lei 4.655/65, que começa a se difundir a ideia da irrevogabilidade do ato de adotar, consagrado, posteriormente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, independentemente da faixa etária.

¹¹ Art. 1º É permitida a legitimação do infante exposto, cujos pais sejam desconhecidos ou hajam declarado por escrito que pôde ser dado, bem como do menor abandonado propriamente dito até 7 (sete) anos de idade, cujos pais tenham sido destituídos do pátrio poder; do órfão da mesma idade, não reclamando por qualquer parente por mais de um ano; e, ainda, do filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitado de prover a sua criação.

§ 1º Será também permitida a legitimação adotiva, em favor do menor, com mais de 7 (sete) anos, quando à época em que completou essa idade, já se achava sob a guarda dos legitimantes, mesmo que estes não preenchessem então as condições exigidas.

A legitimação adotiva, segundo expressa disposição legal¹², era perpétua, imutável, ainda que os adotantes viessem a conceber filhos legítimos. Comparados a estes, os legitimados adotivos eram agraciados com os mesmos direitos e deveres estabelecidos em lei, salvo a plenitude do direito sucessório. Apesar de sofrer do desligamento com a sua família de sangue, o filho socioafetivo não teria direito a participar da sucessão de seus adotantes no caso de vir a concorrer com filho biológico superveniente à adoção.

Nota-se que mesmo com o avanço do instituto e a consagração da filiação socioafetiva, a Lei 4.655/65 ainda previa distinções entre a criança e o adolescente; e entre estes e os filhos legítimos dos adotantes. Mesmo que o referido diploma normativo objetivasse a integração plena de um indivíduo em uma nova entidade familiar, de modo absolutamente descabido previa, também, que o vínculo da adoção somente poderia se estender à família dos legitimantes quando os ascendentes destes aquiescessem ao ato que a consagrou¹³. Talvez por essa razão, tratava-se de um procedimento sigiloso, conforme estabelecia o art. 8º da Lei 4.655/65¹⁴, com o intuito de resguardar a criança.

Ainda assim, segundo o entendimento de Antônio Chaves (1967, p. 340):

O projeto de lei n. 562, apresentado à Câmara dos Deputados em 1955 por JAEDER ALBERGARIA, após uma longa elaboração transformado na Lei 4.655, de 2-6-1965, deu ao nosso país a glória de ter sido o segundo no mundo inteiro a seguir a senda traçada pelo legislador francês, insculpindo em sua legislação uma das mais brilhantes conquistas.

Há de se reconhecer que a ideia da legitimação adotiva, sem dúvidas, era propiciar um vínculo intenso entre os envolvidos no processo da adoção, e apesar das discrepâncias apontadas, engendrou mudanças significativas ao instituto com a nova roupagem conferida aos menores de sete anos inseridos no seio de um novo núcleo familiar.

¹² Art. 7º A legitimação adotiva é irrevogável, ainda que aos adotantes venham a nascer filhos legítimos, aos quais estão equiparados aos legitimados adotivos, com os mesmo direitos e deveres estabelecidos em lei.

¹³ Art. 9º O legitimado adotivo tem os mesmos direitos e deveres do filho legítimo, salvo no caso de sucessão, se concorrer com filho legítimo superveniente à adoção.

§ 1º O vínculo da adoção se estende à família dos legitimantes, quando os seus ascendentes derem adesão ao ato que o consagrou.

¹⁴ Art. 8º A violação do segredo estabelecido neste capítulo, salvo decisão judicial, sujeitará o funcionário responsável às penas do art.325 do Código Penal.

2.2.2.1 A Lei 6.697 de 1979 (Código de Menores) - Sistema dual: adoção plena x adoção simples

Já em 1979, pouco antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi estabelecido um novo sistema legal para a adoção com o advento da Lei 6.697/79, também conhecida como Código dos Menores. A sua pretensão era, senão, regulamentar e disciplinar a conduta dos menores de idade, carentes, abandonados, que se encontravam em situação irregular¹⁵.

O Código dos Menores nasce com o objetivo de derogar o Decreto 17.943-A, então denominado “Código Mello Mattos”, que visava consolidar as leis de assistência e proteção aos menores de idade. Como bem explicita Manuel Augusto Vieira Neto (1949, p. 494), o referido diploma normativo, com espírito renovador, “alterou radicalmente a situação em que se colocavam os problemas da infância. Contudo, por ter sido elaborado com demasiada rapidez, nem sempre foi feliz nas decisões tomadas”. A Lei 6.697/79, nesse sentido, chegava ao cenário jurídico como uma forma de sanar algumas irregularidades contidas no Código Mello Mattos. Além de transcrever antigos dispositivos que disciplinavam sobre o trabalho infantil, a descriminalização de condutas praticadas por menores de idade e os serviços estatais disponíveis para a assistência da criança e do adolescente, o Código de Menores reforçava o instituto da adoção e previa um sistema dual para a sua concretização, conforme previsão do art. 17, incisos IV e V¹⁶.

Com base na análise do referido dispositivo legal, a adoção poderia se efetivar por meio do procedimento pleno ou simples, a depender da idade do menor envolvido no processo adotivo. O primeiro (adoção plena) era aplicado aos menores de sete

¹⁵ Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

¹⁶ Art. 17. A colocação em lar substituto será feita mediante:

IV - adoção simples;

V - adoção plena.

anos de idade, enquanto que o segundo (adoção simples) era aplicado aos menores de dezoito anos que se encontrassem em situação irregular, e aos maiores de dezoito e menores de vinte e um anos que se encontrassem na mesma condição.

Quando aplicável aos menores de dezoito anos, a adoção simples era realizada através de escritura pública, apesar do pedido necessariamente ser feito a uma autoridade judicial. O procedimento era disciplinado pelas regras contidas no Código Civil de 1916, aplicando-se suplementarmente as normas dispostas na Lei 6.697/79. A escritura que constituía os vínculos socioafetivos deveria ser averbada no registro de nascimento do menor, e embora o procedimento fosse realizado de forma mais simplificada, o legislador estabelecia um estágio de convivência para os envolvidos nessa relação por prazo a ser determinado pelo magistrado, de modo que a criança ou adolescente passasse por um período probatório de aproximação com a sua nova família.

Noutra esteira, quando aplicável aos maiores de dezoito anos e menores de vinte e um anos em situação irregular, a adoção simples também era realizada através de escritura pública, contudo, a participação da autoridade judicial dava lugar à assistência dos pais ou representantes dos adotandos. Neste tipo de procedimento não havia participação do Estado, mas tão somente a declaração de vontade do adotando e a validação dessa manifestação por seus genitores, que perdiam, por conseguinte, o poder familiar. Por ser uma modalidade de caráter contratual, a adoção simples se sujeitava à legislação civilista, não sendo possível admiti-la como definitiva ou irrevogável em razão da possibilidade do aparecimento de causas extintivas do contrato.

Já no que diz respeito ao sistema da adoção plena, aplicável aos menores de sete anos ou maiores que tivessem atingido a referida idade quando estavam sob a guarda dos legitimantes, a adoção era integralmente realizada através de procedimento judicial e visava a plena inserção da criança ao novo cerne familiar, com o desligamento de todo e qualquer vínculo jurídico desta com sua família biológica (ressalvados os impedimentos matrimoniais).

Em síntese, a Lei 6.697/79 acabava por acolher a legitimação adotiva contemplada pela Lei 4.655/65 como hipótese de adoção plena, alterando alguns dos seus dispositivos para possibilitar, de fato, uma maior integração do menor com a família substituta. Não mais havia proibição ou restrição quanto à participação do adotado

na sucessão, caso concorresse com filho legítimo superveniente, bem como foi dispensada a adesão dos ascendentes dos legitimantes acerca da inclusão do novo membro na família, vez que a adoção se estendia, automaticamente, aos demais integrantes da comunidade.

O Estado passava a assumir uma posição ativa para conferir uma maior proteção aos menores de idade, sendo esta, talvez, a grande inovação trazida pela Lei 6.697/79. Passou-se a exigir a intervenção judicial para a adoção de criança ou adolescente, sendo a faixa etária mero fator distintivo quanto ao procedimento a ser aplicado e aos efeitos atribuídos ao ato de adotar.

2.2.3 A Constituição Federal de 1988

Foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que o instituto da adoção ganhou nova roupagem, já que consagrados preceitos basilares do Direito de Família. Enquanto complexo de normas jurídicas e imperativas, trouxe em seu Capítulo VII dispositivos relevantes para a família, entendida, segundo o art. 226, *caput*, como “base da sociedade e merecedora de especial proteção do Estado”¹⁷.

Valendo-se desta premissa entendeu bem o legislador ao assegurar à criança e adolescente, componentes importantes da estrutura familiar, os direitos fundamentais à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, com absoluta prioridade; além de lhes salvaguardar o direito de ser colocado à salvo de qualquer negligência, exploração, violência, crueldade, opressão e discriminação. Quanto a esta última, além de proibir todo o tipo de discriminação para com as crianças e adolescentes, o legislador tratou de minudenciar o tema no parágrafo 6º

¹⁷ Importante ressaltar que a família a que se refere o art. 226 da Constituição Federal, não mais se coaduna exclusivamente naquela formação já conhecida: homem, mulher e sua prole; como também nos demais arranjos e estruturas familiares, que se formaram com o passar dos anos (família monoparental, avoenga, entre outros), pois a evolução dessas estruturas, segundo o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal (2013, p. 41) está intimamente ligada ao desenvolvimento e evolução do homem e da sociedade, “mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas”. Não restam dúvidas quanto à aplicação das normas constitucionais destinadas à família a esses novos tipos de convivência, mormente porque, partilhando do entendimento de Dirley da Cunha Junior (2010, p. 143), as normas constitucionais “devem estar abertas aos acontecimentos sociais” para acompanhar a realidade político-social de onde provém a própria Constituição.

do art. 227, da Carta Magna. Optou por abolir toda e qualquer designação discriminatória relativa à filiação, consagrando assim, o princípio da Igualdade dos Filhos, como se pode observar da seguinte transcrição:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§ 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Como preleciona Maria Berenice Dias (2011, p. 484), desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 foram assegurados os mesmos direitos aos filhos biológicos e socioafetivos, não cabendo mais “falar em filho adotivo, mas em filho por adoção”.

A Igualdade dos Filhos, enquanto princípio de natureza constitucional, foi reproduzido no art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁸, bem como no art. 1.596¹⁹, do Código Civil em vigor, dada a sua importância diante do histórico normativo que regulamentava a filiação. Em outras épocas era necessária a apuração da legitimidade dos filhos para a verificação de seus direitos, inclusive no âmbito sucessório e de família. A criança ou adolescente fruto de relação extraconjugal, além de sofrer toda a discriminação da sociedade em razão de sua ilegitimidade, não estava plenamente acobertado pela seara familiarista.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, entretanto, foram exterminadas as designações filiatórias e imposto o direito dos filhos de serem tratados sem distinção. Do mesmo modo, foi designado aos pais, à sociedade e ao Estado o dever de tratá-los isonomicamente, independentemente da sua origem. Segundo o entendimento de Antônio Cezar Lima da Fonseca (2012, p. 72), no Direito de Família o princípio da Igualdade transita entre os cônjuges, na gestão simultânea do poder familiar, e entre os próprios filhos, crianças e adolescentes, no tratamento de um com os outros.

¹⁸ Art. 20. 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.

¹⁹ 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.

Este, assim como os demais princípios constitucionais que integram o ordenamento, pode ser considerado “pauta normativa máxima de uma Constituição”, devendo ser compreendido e observado quando da aplicação dos demais dispositivos que compõem o sistema jurídico, pois além de norma cogente, reflete a ideologia da própria Carta Magna, conforme concepção de Dirley da Cunha Junior (2010, p. 186).

A perspectiva constitucional conferida ao tratamento isonômico dos filhos é fruto de um longo processo de maturação do instituto da adoção na sociedade. Sobre ele (o instituto), refletiram direta e intensamente os valores trazidos pela Constituição Federal, que veio a pôr fim ao antigo “Código dos Menores” (Lei 6.697/79) e a sua previsão de sistema dual para a adoção.

É a partir deste momento que se pode afirmar, pelas palavras de Antônio Cezar Lima da Fonseca (2012, p. 140), que “a origem da filiação tornou-se única, e a Doutrina da Proteção Integral foi à adoção definitivamente incorporada”, afinal, como bem anota Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p. 215), a garantia do desempenho das funções parentais não deve ser estabelecida pela “similitude genética ou derivação sanguínea, mas sim, pelo cuidado e o desvelo dedicados aos filhos”.

A exigência constitucional do tratamento isonômico aos filhos, cominado com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, norteador do ordenamento jurídico, passou a conferir aos integrantes de uma comunidade familiar uma gama de direitos e deveres de igual teor, independentemente das suas origens. A adoção passa a ser vista não mais como um mecanismo de oportunizar aqueles que não podem ter filhos, e sim como uma medida protetiva que visa garantir assistência ao menor, através da sua colocação em uma família substituta, de maneira excepcional, para que possa se desenvolver em um lar sadio e harmonioso.

Na ocorrência de violação ou ameaça de lesão aos direitos garantidos aos menores de idade, poder-se-á recorrer às medidas protetivas dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente²⁰. A exemplo disso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu pela procedência da destituição do pátrio poder dos genitores visando o regular desenvolvimento de uma criança:

²⁰ Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
III - em razão de sua conduta.

APELAÇÃO CÍVEL. MEDIDA PROTETIVA. ECA. MENORES EXPOSTOS A SITUAÇÕES DE RISCO PELA MÃE BIOLÓGICA. ABRIGAMENTO COM VISTAS À ADOÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DAS CRIANÇAS. SENTENÇA CONFIRMADA. Situação de fato em que o menor foi abrigado por meio de medida protetiva em decorrência de verificada exposição a graves situações de risco pela mãe biológica, agressora e que por sua vez sofria agressão de seu companheiro, também havendo evidência de que seja ela usuária de álcool e substâncias entorpecentes, não apresentando condições de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar, não havendo prova nos autos de alteração positiva dessa situação, tampouco condições de manter a criança inserida na família extensa, dadas as circunstâncias que ilustram o caso concreto. Estudo social e psicológico favorável à medida. Histórico pregresso que comprova a não manutenção da guarda pela mãe também sobre outra prole. APELO DESPROVIDO. (TJ-RS - AC: 70050195858 RS , Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Data de Julgamento: 08/05/2013, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/05/2013)

O julgado evidencia que a exposição da criança a uma situação de risco é fundamento suficiente para a intervenção judicial, já que deve o Estado garantir e zelar pelos direitos dos menores de idade, assegurados constitucionalmente, ainda que, para tanto, seja necessário interceder na estrutura familiar.

Apesar da família contemporânea não mais conceber a ingerência estatal, como bem aponta Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p. 182), “a Constituição Federal procurou unir a liberdade do indivíduo à importância que a família representa para a sociedade e para o Estado”. Por esse motivo, na sua função de protetor e provedor poderá interferir na comunidade visando tutelar os seus membros e garantir a efetivação dos seus direitos.

2.2.4 A Lei 8.069 de 1990 e a Doutrina da Proteção Integral

É inegável que, a partir da nova perspectiva constitucional, o instituto da adoção avançou consideravelmente, mormente pela posterior criação da Lei 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente e veio a revogar expressamente a Lei 6.697/79.

O novo diploma normativo ampliou a proteção aos menores, que agora passariam a ser tutelados independentemente da situação irregular. Noutras palavras, à criança e ao adolescente, dentro ou fora da esfera familiar, passou a ser ofertada toda a assistência moral, psíquica, material ou jurídica por seus pais, responsáveis, ou até

mesmo pelo Estado, que deve se responsabilizar por não prestar ao menor aquilo que lhe é garantido constitucionalmente.

