

SUELY MITIE KUSANO

ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*

DOUTORADO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

SÃO PAULO - 2.006

SUELY MITIE KUSANO

ADOÇÃO INTUITU PERSONAE

Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Maria Helena Diniz.

SÃO PAULO

2.006

Banca Examinadora

**Aos amigos Márcio e Silmara,
pela luta incansável para realização
do grande ideal, bem como ao Matheus,
pela felicidade de ter um lar
e o amor de seus pais adotivos.**

**Em especial, agradeço à Doutora Maria Helena Diniz,
pelos ensinamentos e pela irrestrita colaboração.**

**Agradeço, também, ao Milton e às nossas filhas,
pela compreensão e pelo apoio incondicional.**

RESUMO

Propõe-se a "adoção *intuitu personae*" como tema de estudo da presente tese de doutoramento, considerando a atualidade do assunto, o atendimento dos interesses prioritários do menor na sua inserção no convívio familiar e as dificuldades enfrentadas por aqueles que apresentam iniciativa para adoção de filhos, a partir das disposições legais expressas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para tanto, analisadas as disposições específicas da legislação pátria, pesquisamos os problemas práticos verificados na efetivação da medida quando os pais biológicos indicam o adotante, concomitantemente com a manifestação de disponibilizar o filho à adoção, confrontando com as orientações consignadas internacionalmente na Convenção de Haia para atendimento dos interesses sociais do menor, da família e da sociedade, bem como o posicionamento majoritário da doutrina e jurisprudência nacional.

Procedendo-se a um retrospecto na evolução histórica do instituto da adoção, estudo de como a adoção é atualmente praticada em alguns países referenciais, comparação com institutos jurídicos similares e indicações médico-sociológicas pertinentes, permite-nos sustentar a viabilidade da adoção *intuitu personae* como mais uma forma e meio de adoção de menores no Brasil, objetivando agilizar o processo adotivo e melhor amparar os interesses destes, ao mesmo tempo em que se reduz o impacto social causado pela grande quantidade de menores aguardando convívio familiar definitivo.

RESUMO

El propuesto, estudiar el tema “adopción *intuitu personae*” para defensa de tese de doctoramiento, he considerado la actualidad Del asunto, como bien la atención y prioridad a las necesidades de los ‘menores’, para mejor insertalos em el regazo de la familia que los há adoptado. También, los estúdios habrán sido enfocados em el difícil enfrentamiento de problemas para quién presenta la iniciativa de adoptar hijos, enfrente a las disposiciones legales del “Estatuto da Criança e do adolescente”.

Así, examinando la ley brasileña, investigamos los problemas prácticos que se presentan para hacer efectiva la adopción, cuando los padres biológicos apuntan lo adoptante, junto com la manifestación de colocar su hijo a la disposición para el proceso de adopción, enfrente a las orientaciones internacionales de la “Convención de Haya”, para cumplir las necesidades sociales del menor, de la familia e de la sociedad, bien así la posición mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudência nacional.

Em examen, em uma retrospectión de la evolución histórica del instituto legal de la adopción, investigando como la adopción es ejercida em algunos países de referencia y comparando com otros institutos jurídicos similares, de acuerdo com indicaciones medico sociológicas, podemos decir y sustentar la viabilidad de la “adopción *intuitu personae*” como outra forma y método de adopción de menores em el Brasil, com el objetivo de hacer más rápido el proceso adoptivo e, también, mejor amparar las necesidades de los hijos adoptados, al mismo tiempo que puede reducir los impactos sociales originados por la grande cantidad de menores esperando encontrar um regazo familiar.

ABSTRACT

The theme of this doctorate thesis is the “*intuitu personae* adoption”, considering the present relevance of the subject, the attendance to the minor’s major interests in his insertion into the familiar life and the difficulties faced by those who show disposition to adopt children, taking as basis the legal rules expressed by the Child and Adolescent Statute.

For this, and having analyzed the brazilian legal specific dispositions, we researched the practical problems observed in the accomplishment of the intention when the biological parents indicate the adopting person, concomitantly with their manifestation of giving the son to adoption, also confronting with the orientations internationally consigned in the Haia Convention to attend the minor, the family and the society’s interests, as well as the major dispositions of the national doctrine and jurisprudence.

By means of a retrospect of the historical evolution of the adoption institute, of a study of how the adoption is practiced nowadays in some outstanding countries, of a comparison with similar legal institutes and also of sociological and medical indications, we can sustain the viability of the *intuitu personae* adoption as a further way and process of minors’ adoption in Brazil. We think this can make the adoption process quicker, can support the minors’ interests and, at the same time, can shorten the social impact caused by the immense number of minors waiting for a definitive familiar life.

SUMÁRIO

RESUMO	
ABSTRACT	
SUMÁRIO	I
ABREVIATURAS	III
PREFÁCIO	1
1. FILIAÇÃO BIOLÓGICA E FILIAÇÃO AFETIVA NO BRASIL	4
1.1. Reconhecimento da paternidade ou da maternidade	11
1.2. Inseminação artificial e fertilização <i>'in vitro'</i>	20
1.3. Estado de filho afetivo	34
2. FAMÍLIA SUBSTITUTA	40
2.1. Guarda	42
2.2. Tutela	45
2.3. Adoção	49
3. ADOÇÃO DE CRIANÇA E DE ADOLESCENTE	60
3.1. Proposta de adoção <i>intuitu personae</i>	61
3.2. Adoção: finalidade, dificuldades, riscos e ilícitos	66
3