Nas palavras de Roberto João Elias (2010, p. 12), com o advento do Estatuto, “o menor torna-se sujeito de muitos direitos que não lhe eram conferidos por nosso ordenamento jurídico”, ao fundamento de que as crianças e adolescentes necessitam de uma proteção diferenciada por se encontrarem em estágio de desenvolvimento.

No entendimento de Salomão Resedá (2010, p. 358), “a elevação do status das crianças e dos adolescentes ao patamar de ser humano possuidor de direitos trouxe inúmeras modificações ao ordenamento”, já que, em virtude da situação peculiar de indivíduos em formação, reclamam uma proteção mais abrangente.

A vulnerabilidade da criança e do adolescente justifica a aplicação do Princípio da Proteção Integral, contemplado pelo art. 1º da Lei 8.069/90²¹, a todas as relações que os envolvam, como meio de concreção das garantias constitucionais previstas no *caput* do art. 227²². Através deste princípio, extraído da referida norma constitucional, foi construída uma verdadeira Doutrina da Proteção do Menor, vez que estabelecido um sistema normativo específico destinado às crianças e adolescentes, titulares de direitos e interesses prioritários frente à família, sociedade e Estado. Quanto a este último, é incontroverso o fato de que se afigura como responsável pela efetivação dos direitos fundamentais dos menores de idade, sendo possível encontrar decisão no sentido de condenação do Estado, em sua esfera Municipal, por se manter omissa na construção de um abrigo para acolhimento de crianças e adolescentes, como se pode ver da transcrição que se segue:

REEXAME NECESSÁRIO. ECA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÃO DE ENTIDADE DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO MUNICÍPIO DE TERRA DE AREIA. DEVER DO PODER PÚBLICO DE ASSEGURAR, COM ABSOLUTA PRIORIDADE, OS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES, À LUZ DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. MUNICIPALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE ATENDIMENTO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 1. De acordo com o art. 227 da Constituição Federal, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à

²¹ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

²² 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.

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. Nesse sentido, o ECA preconiza que a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais das três esferas de governo, sendo que a municipalização do atendimento é a primeira das diretrizes da política de atendimento (art. 88, inc. I). Portanto, é indubitoso que compete aos Municípios fornecer subsídios para prestar o devido atendimento às crianças e adolescentes do Município que estejam expostas a situação de risco. 2. Dentre as medidas protetivas passíveis de aplicação quando verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98 do ECA, está a de acolhimento institucional (art. 101, inc. VII), impondo-se que a municipalidade disponha de entidade para tanto, inclusive para que a finalidade do acolhimento, prevista no § 1º do art. 101 do ECA, seja plenamente atendida, à luz da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. UNÂNIME.

(TJ-RS - REEX: 70058263187 RS , Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 08/05/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/05/2014)

A decisão sustenta o fundamento de que a existência do abrigo ou casa de acolhimento faz parte do dever de manutenção do Estado para com as crianças e adolescentes, além do seu comprometimento constitucional em realizar políticas públicas visando efetivar os direitos dos menores. Nesse sentido, afigura-se plenamente correta, e como bem aponta Rose Melo Vencelau (2004, p. 47):

O ECA tem como pano de fundo a Carta de 1988 que promove a proteção integral da criança e do adolescente, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Neste caso, pessoa em desenvolvimento, razão pela qual a proteção além de integral deve mobilizar família, sociedade e Estado para a concreção dos seus direitos com absoluta prioridade.

Além deste, caso interessante cuja transcrição se faz necessária para a compreensão da responsabilidade do Estado em promover a concretização dos direitos constitucionais das crianças e adolescente foi a ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina face ao descaso estatal com a manutenção dos hospitais que atendiam crianças e adolescentes. Em sede de recurso especial, foi mantida a legitimidade do Órgão do *Parquet* para prosseguir com a demanda, que contemplava como fundamento a expressa violação aos direitos dos menores de idade e o atentado contra a dignidade da pessoa humana:

DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA. 1. Ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, ajuizada pelo Ministério Público do

Estado de Santa Catarina tendo vista a violação do direito à saúde de mais de 6.000 (seis mil) crianças e adolescentes, sujeitas a tratamento médico-cirúrgico de forma irregular e deficiente em hospital infantil daquele Estado.

2. O direito constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em norma constitucional reproduzida nos arts. 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência." "Art. 11. É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde."

3. Violação de lei federal. 4. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

5. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

7. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à saúde das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

9. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

11. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que

instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. 12. O direito do menor à absoluta prioridade na garantia de sua saúde, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana. 13. Recurso especial provido para, reconhecida a legitimidade do Ministério Público, prosseguir-se no processo até o julgamento do mérito.

(STJ - REsp: 577836 SC 2003/0145439-2, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 21/10/2004, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 28.02.2005 p. 200 RDDP vol. 26 p. 189)

Mais uma vez, restou evidenciada a responsabilidade do Estado quanto às omissões na prestação de serviços aos menores, e na observância destes como titulares de direitos com absoluta prioridade.

Inegável é que, a proteção constitucional atribuída às crianças e adolescentes, cominada com o posterior advento da Lei 8.069/90, modificou, e muito, o tratamento jurídico conferido àqueles indivíduos socialmente sensíveis. Como exemplo disso, o instituto da adoção, que antes era integralmente disciplinado pelo Código Civil de 1916. Através da legislação civilista, permitia-se que o procedimento adotivo fosse realizado através de escritura pública, o que acabava por atribuir ao instituto um caráter meramente negocial. A partir da escritura pública era possível tratar do futuro daquelas crianças e adolescentes de uma forma bastante simples, satisfazendo os interesses dos adultos pactuantes, e minorando, por via transversa, a proteção ao menor envolvido nesta relação.

Com o surgimento da Lei 8.069/90, a adoção passou a ser encarada como medida protetiva voltada ao bem-estar e qualidade de vida dos menores de idade, como forma de concretização dos seus direitos e garantias constitucionais. Para atender aos interesses das crianças e adolescentes, estabeleceu-se a necessidade de intervenção judicial, tanto para o procedimento da adoção, quanto para o resgate do menor inserido em uma situação de violação ou ameaça ao seu regular desenvolvimento²³.

²³APELAÇÃO CÍVEL. ECA. PROCEDIMENTO PARA APLICAÇÃO DE MEDIDA DE PROTEÇÃO. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DA INFANTE. GENITOR QUE APRESENTA PERFIL AGRESSIVO E QUE DENOTA NÃO TER COMPROMETIMENTO NECESSÁRIO PARA ASSUMIR OS CUIDADOS COM A FILHA, QUE CONTA APENAS DOIS ANOS DE IDADE. ADEQUAÇÃO DA MEDIDA APLICADA À LUZ DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL PRECONIZADA PELO ECA. A fim de resguardar os interesses dos menores, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece uma série de medidas de proteção, cuja aplicação deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos

Estudos apontam que foi a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, em 1924, o primeiro documento legal que se atentou em reconhecer direitos próprios da criança e do adolescente. Estes só vieram a ser efetivamente conhecidos mais tarde, após a década de 50, quando certificados pela ONU, na Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 1959. Através deste documento, foi estabelecida uma gama de princípios fundamentais para a concretização dos direitos infanto-juvenis, como o direito a um nome, nacionalidade, educação, lazer, alimentação, proteção contra o abandono e exploração, entre outros.

Ulteriormente, com o nascimento das Regras de Beijing, também conhecidas como *Beijing Rules*, no ano de 1985, as garantias já previstas foram aprimoradas e, a partir de então, foram estabelecidas regras mínimas para a administração da Justiça da Infância e Juventude, a exemplo da orientação 1.4:

A Justiça da Infância e da Juventude será concebida como parte integrante do processo de desenvolvimento nacional de cada país e deverá ser administrada no marco geral de justiça social para todos os jovens, de maneira que contribua ao mesmo tempo para a sua proteção e para a manutenção da paz e da ordem na sociedade.

Repetidamente, o referido documento legal faz menção a uma postura menos repressiva e mais protetiva/educativa do Estado com relação aos menores de idade, tendo em vista a situação de vulnerabilidade e desenvolvimento perante a sociedade. Como informa a orientação fundamental 1.3 das Regras de Beijing, o seu objetivo consiste na promoção do “bem-estar da criança e do adolescente, reduzir a necessidade da intervenção legal e tratar de modo efetivo, equitativo e humano a situação de conflito com a lei”.

Tanto a Declaração Universal dos Direitos da Criança quanto as Regras de Beijing influenciaram de maneira intensa e positiva na elaboração da Constituição Federal de 1988, e na posterior edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, razão pela qual se reputam como instrumentos memoráveis no histórico do desenvolvimento da Doutrina da Proteção Integral.

do menor, conforme dispõe o art. 100, inc. II, do Estatuto. Na espécie, ponderando a minuciosa análise feita pela equipe técnica, no sentido da incapacidade do genitor de assumir os cuidados com a filha, mormente em razão de seu comportamento agressivo, não merece qualquer reparo a sentença atacada, que manteve o acolhimento institucional da criança, pois tal medida, ao menos por ora, preserva os seus superiores interesses, mantendo-a a salvo de qualquer situação de risco que seria exposta, caso retornasse ao convívio do apelante. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70056935919, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 12/12/2013)
(TJ-RS - AC: 70056935919 RS , Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 12/12/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/12/2013)

2.2.5 Lei 12.010 de 2009 - A inserção do § 1º do art. 39, ECA

A Lei 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, com o passar dos anos, passou a clamar por retoques, razão pela qual foi necessária a atualização e adequação da sua sistemática às novas políticas públicas criadas com a finalidade de garantir a convivência familiar. Nesse sentido, no ano de 2009 foi editada a Lei 12.010, também denominada “Lei da Adoção”, que alterou regras processuais, criou novas infrações administrativas, revogou algumas normas estatutárias, instituiu o procedimento de habilitação para adoção e, principalmente, inseriu o parágrafo 1º no art. 39 da Lei 8.069/90, objeto do presente trabalho de pesquisa, cuja transcrição se segue:

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

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

Dado o caráter excepcional da medida protetiva, segundo o entendimento de Arnaldo Rizzardo (1994, p. 889):

Não pode o adotado desligar-se do vínculo da adoção. Nem ao adotante assiste a faculdade de refazer o vínculo criado. Manter-se-á a relação perpetuamente. Nem se aplicam, nesta espécie, as causas de revogação estatuídas pelo Código Civil. Assim, seja quais forem os eventos que ocorrerem, não se autoriza aos pais sanguíneos desconstituírem o liame criado. Na hipótese de conduta nociva à criação ou formação do filho, o caminho é a destituição do pátrio poder, e não a revogação do ato.

Apenas com o advento da Lei 12.010/09 a adoção de crianças e adolescentes passa a ser regulamentada unicamente pelo Estatuto, cabendo à legislação civilista disciplinar tão somente a adoção dos maiores de dezoito anos.

Enquanto medida protetiva excepcional de colocação de uma criança ou adolescente em uma família substituta, deve a adoção ser analisada com bastante atenção, uma vez que é direito do menor, consagrado no art. 227, *caput* da Constituição Federal²⁴, e no art. 19, *caput*, do ECA²⁵, a convivência familiar. A

²⁴ 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.

família é o primeiro agente socializador do indivíduo, e por essa razão deve o menor ser mantido na sua comunidade originária, sempre que possível, em prol da sua melhor formação.

A adoção deve ocorrer apenas na hipótese de ser mais benéfico para a criança ou adolescente, em decorrência do novo ambiente familiar lhe ser mais proveitoso, ou para fazer cessar qualquer ameaça ou lesão a direitos que lhes sejam salvaguardados. Em se tratando de uma dessas hipóteses, será legítimo para figurar na condição de adotando a criança ou adolescente “que não tenha possibilidade de reintegração familiar ou que não possua família natural”, segundo informa Galdino Augusto Coelho Bordallo (2011, p. 261).

Noutras palavras, a adoção seria a *ultima ratio*, devendo, sempre que possível, ser resguardado o direito da criança e do adolescente de permanecer no seio familiar natural. Diante de alguma impossibilidade, e esgotadas todas as medidas protetivas previstas no Estatuto, será o menor, então, reconduzido a uma nova família, que deve garantir um ambiente saudável para o seu regular desenvolvimento.

Em razão do estabelecimento da Doutrina da Proteção Integral, consagrada pela Lei 8.069/90, não mais se exige que o menor esteja inserido numa situação irregular para participar do procedimento adotivo, embora a medida seja aplicada, na maioria das vezes, quando resta caracterizada uma hipótese de irregularidade na sua relação com a comunidade ou com os membros do lar no qual esteja inserido. Adotando o Princípio da Proteção Integral, contemplado pela Constituição Federal ao conceber uma gama de direitos às crianças e adolescentes, o Estatuto estendeu a proteção do menor em situação irregular a toda criança e adolescente, independentemente da situação em que se encontrem, prevendo, excepcionalmente, a colocação destes numa família substituta em razão da inobservância de seus direitos.

Dado o caráter excepcional e irrevogável da medida, conforme disciplina o art. 45 do Estatuto²⁶, o deferimento da adoção dependerá do consentimento dos pais ou do

²⁵ Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

²⁶ Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder familiar. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

representante legal do adotando, só sendo tal anuência dispensada no caso de pais desconhecidos ou destituídos do poder familiar²⁷.

Ainda, como forma de evitar eventuais prejuízos ao menor em razão da irreversibilidade da adoção, o legislador previu o seu direito a conhecer a sua origem biológica²⁸ quando alcançada a maioridade. Para Arnold Wald (2013, p. 334), essa teria sido “a principal inovação introduzida pela Lei 12.010/09 (...) que se justifica por razões de ordem genética, mas também em razão dos impedimentos matrimoniais”.

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

²⁷ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

²⁸ Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos

2.3 PROCEDIMENTO

2.3.1 Habilitação

O procedimento da adoção deve se iniciar com a inscrição dos legitimados no cadastro das Varas da Infância e Juventude através de simples requerimento. Isso porque, visando facilitar o procedimento, o legislador previu no art. 50, *caput*, do Estatuto, que a autoridade judicial deverá manter em cada comarca ou foro regional um registro de crianças e adolescentes que preenchem as condições para serem adotados; e outro onde constem os interessados em adotar. São estes que darão o ponta pé inicial ao procedimento judicial, já que deverão buscar uma Vara da Infância e Juventude e manifestar o interesse em se habilitar para adoção.

Segundo Galdino Augusto Coelho Bordallo (2011, 286), a existência dos cadastros facilita e acelera o procedimento, já que além de permitir a apuração dos requisitos legais que condicionam a adoção, também auxiliam na verificação da compatibilidade entre adotando e adotante pela equipe interprofissional da Vara da Infância e Juventude.

O pedido de habilitação/inscrição, todavia, só será deferido após a ouvida do Ministério Público e consultados os demais órgãos técnicos do Juizado, uma vez que o interessado em adotar deve preencher os requisitos do art. 42 do Estatuto²⁹, além

²⁹ Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

§ 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

de não se se caracterizar incompatível diante das hipóteses previstas pelo art. 29 do mesmo diploma legal³⁰.

Para Arnold Wald (2013, p. 335), o propósito do legislador ao condicionar a adoção ao preenchimento de certos requisitos foi evitar as adoções dirigidas ou *intuitu personae*, nas quais os menores são entregues a famílias escolhidas por seus genitores ou representantes legais. No entanto, como bem afirma, “o escopo da adoção é outorgar um lar a quem dele carece”, e visando a proteção integral do menor, em situações excepcionais, será mais correto permitir que a criança ou adolescente permaneça com a família substituta que fora preferida³¹.

Resta incontroverso o fato de que deve ser resguardado o desenvolvimento do menor em sua formação biopsíquica e, nesse mesmo sentido, entende o Tribunal de

³⁰ Art. 29. Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.

³¹ Em casos excepcionais, visando o bem estar da criança ou do adolescente, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo esta modalidade de adoção, superando a aplicação literal da regra do cadastro para o procedimento, como se pode observar do seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO VERIFICAÇÃO - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protetorista 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; II - E incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo; III - Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o conseqüente vínculo de afetividade; IV - Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente; V - O argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda. Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não substanciam o inaceitável tráfico de criança; VI - Recurso Especial provido.

(STJ - REsp: 1172067 MG 2009/0052962-4, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 18/03/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/04/2010)

Justiça do Distrito Federal, que negou provimento a um recurso de apelação, indeferindo o pedido de inscrição no cadastro da adoção em razão da inobservância do que determina o art. 29 do Estatuto (requisito legal para habilitação no procedimento):

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PEDIDO DE INSCRIÇÃO NO CADASTRO À ADOÇÃO. EQUIPE INTERPROFISSIONAL. ESTUDO PSICOSSOCIAL. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA. ART. 29 ECA. 1. A ADOÇÃO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA É MEDIDA EXCEPCIONAL E REGE-SE PELO DISPOSTO NA LEI 8.069/90 - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 2. NOS PROCESSOS DE HABILITAÇÃO À ADOÇÃO, O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PREVÊ, EXPRESSAMENTE, A NECESSIDADE DA REALIZAÇÃO DE ESTUDO INTERPROFISSIONAL PARA VERIFICAR SE AQUELES QUE PRETENDEM ADOTAR POSSUEM CONDIÇÕES DO EXERCÍCIO DA PATERNIDADE OU DA MATERNIDADE. 3. A FINALIDADE DA ADOÇÃO É OFERECER UM AMBIENTE FAMILIAR FAVORÁVEL AO DESENVOLVIMENTO DE UMA CRIANÇA, QUE, POR ALGUM MOTIVO, FICOU PRIVADA DA SUA FAMÍLIA BIOLÓGICA. OBJETIVO PRIMORDIAL É ATENDER ÀS REAIS NECESSIDADES DA CRIANÇA, DANDO-LHE UMA FAMÍLIA, ONDE ELA SE SINTA ACOLHIDA, PROTEGIDA, SEGURA E AMADA. 4. NOS PROCESSOS DE ADOÇÃO O JUIZ DEVE OBSERVAR AS CAUTELAS LEGAIS QUE SE DESTINAM À PROTEÇÃO DA CRIANÇA, BEM COMO O SUPERIOR INTERESSE DOS ADOTADOS. 5. CONSTATANDO-SE QUE A MOTIVAÇÃO DOS PRETENDENTES A ADOÇÃO NÃO ATENDE AS DETERMINAÇÕES DO ART. 29 DO ECA, O PEDIDO DE INSCRIÇÃO DEVE SER INDEFERIDO. 6. RECURSO IMPROVIDO.

(TJ-DF - APC: 20100130089067 DF 0008872-47.2010.8.07.0013, Relator: GISELENE PINHEIRO, Data de Julgamento: 19/09/2013, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 26/09/2013 . Pág.: 88)

Como observa Roberto João Elias (2010, p.41), é importante para a regular formação da criança ou adolescente a sua convivência com pessoas idôneas, que influenciem positivamente no seu desenvolvimento, justificando, assim, a necessidade do estudo psicológico daqueles interessados em adotar. Para o autor:

Além do aspecto material e moral, quer-se um ambiente familiar adequado à formação plena da personalidade, com vista a um equilíbrio emocional que permita um crescimento normal e um correto preparo para a vida em sociedade.

De outro modo, sendo deferido o pedido de inscrição, o interessado será habilitado e incluído em uma fila de ordem sequencial para que aguarde o aparecimento de uma criança ou adolescente que se enquadre nas suas opções de sexo e idade.

O chamamento dos legitimantes deverá respeitar a ordem de antiguidade de habilitação. Como ressalta Galdino Augusto Coelho Bordallo (2011, 290), a existência do cadastro de habilitação implica na obrigatoriedade do respeito a ele e às pessoas previamente cadastradas.

Nesse sentido, assevera o autor (2011, p. 290) que a pessoa que encontra criança ou adolescente abandonado, “não poderá adotar, já que a preferência será para aquelas cadastradas, salvo se nenhuma das pessoas cadastradas mostra interesse em adotar”. Os menores que se acharem abandonados devem ser levados a uma Vara da Infância, que determinará o encaminhamento imediato para um abrigo e a sua posterior inscrição no cadastro de adoção. O respeito à lista de cadastro parece tema incontroverso nos tribunais, como se pode ver da transcrição da ementa que se segue, em razão da aplicação integral do art. 50 do Estatuto:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE ADOÇÃO - PRETENSÃO FORMULADO POR CASAL NÃO HABILITADO PREVIAMENTE - EXISTÊNCIA DE ANTECEDENTES NA LISTA DE ADOTANTES - OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 50 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - CUMPRIMENTO DA ORDEM CRONOLÓGICA DO CADASTRO OFICIAL - HIPÓTESE DE EXCEPCIONALIDADE AOS TERMOS DA LEI NÃO CONFIGURADA - IMPOSSIBILIDADE DE PREFERÊNCIA DOS APELANTES - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. Existindo casais previamente habilitados com precedência na lista de adotantes e não configurada qualquer hipótese de excepcionalidade aos termos legais, impõe-se a observância da ordem cronológica previamente estabelecida no cadastro oficial, que garante legalidade e imparcialidade no procedimento de adoção, bem como evita favoritismo e desigualdade de condições na pretensão de adotar, em nada contrariando o melhor interesse da criança.

(TJ-PR - AC: 7779320 PR 0777932-0, Relator: Clayton Camargo, Data de Julgamento: 22/06/2011, 12ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 665)

No entanto, ainda é possível encontrar autores que defendam a possibilidade de superação da referida regra quando o vínculo afetivo prevalecer sobre a preferência de ordem do cadastro. Considerando o melhor interesse da criança, não seria admissível retirá-la da companhia de quem aprendeu a amar em respeito à aplicação literal de uma regra, que tem por finalidade única dar publicidade e legalidade às adoções.

O vínculo afetivo, elo da família socioafetiva, deve prevalecer para minorar as consequências que a medida protetiva pode vir a causar à criança ou adolescente. Por essa razão, o cadastro deve ser respeitado e observado, mas também excepcionado em situações episódicas que reclamam uma providência judicial.

Nesse sentido, pondera Galdino Augusto Coelho Bordallo (2011, p. 291):

Aqueles que adotam posicionamento radical com relação à obrigatoriedade da habilitação prévia e da necessidade de inscrição no cadastro daqueles que desejam adotar, por certo estão se afastando dos princípios norteadores do Direito da Criança e do Adolescente, principalmente do Princípio do Melhor Interesse.

É possível encontrar decisões que corroboram com o entendimento de superação do cadastro de habilitação em prol de maior benefício para o menor, principalmente quando a criança ou adolescente já se encontra sob a guarda de fato de família não cadastrada.

Tal família substituta, ainda que não tenha sido habilitada, conforme entendimento de Luiz Paulo Santos Aoki (2013, p. 139), passa a assumir todos os direitos e deveres que uma família natural teria para com a criança ou adolescente; passa a ser a guardiã das garantias constitucionais e direitos transcritos no rol do art. 4º do Estatuto³². Em razão do liame afetivo estabelecido entre a família não cadastrada e o menor, não é razoável que este seja retirado do seio familiar quando já se encontra bem relacionado.

Essa situação é muito comum nos casos da adoção *intuitu personae*, e como pondera Carlos Eduardo Pachi (2013, p. 210), apesar da inobservância do cadastro, o deferimento excepcional da medida protetiva está condicionado à avaliação dos interessados perante as regras dos artigos 29 e 42 do Estatuto. Em sendo a análise negativa, a criança deve ser retirada do poder de quem detém a sua guarda de fato, e entregue, imediatamente, ao casal que está no topo da lista de preferência do cadastro da adoção.

2.3.2 Estágio de convivência

Passada a fase de habilitação e apresentada a criança ou adolescente ao casal que, inscrito no cadastro de adoção e respeitado o topo da lista, manifestou expressamente o seu interesse em adotar, caminha-se para o estágio de convivência.

³² 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.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Para que este se inicie, é preciso que haja um requerimento dos adotantes no sentido de obter a guarda provisória do adotando, com base no art. 33, parágrafo 1º do Estatuto³³, já que ultrapassado o período de conhecimento do menor pelos interessados na adoção³⁴.

O estágio de convivência é, senão, uma fase probatória de intenso contato entre o adotante e o adotado, em que o menor vai viver com a nova família sob a fiscalização da equipe técnica do Juízo. É um período muito importante por se avaliar o estabelecimento dos vínculos afetivos e a adaptação das partes envolvidas no processo adotivo.

Devido a sua relevância, o estágio probatório de convivência não possui tempo limite, sendo fixado pelo juiz, discricionária e casuisticamente, ou dispensado, nos casos em que o adotando já se encontrava sob a guarda ou tutela dos adotantes; ressalvados os casos de adoção por pessoa ou casal domiciliado fora do País, quando há prazo mínimo legal de trinta dias.

Maria Berenice Dias (2013, p. 522) aponta para o fato de que a simples guarda de fato não implica em dispensa do período de convivência. Nesses casos, o processo adotivo também requer o acompanhamento da equipe interdisciplinar, que deve apresentar relatório minucioso ao final da avaliação.

Não se pode olvidar que o objetivo desse estágio é verificar a existência ou não do vínculo socioafetivo entre os interessados e o menor de idade, razão pela qual o art. 46, do Estatuto, disciplina o procedimento que precede ao deferimento do pedido de adoção:

Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

§ 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se 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.

§ 2º A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência.

³³ Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

³⁴ Maria Berenice Dias (2013, p. 521) critica a etapa do procedimento que envolve o período de conhecimento do menor, e defende de forma intensa que se configura uma exigência perversa a obrigatoriedade de exposição do menor à visitação (art. 50, parágrafo 4º, ECA), pois inevitável que se crie falsas expectativas nos adotantes e na criança ou adolescente que esteja à espera de um novo lar.

§ 3o Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 (trinta) dias.

§ 4o O estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida.

Impende destacar que a equipe interprofissional do Juízo acompanhará todo o estágio de convivência, sendo o seu parecer, na maioria das vezes, decisivo no julgamento pela procedência ou improcedência do pedido de adoção. Não se pode admitir que o magistrado defira o requerimento sem a verificação de que a criança ou adolescente está efetivamente integrado no novo seio familiar.

Composta por profissionais habilitados e especializados, como assistentes sociais e psicólogos, a equipe interdisciplinar é indispensável para que se possa proceder com a avaliação equilibrada sobre o entrosamento dos envolvidos na situação, sempre levando em consideração o destinatário daquela medida protetiva.

A necessidade de participação dos órgãos técnicos se perfaz na medida em que é preciso orientar e preparar psicossocialmente os interessados em adotar, de modo que estes entendam o real sentido da medida e possam assegurar o desenvolvimento da criança ou adolescente em ambiente que lhe seja favorável. Deve-se primar, sobretudo, pela proteção integral e o melhor interesse do menor.

2.3.3 Sentença constitutiva

A apreciação do pedido de adoção das crianças e adolescentes é de competência da Justiça da Infância e Juventude³⁵ e deve se dar através de um procedimento especial e de absoluta prioridade, conforme disciplinado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para Murillo Digiácomo Cury (2013, p. 217), mais do que o direito de filho, o que se constitui com a sentença é o vínculo de filiação, sendo a adoção o meio utilizado para concretizar os laços de paternidade afetiva.

³⁵ No caso da adoção de maiores de idade, a competência será das Varas de Família.

Além do magistrado, adotantes e adotando, participarão como personagens deste processo judicial, também, o Promotor de Justiça³⁶, os pais biológicos ou representantes legais³⁷ (quando vivos e conhecidos), e o advogado ou defensor público.

A anuência dos pais ou do representante legal da criança e adolescente é condição para a adoção, já que se deve resguardar o direito do menor à convivência familiar. A colocação deste em família substituta é medida protetiva de caráter excepcional, só podendo ocorrer nos casos em que não for possível a reintegração na sua comunidade originária.

Conforme disciplinado no art. 43 do Estatuto, a adoção deve apresentar benefícios, vantagens reais ao adotando, além de se fundar em motivos legítimos. Nesse sentido, só pode a medida ser deferida com o consentimento da família natural. A dispensa desse requisito só poderá ocorrer quando os membros desta forem desconhecidos ou, se conhecidos, tiverem sido destituídos do poder familiar.

Ainda com relação ao consentimento, o legislador também previu a participação do adolescente no processo judicial. Contando com mais de 12 anos de idade, deve ele, obrigatoriamente, manifestar o seu interesse em ser ou não adotado pela família habilitada com a qual conviveu no estágio probatório. É o que dispõe o parágrafo 2º do art. 45 do Estatuto:

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

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

O consentimento do adolescente, segundo Luiz Paulo Santos Aoki (2013, p. 143) deve ser sopesado quando da decisão judicial, uma vez que o vínculo afetivo é a base sustentadora dessa nova família que irá se formar. Apesar da ausência de aquiescência do adolescente não vincular o magistrado, deve ele estar munido de sensibilidade para entender a real situação daquele que depende de uma providência judicial para retomar o seu direito à convivência familiar.

³⁶ O Promotor de Justiça atuará na fiscalização de todo o procedimento, com fundamento no art. 82, CPC, objetivando resguardar a proteção integral daquela criança ou adolescente que será colocada numa nova entidade familiar. Por esta razão, deverá o Órgão do Parquet verificar o preenchimento dos requisitos legais do art. 42 do Estatuto e a compatibilidade da medida protetiva com o ambiente familiar em que o legitimado será acolhido.

³⁷ A participação dos pais biológicos ou responsáveis, quando cabível, será de extrema relevância em virtude de expressa exigência legal (art. 45, *caput*, Estatuto da Criança e do Adolescente).

No mesmo diapasão, conforme ressalta Roberto João Elias (2010, p. 56), “o sucesso da nova relação que se constitui dependerá sobremaneira da afinidade entre o adotando e o adotante”, razão pela qual entende ser correta a exigência legal do consentimento do adolescente, ainda que este não obrigue o magistrado em sua decisão. Conforme entendimento do supramencionado autor, seria possível o deferimento do pedido de adoção sem o consentimento do adotando, levando em consideração os benefícios que aquela medida poderia proporcionar ao menor de idade, com fundamento no o art. 43 do Estatuto³⁸.

Na mesma linha de raciocínio, assegura Carlos Eduardo Pachi (2013, p. 211) que se a criança, menor de 12 anos incompletos, possuir condições de externar sua vontade, de perceber o que está acontecendo e entender a intenção da medida que está sendo aplicada, é recomendável a sua oitiva, por força do art. 28, parágrafo 1º, do Estatuto³⁹. Em sendo adolescente, todavia, a oitiva é obrigatória, em razão de expressa previsão legal.

Ultrapassadas tais condições e verificados os requisitos legais para a adoção, sendo o parecer da equipe interprofissional favorável, e tendo o membro do Ministério Público se manifestado a favor do deferimento do pedido, o magistrado prolatará sentença de natureza constitutiva, posteriormente inscrita no registro civil, conforme disciplina o art. 47 do Estatuto⁴⁰.

Segundo Roberto João Elias (2010, p. 58), é com o trânsito em julgado da sentença que se materializa a adoção, com exceção daquela concedida ao interessado que faleceu no curso do processo judicial, já que nestas situações os efeitos da sentença serão retroativos à data do óbito.

Noutras palavras, é com a sentença constitutiva que se concretiza a adoção, que se rompem definitivamente os laços biológicos da criança e do adolescente com a sua família natural (exceto no que diz respeito aos impedimentos matrimoniais), sendo

³⁸ Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

³⁹ Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada.

⁴⁰ Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

inseridos numa nova entidade familiar para todos os efeitos de direito, inclusive os sucessórios.

Apesar do rompimento dos vínculos naturais e da constituição de um novo liame filiatório com a família substituta, o adotado tem o direito de saber a sua origem biológica. O legislador garantiu a conservação do processo adotivo para que seja consultado a qualquer tempo, inclusive por aquele, de forma irrestrita, quando houver atingido a maioridade, ainda que se preze pelo sigilo do procedimento. É o que se pode observar do artigo 48, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Como assevera Maria Josefina Becker (2013, p.221), em que pese a adoção constitua uma nova situação fática e jurídica ao adotado, não se pode destituir o seu passado. A história vivida pela criança ou adolescente, antes de ser inserido numa nova entidade familiar, faz parte de sua identidade e não pode ser apagada.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 718):

A descoberta da origem genética (ancestral) é um direito da personalidade, decorrendo, inclusive, de uma necessidade psicológica, não se justificando deixar de reconhecer a quem tenha interesse nesta pesquisa biológica.

A norma estatutária prevista no art. 48, nesse sentido, se propõe a reconhecer o direito à investigação da origem genética, que pretende tão somente a condecoração da ancestralidade do indivíduo. Este é um direito personalíssimo, podendo ser exercido pelo adotado que tenha atingido a sua maioridade⁴¹. Como bem apontam os supramencionados autores (2013, p. 720), por se tratar a investigação de ancestralidade de uma ação meramente declaratória, a sua sentença não produzirá efeitos pessoais ou matrimoniais, tampouco será averbada no cartório de registro civil, pois não se pretende “estabelecer um vínculo paterno-filial”.

⁴¹ Nesse sentido, entendeu o Tribunal de Justiça de Mato Grosso, ao julgar improcedente uma ação de investigação de ancestralidade promovida pelo avô do adotado, cuja transcrição se segue: RECONHECIMENTO DE RELAÇÃO AVOENGA PROPOSTA PELO AVÔ - ILEGITIMIDADE ATIVA - SENTENÇA MANTIDA. - Somente o neto possui legitimidade para a propositura de ação de investigação da ancestralidade, em se tratando de um direito da personalidade decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. (TJ-MG - AC: 10313100236675001 MG , Relator: Alyrio Ramos, Data de Julgamento: 22/08/2013, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/09/2013)

Portanto, o novo registro do menor (fruto da sentença constitutiva do processo de adoção) funciona como um registro tardio, e nele deverá constar o nome dos adotantes e dos ascendentes destes, sem que haja qualquer discriminação ou distinção com relação aos demais registros de nascimento, por força de norma constitucional (art. 227, parágrafo 6º⁴²) e previsão estatutária (art. 47, parágrafo 4º⁴³). Apesar disso, como dito alhures, poderá o adotado, ao atingir sua maioridade, conhecer a sua origem e ter acesso aos autos do procedimento de adoção.

3 DOS EFEITOS E DA IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO

3.1 EFEITOS PESSOAIS

Um dos efeitos pessoais atribuídos pela medida protetiva é a assunção da condição de filho pelo adotado. A partir do momento em que se consolidam os vínculos filiatórios, e conseqüentemente, de parentesco, o adotado passa a assumir a posição de filho na nova entidade familiar em que foi inserido.

O parentesco estabelecido não se resume aos adotantes e adotado, se estendendo a toda a família dos legitimantes. A adoção de um filho, para uma família, implica também na de um irmão, de um sobrinho, de um neto... Isso significa dizer que a decisão de adotar um indivíduo passa a ser, também, da família do interessado, que estabelecerá com o adotado, de igual forma, o liame de parentesco.

Em virtude do princípio da isonomia dos filhos, garantido constitucionalmente, o adotado é inserido plena e integralmente nessa nova comunidade familiar, não devendo sofrer quaisquer distinções quanto a sua origem.

⁴² Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁴³ Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 4º A critério da autoridade judiciária, poderá ser fornecida certidão para a salvaguarda de direitos.

Para Rose Melo Vencelau (2004, p. 43), “a nova ordem constitucional trouxe para o centro das preocupações a proteção da pessoa, e não do patrimônio, como outrora. Com efeito, a família não mais decorre apenas do casamento, quanto menos, a filiação”.

Por expressa previsão legal, como efeito pessoal da adoção, surgem também os impedimentos matrimoniais. Conforme prevê o art. 1521, do Código Civil⁴⁴, o adotado está impedido de casar-se com seus parentes próximos, sejam eles biológicos ou constituídos civilmente.

Apesar do rompimento dos laços jurídicos e biológicos com a sua família natural, entende-se que o adotado conserva os impedimentos civis, não podendo constituir matrimônio com aqueles que foram originariamente os seus pais, irmãos e demais colaterais até o terceiro grau.

Ainda que a proibição pareça infundada, além da religião, moral e bons costumes, acredita-se que o legislador optou por preservar as crianças que seriam fruto de tal relação impedida, já que comprovado geneticamente que há uma grande probabilidade de que o feto venha a sofrer deformações estruturais, malformação, problemas físicos ou mentais.

Ademais, é importante salientar que como passa o adotado a assumir a condição de filho legítimo da família substituta, passa a assumir nesta, também, os impedimentos matrimoniais a que está sujeito enquanto filho biológico. Conforme entendimento de Galdino Augusto Coelho Bordallo (2011, 318), como um reflexo do princípio da igualdade, os impedimentos matrimoniais consagrados para um filho biológico devem, via de regra, aplicar-se aos filhos adotivos, que passam a assumir a condição de filhos de igual patamar aos naturais.

Por fim, como efeito pessoal, ainda é possível se destacar a mudança nos patronímicos dos adotados, ou seja, a alteração no sobrenome destes, conforme

⁴⁴ Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

previsão do art. 47, parágrafo 5º⁴⁵. Sendo vedada constitucionalmente qualquer distinção ou discriminação que venha a sofrer o adotado em razão da sua origem como filho, o legislador previu a possibilidade de alteração do sobrenome, a fim de evitar possíveis constrangimentos do menor perante a sua apresentação na sociedade.

Os embaraços que porventura fossem causados pela ausência do patronímico dos adotantes no nome do adotado, talvez não permitissem que o novo integrante da família se sentisse como tal. Nesse sentido, parece correta a intenção do legislador, na medida em que permitiu que a integração do novo indivíduo fosse plena e semelhante àquela do indivíduo originado naturalmente da comunidade familiar.

Embora seja livre a mudança do patronímico, a alteração no prenome, por sua vez, exige requerimento dos adotantes ou do adotado, devendo este último ser ouvido em qualquer das hipóteses. Ressalte-se que o prenome faz parte da identidade de um indivíduo perante a sociedade e, por essa razão, a permissão legislativa só parece alcançar as crianças, já que estas podem ainda não possuir uma identificação grande com o nome que lhe fora conferido anteriormente.

Galdino Augusto Coelho Bordallo (2011, p.319), nesse sentido, atenta para o fato de que, diferentemente da criança, o adolescente já tem uma relação mais íntima com o seu prenome, e muitas vezes já se vê identificado perante a sociedade, motivo pelo qual restaria inconcebível tal alteração. O autor assevera que a mudança no prenome do adolescente, mais desenvolvido psicossocialmente do que uma criança, poderia dar margem ao descumprimento de obrigações civis ou sociais que lhe foram impostas, além de funcionar como um mecanismo de burla a alguma medida socioeducativa que lhe tenha sido aplicada.

3.2 EFEITOS PATRIMONIAIS

⁴⁵ Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 5º A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido deste, poderá determinar a modificação do prenome.

Os efeitos patrimoniais decorrentes da adoção estão basicamente relacionados ao direito e dever de prestação de alimentos, e ao direito sucessório, uma vez que, na condição de filho, pode o adotado exigir todos os direitos que lhe são pertinentes enquanto tal.

Conforme preceitua a Constituição Federal de 1988 em seu art. 229⁴⁶, é dever dos pais sustentar, criar e educar os seus filhos, proporcionando boas condições para o seu desenvolvimento e formação enquanto ser humano.

Sendo o adotado considerado filho para todos os efeitos de direito, o adotante tem o dever de prover a subsistência daquele, razão pela qual poderá vir a ser devedor de alimentos, nos termos do art. 1.694 do Código Civil⁴⁷.

De igual forma, por força do art. 1.696⁴⁸ do referido diploma legal, pode-se considerar que o adotado, além de ter o direito à prestação de alimentos, tem também o dever, após atingir a maioridade, de prestá-los aos seus genitores em caso de necessidade destes, ainda que o vínculo de filiação seja decorrente de sentença constitutiva.

Em virtude do princípio da igualdade dos filhos, pode-se dizer que se aplica ao adotado tudo aquilo que se aplicaria ao filho natural ou biológico. E por este motivo, também se configura como efeito patrimonial da adoção o direito sucessório do adotado.

Durante muito tempo perdurou na concepção patrimonialista do ordenamento o entendimento de que com a morte dos adotantes rompia-se o vínculo de parentesco civil. Entretanto, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a consagração da isonomia como princípio constitucional aplicável no âmbito da comunidade familiar, passou o adotado a participar da sucessão do adotante, como se herdeiro natural fosse, bem como da sucessão dos parentes daquele, respeitada, obviamente, a

⁴⁶ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁴⁷ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

⁴⁸ Art. 1.969. O testamento pode ser revogado pelo mesmo modo e forma como pode ser feito.

ordem de vocação hereditária. É o que se pode depreender da leitura do art. 41, parágrafo 2º do Estatuto:

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

Como leciona Rolf Madaleno (2013, p. 672), “o filho adotivo concorre na herança como concorrem os demais filhos naturais ou adotivos do sucedido, conforme a ordem de vocação hereditária”, sendo que, de igual forma “o ascendente adotante herdaria na hipótese de o filho adotivo falecer em primeiro lugar”. Em sendo assim, o direito sucessório só poderá ser obstado, senão, em virtude de deserdação ou configurada alguma hipótese de indignidade⁴⁹.

3.3 ANÁLISE DO ART. 39, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A questão da irrevogabilidade da adoção foi acrescida pela Lei 12.010/09, que contribuiu significativamente para o implemento da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em sua redação original, o art. 39 do Estatuto previa, apenas, que a adoção das crianças e adolescentes seria disciplinada pelas normas estatutárias, sendo vedada a adoção por procuração.

Com a alteração normativa advinda da Lei 12.010/09, o art. 39 passou a contemplar, no parágrafo 1º, que a adoção é medida de caráter excepcional e irrevogável, motivo pela qual só poderá ocorrer quando não houver possibilidade de manter o menor na

⁴⁹ Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

sua família natural ou extensa⁵⁰, sendo esta última, também, uma inovação trazida pela Lei 12.010/09.

Diante dos Princípios da Proteção Integral e do Melhor Interesse, basilares de todo o Direito Infanto-Juvenil, nada mais justo do que garantir à criança e ao adolescente a convivência com sua família natural, com seus pais ou parentes próximos, e em situações excepcionais, assegurar a sua colocação em uma família substituta⁵¹.

A formação psicossocial e o desenvolvimento da criança e do adolescente estão intimamente relacionados à convivência com a família, base de proteção do Estado, razão pelo qual optou o legislador por garantir a permanência dos menores no núcleo familiar originário.

Segundo Murillo Digiácomo (2013, p. 193), partindo da premissa da excepcionalidade e irrevogabilidade da medida, o constituinte buscou fortalecer os laços do Estado com a família, visando assegurar a sua manutenção e a melhor proteção dos membros especiais que a compõem. Do mesmo modo que sustenta a liberdade dos indivíduos, pretende a interferência estatal para salvaguardar a própria dignidade humana.

Conforme entendimento de Roberto João Elias (2010, p. 31), é no seio familiar que o menor de idade desenvolve a sua personalidade, da maneira mais ampla. É na família que o menor recebe todo o apoio necessário ao seu crescimento, que incorpora valores e absorve ensinamentos que lhe valerão como sustentação para a vida adulta.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 46), a família funciona como uma espécie de unidade transmissora de experiências, costumes, que inventa e se reinventa a todo o momento, a depender do contexto espacial e cultural na qual está inserida.

Para os supramencionados autores (2013, p. 47), a proteção da unidade familiar encontra seus fundamentos na custódia da própria pessoa humana, já que a

⁵⁰ Compatibilizando-se com a realidade político-social, a família extensa ou ampliada prevista na norma estatutária é aquela formada pela criança ou adolescente e seus parentes próximos, aquela que se estende para além dos vínculos de maternidade e paternidade.

⁵¹ Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

formação e o desenvolvimento da personalidade estão intimamente relacionados à interferência da família.

3.3.1 Regra da irrevogabilidade do instituto da adoção

Uma vez constituído o elo filiatório civil, com o trânsito em julgado da sentença constitutiva da adoção, a discussão acerca da paternidade não mais poderá ser trazida à baila. Isso porque, com a maturidade adquirida pelo instituto no período pós-constitucional, pode-se dizer que a adoção é para sempre, não sendo permitida a retratação dos adotantes com o objetivo de desvincular-se dela.

Segundo Rose Melo Vencelau (2004, p. 119):

Não se pode aceitar que a paternidade seja submetida a um reducionismo biológico. A consanguinidade ainda é determinante do parentesco, mas não só ela. A afetividade se apresenta como um critério tão relevante quanto o biológico, podendo até prevalecer em alguns casos.

Do mesmo modo que ocorre com os filhos biológicos, o filho adotivo só poderá ser afastado da família substituta, agora, por meio de destituição do poder familiar. Conforme leitura do art. 1638, Código Civil⁵², o pai ou a mãe que impuser castigos imoderados, abandonar o filho, praticar atos que sejam contrários à moral e aos bons costumes, incidir reiteradamente no abuso de autoridade e/ou arruinar os bens dos filhos, estará sujeito à desconstituição do poder familiar por ato judicial.

O Direito Infante-Juvenil, com base no Princípio da Proteção Integral da criança e do adolescente, prima pelas melhores condições de desenvolvimento e formação do menor, razão pelo qual admitiu que em situações onde não estiverem sendo observados os direitos dos destinatários da medida, se destitua o poder familiar como forma de sanar qualquer lesão ou ameaça de lesão à integridade física, psíquica ou moral da criança ou adolescente⁵³.

⁵² Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

⁵³ A destituição do poder familiar é ato valoroso, e nesse sentido entendeu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como se pode observar da transcrição da ementa:

TJMG APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ABANDONO DA CRIANÇA PELA MÃE BIOLÓGICA. ADOÇÃO POR CASAL DO MESMO SEXO QUE VIVE EM UNIÃO ESTÁVEL. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. REGISTRO DE NASCIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - A destituição do poder familiar é medida extrema, só devendo ser concretizada se comprovada a impossibilidade de permanência do menor com os pais. II - Sempre que se tratar de interesse relativo às crianças e adolescentes, o magistrado deve se ater ao interesse do menor, considerando, para tanto, primordialmente, o seu bem estar. III - O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a existência de entidade familiar quando duas pessoas do

Para Belmiro Pedro Welter (2003, p. 154), “no estado de filho afetivo devem ser cumpridas as mesmas condições do estado de filho biológico, já que a filiação é uma imagem refletida entre pais e filhos, sem discriminação, sem identificar-se com a voz do sangue ou a voz do coração”.

Em sendo assim, o rompimento dos vínculos paterno-filiais originários é medida excepcional, e uma vez consumada a adoção, não poderá ser derogada, nem mesmo em virtude da morte dos adotantes⁵⁴.

Para Rolf Madaleno (2013, p. 673):

Tratando a adoção de imitar a natureza biológica, não faria sentido estabelecer discriminadamente normas para fazer cessar o vínculo de adoção com a morte do adotante, como se o ascendente deixasse de ser mãe ou pai em razão da sua extinção física, voltando o adotado a ser filho de quem nunca exerceu de fato essa função parental, tanto que foi destituído do poder familiar e deu azo ao processo de adoção.

Diferente não poderia ser, uma vez que considerar a possibilidade de reversão da medida seria colocar em discussão o princípio da dignidade da pessoa humana e, inclusive, a igualdade dos filhos. Não se pode olvidar que, como bem afirma Belmiro Pedro Welter (2003, p. 154), “a família afetiva está inundada pelos mesmos propósitos da família biológica”.

Permitir que um filho adotado pudesse ser destituído da sua família seria o mesmo que permitir que um filho biológico pudesse, da mesma forma, ter cancelado o seu vínculo de consanguinidade, já que em decorrência do art. 227, parágrafo 6º da Constituição Federal, não pode haver distinção entre os filhos, qualquer que tenha sido o seu berço.

Nas sábias palavras de Rose Melo Vencelau (2004, p. 45):

O estatuto constitucional da filiação reflete uma filiação una, igualitária, qualquer que seja sua origem. Para a norma constitucional não há vínculo mais forte, nem o de sangue, nem o do amor. Filho é tão somente filho. E

mesmo sexo se unem, para constituição de uma família. IV - A vedação à discriminação impede qualquer interpretação proibitiva de que o casal homoafetivo, que vive em união estável, adote uma criança. V - Demonstrado nos autos que a genitora, com histórico de conduta agressiva e envolvimento com prostituição, abandonou a menor entregando-a aos cuidados das requerentes, e que a convivência com o casal homoafetivo atende, de forma inequívoca, o melhor interesse da criança, a destituição do poder familiar é medida que se impõe, nos termos do artigo 1.638, II e III, do Código Civil. VI - O pedido de adoção deve ser deferido em nome de ambas as autoras, sob pena de prejuízos à menor de ordem material (direito de herança, alimentos, dentre outros). (TJMG, Apelação cível nº 1.0470.08.047254-6/001, Rel Des. Bitencourt Marcondes, 8ª câmara Cível, pub. 13/02/2012)

⁵⁴ Da simples análise do art. 49 do Estatuto, pode-se depreender que a morte dos legitimantes não implica no reestabelecimento do poder familiar natural do adotado, mas sim, no surgimento do direito à participação na sucessão do adotante.

esse filho, não importa a que forma de família pertença, encontra nela instrumento de realização de seus direitos.

Os tribunais têm entendido, inclusive, que a regra da irrevogabilidade goza de efeitos *ex tunc* e imediatos, atingindo todas as adoções pretéritas ao advento da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente. A exemplo disso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso de apelação onde a recorrente, na qualidade de adotada, após atingir a maioridade, pleiteava o cancelamento da adoção com o consentimento dos adotantes e da sua mãe biológica, a fim de que voltasse a constar no seu registro a sua filiação natural. A apelante se utilizava do argumento de que a sua adoção teria se constituído à luz da legislação civilista de 1916, portanto anterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo se consumado perante o cartório de registro civil. Ainda que aparentemente conflituosa a situação da recorrente, que necessitava também regularizar o registro do seu filho, o Relator decidiu por negar provimento ao recurso com o fundamento na irrevogabilidade da medida, regra estatutária de aplicação imediata:

APELAÇÃO - Adoção - Revogação - A adotada completou a maioridade na vigência do Código Civil de 2002, incidindo a regra da irrevogabilidade da adoção prevista pelo art. 39,§ 1º do ECA, na redação da Lei nº 12.010/2009, que ratificou os termos do anterior art. 48 daquele Estatuto - Desinfluyente a concordância da adotada, dos adotantes e da mãe biológica, uma vez que, com a entrada em vigor do novo Código Civil, o Estatuto de 1916 está totalmente revogado, não se podendo falar em direito adquirido. Impossibilidade jurídica do pedido - Indeferimento da inicial com extinção do processo, sem resolução do mérito. Decisão Mantida. Recurso Improvido.

TJ-SP - APL: 994093174437 SP , Relator: Egidio Giacoia, Data de Julgamento: 11/05/2010, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/05/2010)

O fato é que a regra da irrevogabilidade, desde que instituída, deve ser aplicada a todos os casos que dela necessitem, como forma de proteção ao próprio instituto da adoção. A segurança jurídica conferida a tal medida protetiva deve ser levada em consideração pelo magistrado, que não pode, no mero exercício de discricionariedade, descaracterizar a situação que foi constituída após a prolação da sentença constitutiva.

Em virtude do histórico e de todo o processo evolutivo do instituto, agiu por bem o constituinte ao entender que como consequência do rompimento do liame parental natural, os novos vínculos filiatórios não seriam passíveis de revogação.

Como aponta Belmiro Pedro Welter (2003, p. 153):

Enquanto a família biológica navega na cavidade sanguínea, a família afetiva transcende os mares do sangue, conectando o ideal da paternidade e da maternidade responsável, hasteando o véu impenetrável que encobre as relações sociológicas, regozijando-se com o nascimento emocional e espiritual do filho, edificando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, do coração e da emoção, (re)velando o mistério insondável da filiação, engendrando um verdadeiro reconhecimento do estado de filho afetivo.

Pensando no bem estar da criança e do adolescente, não seria razoável que além do trauma de ser inserido em uma nova comunidade familiar, em princípio, absolutamente desconhecida, tivesse a possibilidade de mais uma vez passar por uma situação de desconstituição dos laços parentais, agora firmados por manifestação de vontade dos adotantes.

Cristiano Chaves de Farias (2013, p. 53), nesse sentido, entende que a regra da irrevogabilidade e irretratabilidade do ato devem ser mantidas, inclusive como uma via de mão dupla, funcionando tanto para o adotante quanto para o adotado. Da mesma maneira que não poderia o adotante devolver o filho adotivo, não seria admissível que adotado renegasse os seus pais socioafetivos, sob pena de se colocar em risco a estabilidade e segurança das relações familiares.

A priori, pretender o cancelamento da adoção mais parece tentativa de burlar os efeitos que dela decorrem, como os pessoais e, especialmente, os patrimoniais, que abarcam o direito sucessório e o direito à prestação de alimentos. A exemplo disso, poder-se-ia pensar em um adotante que não mais deseja, por motivos supervenientes à adoção, que o seu filho socioafetivo participe da sua herança; ou deseje se eximir do dever de prestar alimentos em caso de adoção conjunta e ulterior separação do cônjuge.

Como assinala Rolf Madaleno (2013, p. 673), é possível que, em momento posterior à adoção, a relação entre adotante e adotado se estremeça, seja por conta de uma rejeição, pela falta de adaptação, em razão dos hábitos e costumes dos acolhidos em um novo lar, enfim. É possível que algumas circunstâncias possam estimular o desfazimento dos laços adotivos, mas nesse momento há que se refletir que o fenômeno da insatisfação nas relações familiares não é exclusivo do instituto da adoção, podendo ocorrer, de igual forma, nas famílias consanguíneas.

Sob essa ótica, a adoção só poderia ser desconstituída por meio de nova sentença judicial, que com base nas hipóteses consagradas pela legislação civilista de destituição do poder familiar, declarasse extinto o vínculo jurídico de parentesco. O

ato de adotar alguém envolve uma decisão valorosa, devendo o interessado se recordar dos efeitos que se postergam por toda a vida, e da impossibilidade de renegação daquele que filho concebido por amor.

4 DA TEORIA DA SUPERABILIDADE

4.1 ORIGEM E FINALIDADE

Como bem aponta Durval Carneiro Neto (2014, p. 90), com o insucesso do positivismo legalista, e conseqüentemente, o desfalecimento do modernismo jurídico, muitas teorias passaram a tentar explicar os métodos de interpretação e aplicação do direito. Dentre as teses surgidas, encontra-se a teoria da superabilidade/derrotabilidade/*defeasibility*, na tentativa de superar o método monotônico⁵⁵ de emprego das normas jurídicas.

Partindo-se da premissa de que o constituinte não possui condições de prever todas as combinações de comportamentos e situações fáticas de determinada sociedade, a proposta da referida teoria pós-positivista é, senão, a compreensão de que circunstâncias não previstas ao momento da elaboração de uma regra podem dar azo à reconhecimento da existência de exceções implícitas, já que o conflito apresentado no âmbito judicial, dada a sua singularidade, pode não ser resolvido por meio das técnicas de subsunção ou ponderação de interesses.

Como bem anota Fernando Andreoni Vasconcellos (2010, p. 75), “a ideia intuitiva da derrotabilidade reside no reconhecimento de que a norma jurídica pode possuir exceções”, que na maioria das vezes, só são perceptíveis diante da apresentação de um caso concreto e sua adequação com os valores maiores juridicamente consagrados no ordenamento.

Segundo Cristiano Chaves de Farias (2013, p. 39), a teoria da superabilidade teria se iniciado a partir do estudo da ciência da computação, nos Estados Unidos com John Maccarthy, e no Canadá com R. Reiter, na década de oitenta do século passado, com o objetivo de desenvolver sistemas lógicos não-monotônicos que propiciassem a formulação de linguagens para programas de computadores. Na tentativa de que as novas programações computacionais se aproximassem da forma de raciocínio humana, a lógica desenvolvida permitia que uma mudança nas

⁵⁵ Trata-se de um sistema de lógica em que um conjunto de premissas conduz a um conjunto de conclusões, ainda que novas premissas sejam adicionadas ao sistema.

premissas de determinada teoria assentissem com uma alteração na conclusão alcançada em momento anterior.

Como leciona o supramencionado autor (2013, p. 39), foi com Hebert Hart que a noção de superabilidade se estendeu para o campo da literatura jurídica. Com o seu texto, em 1948, intitulado de *The Ascription of Responsibility and Rights*, foi o precursor da ideia de que “mesmo presentes os pressupostos necessários e suficientes à aplicação de uma regra jurídica, os seus efeitos podem ser afastados, em determinado caso concreto, a depender das suas condições”.

A teoria da superabilidade surge, nesse sentido, como forma de sanar os prejuízos causados àqueles que buscam amparo no Judiciário e não encontram solução normativa satisfatória para os seus conflitos, já que trabalha com a possibilidade de redução do universo de situações antecipadamente previstas por uma norma, com a admissão de uma exceção não prevista ao tempo da elaboração da regra.

Como atenta Cristiano Chaves de Farias (2013, p.39), a utilização da superabilidade reputa-se necessária para resolução de casos extremos, em que a técnica da ponderação ou balanceamento de interesses⁵⁶ não pode ser aplicada, em virtude da existência clara de uma regra presumivelmente aplicável na situação.

Noutras palavras, pode-se dizer que é possível que sejam preenchidas as condições de aplicabilidade de uma determinada regra jurídica sem que, contudo, seja alcançado o seu propósito normativo quando da análise da viabilidade de sua aplicação ao caso concreto.

O fato é que as normas jurídicas carregam consigo previsões, tutelam direitos, disciplinam deveres e condutas intimamente relacionadas com a sociedade de onde provém, razão pela qual devem possuir relação com os aspectos casuísticos levados ao conhecimento do Judiciário. Se a utilização de determinada regra jurídica contrasta claramente com o propósito normativo e com os valores contemplados pelo sistema jurídico, há de se pensar na possibilidade de superação da norma, reduzindo o seu raio de incidência a partir da inclusão de uma hipótese de exceção.

⁵⁶ Ao entendimento de Cristiano Chaves de Farias (2013, p. 34), “a ponderação de interesses é uma técnica disponibilizada para a solução dos conflitos normativos, devendo ser sopesados para que se descubra qual dos valores colidentes respeita, com maior amplitude, a dignidade humana. Em linguagem simbólica, devem ser justapostas em uma balança imaginária as normas de conflito para que o princípio da dignidade da pessoa humana (espécie de “fiel balança”), indique qual delas deve, em concreto, ponderar”.

Uma norma só se justifica até o momento em que não haja alterações no seu âmbito de aplicação, e por esse motivo, a teoria da superabilidade visa defender que em razão da especificidade de certos casos, e da ausência de exceções legais que disciplinariam a matéria objeto de discussão, poderiam as regras ser excepcionadas em virtude das variações sofridas no seu contexto de serventia. Noutras palavras, parte-se do pressuposto de que a aplicabilidade da norma pode não atingir o fim a que se propõe, ainda que, em tese, seja compatível com o ordenamento jurídico considerado em sua generalidade.

Thomas da Rosa de Bustamante (2012, p. 477), compartilhando de tal entendimento, atribui ao intérprete a função de desvendar as exceções implícitas de uma norma diante do aparecimento de circunstâncias adicionais não contidas na sua hipótese de incidência, de modo a resguardar a real intenção do legislador quando decidiu por tutelar determinada situação ou direito.

4.2 APLICAÇÃO

O ordenamento jurídico é composto por diferentes espécies normativas, sendo as normas-regras as que mais interessam para a verificação do âmbito de incidência da superabilidade, já que possuem a função precípua de apresentar soluções para conflitos conhecidos ou antecipados à época da sua elaboração.

Diferentemente dos princípios, que se caracterizam como mandados de otimização, as regras afastam as incertezas e eliminam as controvérsias; restringem a discricionariedade do intérprete ou aplicador do direito, de modo a possibilitar a estabilidade do ambiente social e jurídico.

Segundo o entendimento de Cristiano Chaves de Farias (2013, p. 30), talvez por conta da determinabilidade *prima facie* de uma regra, se tenha submetido a espécie normativa à assertiva clássica do tudo ou nada, de modo que:

Se a regra é válida (=compatível com o sistema jurídico, inclusive com os princípios norteadores daquela matéria), tem de ser aplicada efetivamente, mesmo que o resultado não seja razoável e socialmente adequado. Afinal de contas, uma norma-regra (com solução previamente definida) somente deixaria de ter aplicação concreta quando se mostrasse inválida – quando estivesse em rota de colisão com o sistema jurídico, aqui inseridos os princípios que lhe servem de norte para a edição e a aplicação.

Ocorre que aplicação de algumas regras, em situações específicas, pode causar um resultado injusto, e até incompatível com o que o próprio ordenamento visa tutelar, razão pela qual há de se considerar que as regras são dotadas de certa falibilidade e que são passíveis de ser “derrotadas” diante das peculiaridades que determinados casos podem apresentar.

Segundo entendimento Humberto Ávila (2012, p. 120), “a justificativa da obediência às regras centra-se na ideia de autoridade”, devendo ser observadas quando positivadas, já que apresentam soluções edificadoras para uma sociedade. No entanto, é preciso reconhecer de antemão que a ciência jurídica vislumbra não só a resolução dos litígios, mas também a apresentação de soluções justas para aqueles conflitos que demandam uma providência judicial. Por esta razão é que, muitas vezes, deve o intérprete e aplicador do Direito modificar o seu entendimento “na busca do resultado ideal ao caso sob julgamento”, assevera Francisco Rosito (2012, p. 283).

Como assinala Durval Carneiro Neto (2014, p. 91):

Entende-se que uma regra prevista num dispositivo legal é derrotada quando, apesar de aplicável num determinado caso concreto, deixa de sê-lo em razão de aspectos fáticos relevantes que não teriam sido levados em conta pelo legislador no momento da descrição da conduta hipotética contida no texto da lei, demandando, por isso, uma outra solução jurídica para a questão. Em poucas palavras: o direito se rende à realidade do fato concreto, “vencendo-se” a regra jurídica que tinha sido abstratamente prevista para a situação.

A utilização da teoria da superabilidade ou *defeasibility*, nesse sentido, justifica-se na medida em que a aplicação fria e literal de uma regra, considerada individualmente, pode causar prejuízo aos interesses envolvidos em um conflito social, além de vir a confrontar com os próprios valores contemplados pelo ordenamento jurídico.

A exemplo disso, o Tribunal de Justiça do Estado de Amazonas, entendendo que o emprego de uma regra poderia violar preceitos constitucionais relevantes, decidiu, em contrariedade à lei previdenciária estatal, pela manutenção de uma pensão por morte até que o seu beneficiário completasse os vinte e quatro anos de idade:

APELAÇÃO CÍVEL – PENSÃO POR MORTE – FILHO MAIOR DE 21 (VINTE E UM) ANOS DE IDADE – MATRÍCULA EM CURSO UNIVERSITÁRIO – CONTINUIDADE DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA – EXTENÇÃO DO BENEFÍCIO ATÉ A IDADE DE 24 (VINTE E QUATRO) ANOS OU CONCLUSÃO DO CURSO SUPERIOR EM QUE SE ENCONTRA MATRICULADO - DERROTABILIDADE DA REGRA GERAL – EXCEÇÃO NORMATIVA IMPLÍCITA FAVORÁVEL - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A leitura fria e isolada do artigo 2º, inciso II,

"b" da Lei Complementar 30/2001 conduzirá inegavelmente à injustiça que o próprio legislador buscou afastar ao fixar os critérios de dependência dos filhos do segurado que ainda não exerçam função remunerada ou que se dediquem aos estudos. 2. Resulta ser necessário a utilização de um raciocínio jurídico que admita que as normas são dotadas de exceções implícitas, e esse raciocínio é a derrotabilidade (defeasibility), ou seja, admite-se o afastamento da regra geral diante da evidente incompatibilidade entre a hipótese descritiva da norma e sua finalidade (mens legis). 3. A manutenção do benefício ao Apelante que após completar 21 (vinte e um anos) encontra-se devidamente matriculado em curso superior não contradiz a Lei Complementar Estadual 30/2001, cuja finalidade não é outra senão suprir a insuficiência econômica deixada pelo falecimento do genitor, protegendo-o da mesma forma que este o faria se estivesse vivo. 3. Recurso conhecido e provido.

(TJ-AM - APL: 06029205320138040001 AM 0602920-53.2013.8.04.0001, Relator: Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura, Data de Julgamento: 30/09/2013, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 02/10/2013)

Utilizando-se de argumentos seguros quanto à necessidade de superação da regra que impunha o limite etário ao beneficiário da pensão, merece transcrição parte da fundamentação do acórdão:

Penso que a leitura fria e isolada do mencionado artigo de regência conduzirá, inegavelmente, à injustiça que o próprio legislador buscou afastar ao fixar os critérios de dependência dos filhos do segurado que ainda não exerçam função remunerada ou que se dediquem aos estudos.

Essa é também, a meu ver, a conclusão que mais se aproxima dos valores constitucionais salvaguardados pela Carta Magna de 1988, mormente aquele que dispõe expressamente que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205).

(...)

De tal arte, o raciocínio meramente legalista mostra-se insuficiente para solucionar determinadas questões jurídicas, visto que no mundo fenomênico, casos atípicos podem surgir não imaginados de antemão pelo legislador.

Portanto, resulta ser necessária a utilização de um raciocínio jurídico que admita que as normas jurídicas são dotadas de exceções implícitas, e esse raciocínio é a derrotabilidade, ou seja, admite-se o afastamento da regra geral diante da evidente incompatibilidade entre a hipótese descritiva da norma e a sua finalidade (mens legis).

A derrotabilidade (defeasibility) das normas jurídicas se refere à interpretação do Direito a partir das diferentes realidades fáticas e jurídicas, passando ao largo das questões de revogação ou derrogação.

(...)

No caso dos autos, entendo que a manutenção do benefício ao Apelante que após completar 21 (vinte e um anos) encontra-se devidamente matriculado no curso superior não contradiz a Lei Complementar Estadual 30/2001, cuja finalidade não é outra senão suprir a insuficiência econômica deixada pelo falecimento do genitor, protegendo-o da mesma forma que este o faria se estivesse vivo.

Assim, não se mostra razoável dentro da perspectiva do direito fundamental à educação embutido na Constituição Federal da República, a supressão do desenvolvimento e qualificação do Recorrente em atenção ao apego desarrazoado à literalidade da lei.

Desta forma, deve a regra geral que estabelece o critério etário da dependência econômica aos 21 (vinte e um) anos de idade ser derrotada na

hipótese vertente para dar lugar à exceção normativa implícita de proteção ao dependente do segurado falecido enquanto estiver cursando estudo universitário.

Nota-se que a utilização da *defeasibility*, nesse caso, não pretendeu a superação da Lei Complementar Estadual 30/2001, que disciplina sobre o regime de previdência do Estado de Amazonas, mas tão somente o afastamento ou derrotabilidade da norma-regra contemplada pelo texto legal. Não obstante, a superabilidade também não se propôs a negar a regra no seu plano da existência e validade, e sim impedir a projeção dos seus efeitos diante do caso concreto examinado, que reclamava uma maior sensibilidade do aplicador do direito ao avaliar a situação do indivíduo que dependia do benefício previdenciário para a sua formação.

A aplicação da teoria da superabilidade, nesse sentido, permitiu, nas palavras de Cristiano Chaves de Farias (2013, p. 40), “uma decisão judicial individualizada e específica, superando a norma regulatória, para homenagear os valores existenciais do sistema jurídico”.

Para Fernando Andreoni Vasconcellos (2010, p. 15), essa seria uma teoria que, excepcionalmente, propõe a defesa da não-aplicação de uma mensagem literal do direito positivo, mesmo que preenchidos os requisitos para a sua aplicação, pois “os valores da segurança jurídica e do princípio democrático estão presentes de forma explícita ou implícita, em todo o raciocínio desenvolvido”.

Dada a inexistência de hierarquia normativa entre princípios e regras, afigura-se perfeitamente possível que em casos especiais os princípios, base sobre a qual se constrói o sistema jurídico, provoquem o reconhecimento de uma exceção implícita a determinada regra, em tese, aplicável em concreto.

4.2.1 Requisitos para aplicação da Teoria da Superabilidade

Em razão de confrontar com a segurança jurídica de um ordenamento, a aplicação da teoria da superabilidade exige o preenchimento e verificação de alguns requisitos e condições normativas.

Segundo Fernando Andreoni Vasconcellos (2010, p. 76), “sem medo do equívoco, é possível afirmar que quanto maior o grau de abstração da mensagem legislada, maiores são as chances de que a sua previsão possa ser derrotada, não aplicada”.

Partindo desta premissa, pode-se dizer que qualquer regra pode ser superada, a depender do seu grau de abstração, desde que observadas algumas condições, e se levada em consideração a interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Como bem explicita Humberto Ávila (2012, p. 122), “as regras também envolvem valores que carecem de ponderação”, motivo pelo qual podem ser derrotadas diante de circunstâncias excepcionais, e em razão da força normativa dos princípios que compõem o sistema jurídico.

Considerar que as regras são inderrotáveis seria, no mínimo, propor um engessamento do Direito ou, ainda, considerá-lo como uma ciência dogmática, inquestionável. Todavia, a superação normativa pressupõe a análise de condições materiais e procedimentais, que dizem respeito, respectivamente, à observância do conteúdo da norma e dos requisitos de forma, já que, em tese, as regras devem ser obedecidas e aplicadas em sua literalidade.

Em apertada síntese, os requisitos procedimentais podem ser caracterizados em: justificativa, fundamentação e a comprovação.

A primeira, enquanto requisito de superação, diz respeito à demonstração de que se a norma for empregada ao caso concreto, evidenciada estará a sua incompatibilidade. A justificativa compreende, de certa forma, a análise, ainda que superficial, do caso concreto, de modo que o intérprete do direito perceberá que a finalidade da regra restará desvirtuada se for aplicada à situação que está sendo discutida em âmbito judicial.

Além da justificativa, que paira sobre a incompatibilidade normativa e fática, deve haver, também, a demonstração de que o afastamento da regra não influenciará de

modo negativo na segurança jurídica do sistema. Se as regras devem ser obedecidas porque apresentam soluções satisfatórias para os conflitos sociais, não podem ser objeto de fácil superação, cabendo ao aplicador do direito analisar as consequências da sua decisão face à interpretação sistemática do ordenamento.

Como bem aponta Juarez Freitas (2002, p. 70), “cada preceito deve ser visto como parte viva do todo, eis que apenas no exame de conjunto tende a ser melhor equacionado qualquer caso”.

No que diz respeito ao requisito da fundamentação, diz-se que nos casos em que for cabível o afastamento de uma regra, será estritamente necessária a motivação expressa, clara e densa do aplicador do direito. Noutras palavras, deve o julgador exteriorizar as razões, fatos e fundamentos que o levaram a crer pela possibilidade de superação normativa.

Neste diapasão, Humberto Ávila (2012, p. 127) entende que:

As regras têm eficácia de trincheira, pois embora geralmente superáveis, só o são por razões extraordinárias e mediante um ônus de fundamentação maior. Essa diferente eficácia leva a uma resistência maior das regras para sua superação. E essa resistência maior conduz à necessidade de uma fundamentação mais restritiva para permitir a superação das regras.

A comprovação, por sua vez, enquanto último requisito formal para análise da superação deve ser condizente com a derrotabilidade da regra. Deve restar evidenciada que a superação é a melhor opção para a solução do caso concreto, já que, dado o seu caráter excepcional, a sua aplicação não pode ser presumida.

Noutra esteira, o requisito material a ser analisado quando da aplicação da derrotabilidade diz respeito ao conteúdo da regra e os seus problemas de pertinência, quando confrontada com o caso concreto. É preciso que exista um caso de difícil solução e que as técnicas apresentadas pelo sistema jurídico não sejam suficientemente capazes de oferecer um resultado adequado⁵⁷, já que, segundo Thomas da Rosa de Bustamante (2012, p. 477):

A característica da superabilidade, no caso específico das regras, diz respeito a situações inéditas, as quais tenham sido imprevistas e

⁵⁷ Não se pode olvidar que o próprio ordenamento jurídico possui critérios próprios para resolver as antinomias de regras apresentadas pelo sistema, como o cronológico, hierárquico, o da especialidade. Como bem aponta Thomas da Rosa de Bustamante (2005, p. 195), “ao contrário dos princípios, que seriam incapazes de, por si mesmos, gerar razões definitivas de decidir, as regras contêm determinações sobre o que deve ser feito, vale dizer, dispõem sobre quais os comportamentos que devem ser adotados em função delas. Daí a conclusão de que elas aplicam-se por meio da subsunção, e não da ponderação com outras normas de igual estrutura”.

imprevisíveis quando da criação dos enunciados normativos que as originaram. A efetiva superação de uma norma jurídica válida será tanto mais difícil quanto maior for o componente descritivo-comportamental presente na sua moldura normativa. No entanto, ainda que estejamos diante da regra mais específica existente num determinado tempo e lugar (chamemos, aqui, de R), sempre será possível surgir uma situação na qual a sua aplicação cause rompimento no equilíbrio dos princípios que lhe servem de fundamento. Caso esse desequilíbrio cause uma restrição desproporcional e irracional num desses princípios, é possível que existam razões para a criação de uma nova regra (R') que valha como exceção para R.

Nota-se que a *defeasibility* não pressupõe uma antinomia de regras, mas sim, uma antinomia normativa, pois será possível considerar que, em casos especiais, sejam reconhecidas exceções implícitas às regras a partir da análise e valoração dos princípios juridicamente consolidados. Não há uma negação do caráter universal de uma regra (a espécie normativo não perde a validade e o sentido), mas tão somente a redução do seu âmbito de aplicação.

4.2.2 Benefícios da sua utilização

Em um primeiro momento poder-se-ia argumentar que sustentar a tese da superabilidade seria, por via transversa, negar o caráter e a força normativa da espécie que se deseja afastar do caso concreto. No entanto, compartilhando do entendimento de Thomas da Rosa de Bustamante (2012, p.474) o estabelecimento de uma exceção na hipótese de incidência de uma norma mais parece a sua redução semântica.

Em razão da possibilidade de apresentar soluções que se afigurem mais razoáveis e justas para os conflitos da esfera judicial, a teoria da superabilidade sugere a adaptação do Direito aos anseios da sociedade. Afigura-se como mais uma técnica para resolução de conflitos entre as espécies normativas contempladas pelo sistema jurídico, no qual o aplicador do direito se valerá da hermenêutica para complementar ou dar sentido às proposições normativas, pois segundo o entendimento de Neil McCormick (2009, p. 267): “a obviedade de uma interpretação de palavras promulgadas pode, talvez deva, depender do entendimento do princípio ou princípios que supostamente norteia(m) a promulgação da lei”.

A utilização da teoria da superabilidade sugere um ordenamento jurídico atualizado face às mutações e inovações contempladas pela dinâmica da sociedade. Poder-se-

ia diminuir as injustiças e inconvenientes, decorrentes da aplicação literal de uma proposição normativa, para fazer a justiça em concreto.

Nas sábias palavras de Cristiano Chaves de Farias (2013, p. 39), admitir a *defeasibility* é admitir a:

Impossibilidade de sacrificar os valores fundamentais almejados pelo sistema jurídico como um todo (e, também, pretendidos pela própria regra em específico), somente para promover a sua aplicação fria e insensível (subsunção) em um caso concreto.

O reconhecimento de alguma razão jurídica justifica o afastamento circunstancial de uma norma, e conseqüentemente, o surgimento de uma exceção no seu sentido semântico, permitindo, assim, uma decisão *contra legem*⁵⁸, admitida para cotejar os objetivos ansiados pelo sistema jurídico.

Para Thomas da Rosa de Bustamante (2004, p. 182):

Não parece racional, em tais situações, modificar o sentido da norma encontrada através da interpretação do enunciado normativo (pois os significados mínimos estão a condicionar o processo de determinação do significado definitivo da norma, só podendo ser desprezados caso se comprove a inconstitucionalidade do enunciado em questão).

Para os casos de difícil resolução, a superabilidade pretende manter a validade de uma regra perante o ordenamento e viabilizar, também, o seu afastamento episódico diante de circunstâncias excepcionais contempladas em concreto. Esta seria uma forma de adaptação do sistema jurídico aos anseios da sociedade, que busca uma prestação jurisdicional justa e satisfatória para a solução dos seus conflitos.

O Direito é reflexo da comunidade, razão pelo qual deve ser considerado o papel do seu intérprete, que embora não crie o sistema, poderá moldá-lo em complemento a função legislativa, já que necessário o olhar sistemático para se alcançar a proposição mais correta. Assevera Juarez Freitas (2002) que “ainda quando se esteja examinando, em aparência, uma norma isolada, esta só poderá ser bem compreendida na relação mútua com as demais”.

⁵⁸ Para Thomas da Rosa de Bustamante (2004, p. 182) as decisões *contra legem* seriam aquelas que abarcam a argumentação *contra legem*, que é, senão, “a forma de argumentar contrária aos significados mínimos que possui um ou mais texto jurídico cuja validade se mantém fora de dúvida”, noutros termos, seria uma espécie de argumentação que pretende “comprovar a impossibilidade jurídica de uma decisão judicial fiel aos significados preliminares do enunciado que dá suporte à norma em questão”.

5 TEORIA DA SUPERABILIDADE x IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO

O instituto da adoção assistiu uma significativa mudança na ordem jurídica brasileira com o advento da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, edição do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sendo o afeto uma nova forma de constituição familiar, e rompendo a adoção com o liame parental existente entre o adotado e sua família natural, o legislador corretamente estabeleceu no art. 39, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ser irrevogável a adoção. Ao determinar que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, no art. 226, *caput*, da Constituição Federal, desejou garantir segurança jurídica à comunidade familiar, em todas as suas formas, inclusive naquela decorrente da adoção, evitando a instabilidade das relações e as possíveis fraudes sucessórias.

Por essa razão, pode-se dizer que o vínculo de parentesco estabelecido entre adotante e adotado, legalmente, se mantém por toda vida, e até depois dela. Nas sábias palavras de Cristiano Chaves de Farias (2013, p. 53):

A regra da irrevogabilidade da adoção é válida. Além de compatível com o Texto Magno (notadamente com o seu art. 227 que assegura a proteção integral infanto-juvenil), também se concilia, visivelmente, com os princípios norteadores do Texto Estatutário.

Em sendo válida e compatível com o ordenamento jurídico, deve a regra da irrevogabilidade ser obedecida, mormente porque “produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico”, como assevera Humberto Ávila (2012, p. 122) quando trata da necessidade de obediência às regras.

Ocorre que, assim como toda norma-regra, a regra estatutária insculpida no art. 39, parágrafo 1º, traz em si uma solução apriorística, que precede a experiência, e sua aplicação literal pode gerar inconvenientes na resolução de determinados conflitos.

Em casos singulares e de difícil resolução, existentes no âmbito do sistema jurídico, a mera subsunção do fato à norma pode acarretar na violação dos ideais almejados pelo legislador no momento de sua elaboração, ferindo, inclusive, valores maiores consagrados pelo ordenamento. Ao determinar que a família é digna de proteção do Estado, pretendeu o constituinte não só a conservação da entidade familiar, como

também a proteção dos integrantes da comunidade, sobretudo em razão do princípio da dignidade da pessoa humana.

Muito se sabe que este princípio é o norte de todo o ordenamento jurídico, também definido como o valor supremo e critério preponderante para as soluções dos conflitos sociais. Há quem diga, inclusive, que não há que se falar em solução de conflitos sem ponderá-lo com a norma jurídica aplicável ao caso, ou seja, sem levar o ser humano e os seus direitos fundamentais em consideração.

A Constituição Federal de 1988 faz menção em diversos dispositivos a tal garantia (dignidade perante a sociedade) e, nesse contexto, a família foi vista como meio de obtenção e efetivação deste valor, conforme se pode observar do art. 226, parágrafo 7º⁵⁹. É garantindo os direitos sociais e fundamentais ao indivíduo, como a proteção da família, que o Estado conseguirá assegurar a dignidade do indivíduo enquanto ser humano e integrante da sociedade.

Neste íterim, ao prever a irrevogabilidade da adoção, numa tentativa de garantir a igualdade entre os filhos, o legislador pretendeu de igual forma resguardar a dignidade do indivíduo inserido em um novo lar⁶⁰. Agiu corretamente ao prever que a adoção era para sempre, no entanto, parece desarrazoada a aplicação literal dessa regra a toda e qualquer situação que reclame a chancela do Poder Judiciário.

Em dias atuais, a segurança da irrevogabilidade conferida à adoção, sobretudo como uma forma de sanar as irregularidades sofridas por este instituto ao longo do seu processo de maturação, pode gerar prejuízos aos envolvidos na relação adotiva, já que se configura em exemplo claro de resistência normativa às situações específicas que, porventura, possam ocorrer na dinâmica da sociedade.

Apesar de regra válida e, em tese, aplicável a todos os casos, a permanência do status de irrevogabilidade pode confrontar com os novos paradigmas almejados pelo

⁵⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁶⁰ Adoção. Irrevogabilidade. Art. 227, § 6º, da Constituição Federal e art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A legislação em vigor impossibilita a revogação da adoção prevista no art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a Constituição Federal, em seu art. 227, § 6º, equipara o adotado ao filho legítimo.

(TJ-RO - AC: 10000720060116920 RO 100.007.2006.011692-0, Relator: Desembargador Gabriel Marques de Carvalho, Data de Julgamento: 13/02/2007)

ordenamento. Por essa razão é que, em harmonia com a nova ordem social, a teoria da superabilidade ou *defeasibility* apresenta-se como uma nova possibilidade de resolução de conflitos, buscando efetivar a justiça através do intérprete do direito, que garantirá a observância de valores e preceitos constitucionais. Como informa Murillo Digiácomo (2013, p.192):

Não é mais admissível que a autoridade judiciária se limite a invocar o princípio do superior interesse da criança para em seguida aplicar uma medida qualquer, a seu critério exclusivo, sem maiores cautelas. É fundamental que a Justiça da Infância e da Juventude atue de forma responsável, a partir da análise do caso sob a ótica interdisciplinar e em respeito aos princípios e parâmetros normativos vigentes.

Ao aplicador do direito cabe a sensibilidade de tomar as decisões que se mostrem efetivamente melhores aos envolvidos nas relações judiciais e, partindo-se do pressuposto da impossibilidade de concepção de um sistema jurídico pronto e acabado, também lhe cabe a função de, caso a caso, desvendar as exceções implícitas constantes das normas jurídicas.

As razões para a superabilidade de certas regras, como a prescrita pelo art. 39, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, devem se refutar especiais e relevantes para justificar, naquela situação concreta, o tratamento diferenciado e a relativização do conteúdo normativo. Caberá ao intérprete do direito, em complemento à atuação constituinte legislativa, identificar circunstâncias justificáveis à redução da incidência de uma norma.

Compartilhando do que preceitua Francisco Rosito (2012, p. 282), “a finalidade da jurisdição não é apenas a de acabar com os litígios, mas fazê-lo de forma justa”, sendo, portanto, função do magistrado, atuar complementarmente ao legislador, mantendo o equilíbrio do sistema e buscando a melhor solução para o conflito entre segurança jurídica e a evolução do Direito.

Do mesmo modo, assevera Manuel Atienza⁶¹ (2006, p. 226) que ao resolver uma questão jurídica, não deve o aplicador do direito partir, necessariamente, da ideia de que o ordenamento já oferece uma solução pronta, política e moralmente correta, pois o aparecimento de circunstâncias peculiares ao caso pode conduzi-lo a julgar como correta uma solução que não se encontra positivada no sistema.

⁶¹ Trata-se de um famoso jurista e filósofo espanhol, nascido em Oviedo, no ano de 1951. Seu trabalho tem contribuído bastante para incrementar o ramo da Filosofia do Direito, já que pretende uma adaptação dos paradigmas jurídicos classistas à realidade social, com fundamento na atividade argumentativa do intérprete do Direito.

As regras, enquanto normas descritivas de comportamento, apresentam soluções lastreadas em um importe limitado de dados e referências, razão pelo qual deve-se conceber a ideia de que as normas possuem um certo grau de superabilidade, já que a sua aplicação literal pode gerar danos infundáveis em casos que se afigurem como de difícil resolução por apresentar singularidades não previstas na descrição hipotético-normativa.

5.1 COMPATIBILIDADE E APLICAÇÃO

Partindo-se do pressuposto de que o ato de julgamento presume, também, um ato de responsabilidade em prol do outro, Murillo Digiácomo (2013, p. 192) entende que a intervenção judicial exige uma análise mais profunda das relações vivenciadas pelos destinatários da tutela estatal, pois as soluções encontradas pelo magistrado, embora se apliquem de imediato, terão seus efeitos postergados para além do trânsito em julgado da decisão. Nesse sentido, ressalta que:

É também importante não perder de vista que a intervenção estatal não visa apenas solucionar interesses “de momento” de uma determinada criança ou adolescente (embora as medidas aplicadas devam corresponder às necessidades atuais), mas que tem por objetivo encontrar soluções concretas e definitivas, cujos benefícios irão acompanhar o destinatário da medida para toda a sua vida.

Sendo a família protegida pelo Estado em razão dos indivíduos que a compõem, não seria justo se pensar na irrevogabilidade como verdade inquestionável, mormente por conta do princípio da dignidade da pessoa humana. Se a adoção consiste na inclusão de um indivíduo em uma família substituta para que tenha efetivado o seu direito à convivência familiar, não procede o entendimento de que esse indivíduo seja mantido em uma comunidade diante de circunstâncias excepcionais, apresentadas em momento ulterior à sentença constitutiva.

A impossibilidade de renegação à família adotiva evidencia matéria incontroversa nos tribunais. A exemplo disso, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento de um recurso de apelação, entendendo pela impossibilidade jurídica do pedido, decidiu por manter a sentença de primeiro grau, que extinguiu o processo no qual se alegava a inexistência de afeto como fundamento para revogação da adoção. Lamentando o fato da possível existência de mágoas entre a recorrente e a

recorrida, o Relator Francisco Loureiro entendeu ser inviável a desconstituição dos laços de parentesco em razão da falta de afeto, como se pode observar da seguinte transcrição:

ADOÇÃO. Pedido de Cancelamento formulado por adotada. Autora adotada por sua madrasta após falecimento da mãe biológica, sob a égide do Estatuto da Criança e do Adolescente. Irrevogabilidade do ato, que não se confunde com o direito de conhecer a sua origem biológica. Extinção sem resolução do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. Manutenção. Recurso não provido.

(TJ-SP - APL: 00008293820128260526 SP 0000829-38.2012.8.26.0526, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 31/01/2013, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/02/2013)

Consta da fundamentação do acórdão:

A autora foi adotada e criada por sua madrasta, uma vez que perdeu a mãe biológica ainda muito jovem. Inviável que somente vinte e um anos depois a autora, mulher adulta (26 anos), pretenda em razão da falta de afeto desconstituir os seus laços de parentesco. Lamenta-se a ausência de afeto, ou a existência de mágoas entre adotante e adotado, o que pode eventualmente também ocorrer nas relações consanguíneas, mas em qualquer delas tal fato não é suficiente para desfazimento das relações de parentesco.

A aplicação literal da regra estatutária do art. 39, parágrafo 1º, não parece desarrazoada, uma vez que considerar a falta de afeto como requisito para desconstituição dos vínculos adotivos seria renegar a existência do próprio instituto, além de colocá-lo em situação de extrema fragilidade. Não obstante, a referida regra deve ser observada enquanto via de mão dupla, valendo tanto para o adotante, quanto para o adotado, que não pode desprezar aquele, que por um momento, decidiu tomar-lhe como se filho fosse, levando esta condição para além da vida.

Nas palavras de Galdino Augusto Coelho Bordallo (2011, p. 258):

A importância da adoção é tanta para as pessoas envolvidas, por tratar-se, acima de tudo, de um ato de amor, que deve ser demonstrado para o Poder Público, a fim de obter a sua chancela (...). É preciso que o Estado se convença da presença do sentimento justificativo de tão importante passo, a assunção de um filho.

Para o referido autor, a importância conferida ao instituto é tanta, que foi expressamente proibida a adoção por procuração, dado o caráter personalíssimo do instituto. Os adotantes não podem ser representados, ou representar um ao outro no caso de adoção conjunta, em razão da necessidade de verificação judicial de adaptação da criança ou do adolescente com os legitimantes⁶².

⁶² Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei. § 2º É vedada a adoção por procuração.

É certo que a regra da irrevogabilidade confere a segurança jurídica de que necessita o instituto da adoção para subsistir na sociedade⁶³, além de que se encontra em perfeita sintonia com o que preconizou o constituinte no art. 227, da Constituição Federal⁶⁴, mas afigura-se completamente desarrazoada a sua aplicação literal, num ato de desconsideração da interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Compartilhando do entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2013, p. 1082), pode-se dizer que em casos pontuais e especiais faz-se necessária a sensibilidade do aplicador do direito para notar eventuais exceções que a regra imposta poderia comportar. Para os referidos autores, seria possível considerar o reestabelecimento do poder familiar originário, tendo em vista os valores pretendidos pelo ordenamento, tal como a dignidade do próprio adotado, e os demais interesses existenciais. Nesse ínterim, ilustram o entendimento com um julgado de desconstituição da adoção, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cujo acórdão exige referência:

ADOÇÃO - ELEMENTOS E CIRCUNSTÂNCIAS DOS AUTOS - DIREITO FUNDAMENTAL - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - CANCELAMENTO DO ATO - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - EM ABSTRATO, NO CASO CONCRETO - INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA/SOCIOLÓGICA - PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE - TEORIA DA CONCREÇÃO JURÍDICA - TÉCNICA DA PONDERAÇÃO - SITUAÇÃO FÁTICO-SOCIAL - CRIANÇA - PROTEÇÃO INTEGRAL, COM ABSOLUTA PRIORIDADE - SENTENÇA ANULADA - RECURSO PROVIDO. Tem-se o conflito das realidades fático-social e jurídica, ocasionado pela escolha indevida do instituto da adoção, ao invés de tutela. Não se olvida que a adoção é irrevogável, mas o caso sob exame revela-se singular e especialíssimo, cujas peculiaridades recomendam (ou melhor, exigem) sua análise sob a ótica dos direitos fundamentais, mediante interpretação teleológica (ou sociológica), com adstrição aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, dando-se azo, com ponderação, à concreção jurídica, máxime por envolver atributo da personalidade de criança, advinda de relacionamento "aparentemente" incestuoso, até

⁶³ ADOÇÃO. REVOGAÇÃO DE SEU REGISTRO. IMPOSSIBILIDADE. TRATAMENTO ISONÔMICO AOS FILHOS HAVIDOS NO CASAMENTO E AOS FILHOS ADOTADOS (ART. 227, § 6º, CRFB). IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO.

(TJ-RJ - APL: 2535 RJ 2009.001.02535, Relator: DES. NASCIMENTO POVOAS VAZ, Data de Julgamento: 22/04/2009, DECIMA QUARTA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 27/04/2009)

⁶⁴ 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.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

porque o infante tem proteção integral e prioritária, com absoluta prioridade, assegurada por lei ou por outros meios. Inteligência dos arts. 5º da LICC; 3º e 4º, caput do ECA; e 226, caput e 227, caput da CF). (Apelação Cível 1.0056.06.132269-1/001, Relator(a): Des.(a) Nepomuceno Silva, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/12/2007, publicação da súmula em 09/01/2008)

O caso tratava da adoção de uma menina por sua tia, e reclamava a desconstituição do ato por conta da relação amorosa vivenciada entre a adotada e o seu primo, legalmente considerado irmão (socioafetivo). A Corte de Justiça mineira, neste sentido, optou por ponderar os interesses envolvidos, considerando que do relacionamento do casal já havia uma criança, aparentemente prejudicada em seus direitos da personalidade por ser fruto de relação incestuosa.

Apesar de não ter sido mencionado o termo “derrotabilidade”, o julgado, ainda que implicitamente, se utilizou dos fundamentos dessa técnica hermenêutica para a prolação de uma decisão justa, que não colidisse com os valores constitucionais relevantes ao ordenamento jurídico. A situação apresentada exigia uma análise aprofundada do intérprete do direito, em virtude das particularidades do caso; se tratava de uma demanda complexa, onde havia, pelo menos em tese, uma regra a ser aplicada para solucionar a questão, não fossem as consequências gravosas que o seu emprego imediato implicaria para a criança, fruto de uma relação amorosa de irmãos.

Inegável que, neste caso, a regra da irrevogabilidade impunha a ponderação de interesses e a interpretação sistemática do ordenamento, a fim de que fosse oferecida uma solução satisfatória ao conflito apresentado. Como lecionam Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2011, p. 705):

Se justiça fosse apenas demonstração de força, de poder, de intimidação, de espada, não haveria lugar para a ponderação, para a reflexão, para a flexibilidade, para a percepção das necessidades humanas.

A ponderação dos interesses, frente aos princípios relevantes consagrados pelo ordenamento jurídico, como a dignidade da pessoa humana e o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, foi suficiente para considerar que a regra insculpida no art. 39, parágrafo 1º, do Estatuto, merecia ser superada diante da análise das circunstâncias que o caso apresentava.

Talvez a maior dificuldade quanto à aceitação da *defeasibility* e a sua compatibilidade com a irrevogabilidade da adoção, seja em razão da nomenclatura utilizada, pois esta induz, no primeiro momento, à noção de que a superação de uma

regra seria a sua invalidação perante o sistema. Todavia, não é essa a proposta da teoria, já que não se pretende o cancelamento da adoção em sua generalidade, visto que tal hipótese implicaria na burla, muitas vezes, de seus efeitos pessoais, e principalmente, patrimoniais.

Neste diapasão, um dos críticos da denominação utilizada por essa técnica hermenêutica de resolução de conflitos é o baiano Durval Carneiro Neto, que entende não ser o termo “derrotabilidade” o mais adequado para justificar o afastamento de uma regra. Em síntese, o referido autor (2014, p. 100) constata que:

Diversos casos complexos submetidos à Corte já foram resolvidos por simples emprego da ponderação, de maneira que o eventual afastamento de uma regra decorre da aplicação de outra norma jurídica com superior dimensão de peso, sem que se necessite falar em “derrotabilidade”.

Ao passo que a superabilidade implica no reconhecimento de uma exceção implícita na regra, diante do confronto social e jurídico que se estabeleceria caso fosse aplicada, a ponderação de que trata Durval Carneiro Neto seria a verificação das razões jurídicas para a ocorrência da *defeasibility*, requerida pela complexidade do caso em concreto. Ao defender a técnica do sopesamento, acaba por apadrinhar a superabilidade sem, contudo, se utilizar dos termos empregados por essa teoria.

Como informa Neil MacCormick (2008, p. 311), a *defeasibility* implica na constatação de que “aquilo que inicialmente era reconhecido ou aparentemente válido, torna-se aberto a contestação” diante de fatos ou eventos que possam incidir na situação em concreto; noutras palavras, “um arranjo desenhado para atingir certos efeitos jurídicos deixa de operar para atingir tais efeitos por causa da ocorrência de circunstâncias anômalas”.

O que se pretende com a superação das regras é, senão, a limitação das suas hipóteses de incidência, em virtude de algum princípio jurídico relevante na análise da situação concreta. Não se questiona a existência e validade da regra, mas sim a produção de seus efeitos face as possíveis exceções implícitas contidas no enunciado normativo. Segundo Neil MacCormick (2008, p. 316):

Exceções são formuladas quando eventos particulares põem em operação algum princípio ou valor jurídico de suficiente importância para revogar a suficiência presumível das condições expressamente afirmadas para a atribuição do direito (right). A situação especial ativa algum fator de fundo que vicia excepcionalmente a atribuição de um direito que, não fosse o fator excepcional, não seria problemática.

Tal “fator de fundo” ou *background factor* pode ser entendido como o princípio que oferece sustentação para a regra no mundo jurídico; e o vício por ele causado denota o afastamento excepcional da aplicabilidade normativa. Os fatos e fundamentos que justificam a existência da regra continuam inalterados, mas a situação inusitada, segundo Thomas da Rosa de Bustamante (2012, p. 478), “impede o surgimento da consequência que normalmente seria engendrada pela norma”.

A situação pode ser ilustrada com o julgamento do Tribunal de Justiça do Rio do Sul que, semelhante à Corte mineira, também possui precedente no sentido de superação da regra da irrevogabilidade, como se pode ver do acórdão que segue:

Apelação cível - Ação ordinária visando à dissolução de adoção - Demanda ajuizada consensualmente pelo adotante e o adotado - Vínculo estabelecido entre o filho e o marido da mãe biológica que, após quatro anos da consolidação do processo adotivo, separou-se do adotante - Inexistência de qualquer vínculo afetivo entre os envolvidos - Situação mantida formalmente, que acabou gerando a instabilidade psicológica do adotado em face da obrigação de manter um sobrenome com o qual não se identifica "Dever de observância do princípio da dignidade da pessoa humana" Inteligência do artigo 1º, III, da Constituição Federal- Decisão reformada para julgar procedente a pretensão dos apelantes - Recurso provido. (Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível 2005.032504-8, julgada em 16.12.2005, relator o Des. Sérgio Izidoro Heil)

Neste caso, entendeu a Corte que o vínculo legal estabelecido entre adotantes e adotado em razão da adoção, jamais cumpriu com o seu papel, tendo em vista que a criança, mesmo após a efetivação do ato, não deixou de conviver com a sua família natural.

Trata-se, em verdade, de mais uma hipótese em que circunstâncias peculiares conduziram o julgador a admitir a superação ou *defeasibility* da regra, em prol de princípios maiores, como a dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança. Nas sábias palavras de Cristiano Chaves de Farias (2013, p. 54):

Nenhuma norma-regra pode impedir eventuais exceções, em casos concretos, justificados. Assim, em casos raros, pontuais e especiais (*extreme cases*), será possível o cancelamento da adoção e o restabelecimento do poder familiar com a intenção de resguardar os interesses existenciais (jamais pra fins patrimoniais) e a dignidade do próprio adotado.

O Direito é reflexo das sociedades e, por essa razão, deve ser compatível com a realidade político-social na qual está inserido. Considerar que em casos inusitados, que reclamam uma providência judicial, poderia haver a superação da

irrevogabilidade, não nega o caráter e a força normativa da regra, pois há de se ponderar que, como afirma Durval Carneiro Neto (2013, p. 92):

Os problemas jurídicos não podem ser resolvidos sob a mesma lógica das equações matemática (monotônica), haja vista o grande número de variáveis envolvidas na complexidade das relações humanas e que podem produzir resultados distintos a depender da situação.

Desta forma, resta incontroverso o fato de que a irrevogabilidade afigura-se compatível com a teoria da superabilidade, defendida ao longo do presente trabalho, diante de casos complexos e de difícil solução para os quais o ordenamento jurídico oferece mais de uma resposta correta (regra, princípio ou categoria normativa de natureza diversa). Se a aplicação da irrevogabilidade vier a sacrificar valores essenciais, fundamentais, morais ou juridicamente corretos, há que se pensar na relativização da regra, seja por meio da admissão de uma exceção implícita, ou por meio da ponderação/sopesamento dos princípios que lhe servem de alicerce no sistema.

6 CONCLUSÃO

A partir de um estudo minucioso acerca do tema da irrevogabilidade, a presente pesquisa se propôs a demonstrar que, muito embora a regra contemplada no art. 39, parágrafo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, possua aplicabilidade imediata quando preenchida a sua descrição hipotético-normativa, é possível que na seara familiarista o aplicador do direito seja compelido a afastá-la em prol de valores relevantes consagrados pelo ordenamento jurídico.

Assim como as demais regras se sujeitam à derrotabilidade e podem comportar exceções implícitas, a regra da irrevogabilidade também pode sofrer dos efeitos da *defeasibility* para se compatibilizar com os ideais almejados pelo constituinte. Admitir a possibilidade de superação da irrevogabilidade não implica em negar os seus fundamentos existenciais, mas tão somente considerar que, em situações não previstas, a sua aplicação poderá confrontar com princípios maiores do sistema jurídico.

Como visto ao longo do trabalho, a regra estatutária insculpida no parágrafo 1º, do art. 39, merece louvor, tendo em vista a proteção especial e integral que deve ser destinada à criança ou adolescente colocado em uma família substituta. Já não bastasse o trauma da impossibilidade de convivência com a sua família natural, não seria razoável se conceber a hipótese de que pudesse ser renegado em momento posterior ao ato que lhe consagrou membro em um novo lar.

Ocorre que, como verificado ao longo do capítulo que versou sobre a teoria da superabilidade, o Direito não pode ser reduzido a uma lógica monotônica, pois se assim fosse, haveria de se considerar a possibilidade de dispensar o intérprete do direito, ou reduzi-lo ao status de máquina de aplicação de normas positivadas. Dada a impossibilidade de previsão e regulamentação de todas as condutas e comportamentos humanos, deve-se considerar que as regras podem apresentar exceções implícitas, diante da análise de um caso concreto merecedor da tutela jurisdicional. E mais, que tais ressalvas não causam interferência nos seus planos de existência e validade.

O fato é que, de uma forma ou de outra, na ocorrência de circunstâncias excepcionais, haverá uma redução no raio de incidência normativa, seja por meio da

superação da regra, que propõe o reconhecimento de uma exceção implícita; seja por intermédio da lógica da redução do sentido da norma; pela técnica do sopesamento normativo; ou ainda pela consideração de que a ocorrência de determinados elementos podem ativar um fator de fundo que vicia a norma e a afasta do caso concreto.

Talvez a resistência maior, como dito alhures, seja a aceitação do termo “superar”, “derrotar”, que em um primeiro momento poderia induzir ao entendimento equivocado de que a regra não poderia incidir, ou poderia ser ultrapassada em seus fundamentos existenciais. Como bem apontou Durval Carneiro Neto, e visto no capítulo que tratou de confrontar a irrevogabilidade com a teoria da superabilidade, a *defeasibility* é comumente aplicada para as decisões que envolvem casos de difícil resolução, embora não lhe seja dado o mérito em virtude da nomenclatura utilizada em sua defesa.

Diante desse cenário, e partindo-se da premissa de que todas as regras podem sofrer do fenômeno da superabilidade quando confrontadas com espécies normativas de maior valor, conclui-se que é possível a aplicação da *defeasibility* em casos excepcionais e extremamente pontuais, que reclamem a revogação do instituto da adoção para possibilitar a concreção dos princípios e valores que alicerçam o ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. Tribunal de Justiça do Estado de Amazonas. Apelação Cível n. 06029205320138040001. Proc. 0602920-53.2013.8.04.0001. Apelante: Helder Sabeli Santos. Apelado: Estado do Amazonas, Fundação Amazonprev. Relator: Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura. Julgado em 39 set. 2013. Disponível em: <<http://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115593328/apelacao-regime-previdenciario-apl-6029205320138040001-am-0602920-5320138040001>>. Acesso em: 30 de junho de 2014.

AOKI, Luiz Paulo Santos. Seção III – DA FAMÍLIA SUBSTITUTA, Subseção I, 28 a 32. *In*: CURY, Muniz (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 136-152.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13.ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BECKER, Maria Josefina. Subseção IV – DA ADOÇÃO, 47. *In*: CURY, Muniz (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 221-222.

Beijin Rules. Regras mínimas das nações unidas para a administração da justiça da infância e da juventude. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2014.

BIRCHAL, Alice de Souza. Novos paradigmas jurídicos da filiação e adoção: a afetividade como perfil da Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Leituras complementares de Direito Civil**. Salvador: JUSPODVIM, 2010.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. *In*: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Coord). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente, aspectos teóricos e práticos**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2011, p. 249-347.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

_____. **Lei 3.071**, de 01 de janeiro de 1916. Rio de Janeiro, RJ, 01 de janeiro de 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2014.

_____. **Lei 4.655**, de 02 de junho de 1965. Brasília, DF, 02 de junho de 1965. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4655.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2014.

_____. **Lei 6.697**, de 10 de outubro de 1979. Brasília, DF, 10 de outubro de 1979. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697impressao.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2014.

_____. **Lei 8.069**, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF, 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2014.

_____. **Lei 12.010**, de 03 de agosto de 2009. Brasília, DF, 03 de agosto de 2009. Altera a Lei 8.069/90. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1172067 – Proc. 2009/0052962-4. Recorrente: L. C. B. e outro. Recorrido: A. C. Da C. Relator: Min. Massami Uyeda. Julgado em: 18 mar. 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9115155/recurso-especial-esp-1172067-mg-2009-0052962-4/inteiro-teor-14264225>>. Acesso em: 30 de junho de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 577836. Proc. 2003/0145439-2. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Município de Passos. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 21 out. 2004. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14601553/recurso-especial-esp-1129695-mg-2009-0143703-0/inteiro-teor-14601554>>. Acesso em: 30 de junho de 2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e Guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CHAVES, Antonio. A Legitimação adotiva, forma mais avançada de integração de crianças abandonadas ou expostas, em lares substitutos, diferenças, inconvenientes e vantagens com referência à adoção. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 368, 1966, p. 390- 396.

CUNHA Jr, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. Salvador: JUSPODIVM, 2010.

Declaração Universal dos Direitos da Criança. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm>. Acesso em: 30 de junho de 2014.

DIAS, Aldo de Assis. Da adoção e da legitimação adotiva. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 348, 1964, p. 07-13.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9.ed. rev. atual. e ampl. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2013.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil**. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2014.

DIGIÁCOMO, Murillo. Subseção IV – DA ADOÇÃO, 39. *In*: CURY, Muniz (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 190-195.

DIGIÁCOMO, Murillo. Subseção IV – DA ADOÇÃO, 47. *In*: CURY, Muniz (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado – Comentários Jurídicos**. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 217-221.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n, 20100130089067. Proc. 0008872-47.2010.8.07.0013. Apelante: S.R.S. e outro. Apelado: N.H. Relator: Gislene Pinheiro. Julgado em: 19 set. 2013. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115986495/apelacao-civel-apc-20100130089067-df-0008872-4720108070013?ref=home>>. Acesso em: 30 de junho de 2014.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Escritos de Direito e Processo das Famílias, novidades e polêmicas**. 2ª Série. Salvador: JusPODIVM, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD; Nelson. **Curso de Direito Civil**. 5.ed. vol. 6. Salvador: JusPODIVM, 2013.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. 2.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 1.ed. vol VI. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6.ed. vol. I. São Paulo, Editora Saraiva: 2008.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Doutrina e Jurisprudência. 15.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 10.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcellos; rev. Marylene Pinto Michael. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5.ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Apelação Cível n. 10313100236675001. Apelante: A.M.L. Apelado: J.C.M. Relator: Alyrio Ramos. Julgado em 22 ago. 2013. Disponível em <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116971474/apelacao-civel-ac-10313100236675001-mg/inteiro-teor-116971516>>. Acesso em: 30 de junho de 2014.

NETO, Durval Carneiro. Críticas à teoria da derrotabilidade das regras jurídicas. **II Jornada de Direito Constitucional**. Brasília: ESMAF, 2014.

NETO, Manuel Augusto Vieira. O problema do menor: Crítica do Código dos Menores e sugestões para a sua reforma. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 181, 1949, p. 491-505.

NUNES, Rizzatto Nunes. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PACHI, Carlos Eduardo. Subseção IV – DA ADOÇÃO, 45. *In*: CURY, Muniz (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 208-211.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 7779320 PR 0777932-0. Apelante: A.M.D.C. e outro. APELADO: M. P. E. P. Relator: Clayton Camargo. Julgado em: 22 jun. 2011. Disponível em: <<http://tjpr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19973173/apelacao-civel-ac-7779320-pr-0777932-0/inteiro-teor-19973174>>. Acesso em: 30 de junho de 2014.
PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18.ed. vol. V. rev. atual. e ampl. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RESEDÁ, Salomão. A doutrina da proteção integral e os direitos fundamentais da criança e do adolescente. *In*: Rodolfo Pamplona Filho e Salomão Resedá (Coord.). **Direitos fundamentais e reflexos nas relações sociais**. Salvador: Paginae, 2010, p. 357- 409.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Reexame Necessário (REEX) n. 70058263187. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 08 mai. 2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119312989/reexame-necessario-reex-70058263187-rs/inteiro-teor-119313000>>. Acesso em: 30 de junho de 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. vol. III. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Apelação Cível n. 10000720060116920. Proc.100.007.2006.011692-0. Apelante: V. J. G. Apelado: V. S. P. Relator: Desembargador Gabriel Marques de Carvalho. Julgado em 13 fev. 2007. Disponível em: < <http://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6417417/apelacao-civel-ac-10000720060116920-ro-1000072006011692-0/inteiro-teor-12533162>>. Acesso em: 30 de junho de 2014.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais: Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 715916. Proc. 2008.071591-6. Apelante: R. C. Apeladas: I. H. C. e outros. Relator: Luiz Carlos Freyesleben, Julgado em: 26 jun. 2009. Disponível em: < <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6541901/apelacao-civel-ac-715916-sc-2008071591-6>>. Acesso em: 30 de junho de 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 00008293820128260526. Proc. 0000829-38.2012.8.26.0526. Apelante: Thais Micheletto. Apelado: Terezinha Aparecida Gomes Micheletto. Relator: Francisco Loureiro. Julgado em 31 jan. 2013. Disponível em: <<http://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113739016/apelacao-apl-8293820128260526-sp-0000829-3820128260526>>. Acesso em: 30 de junho de 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 994093174437. Apelantes: Karina Aparecida Kobama, Izilda Pereira De Abreu Kobama, Helena Pereira Vergilio e Ademar Vergilio. Apelado: Ministério Público. Relator: Egidio Giacoia. Julgado em: 11 mai. 2010. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9215064/apelacao-apl-994093174437-sp>>. Acesso em: 30 de junho de 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica Jurídica e Derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

VENCELAU, Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação: Entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo parterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. vol. V. São Paulo: Atlas, 2001.

WALD, Arnaldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito Civil: Direito de Família**. 18.ed. vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2013.

WELTER, Pedro Belmiro. **Igualdade entre as relações biológica e socioafetiva.**
São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.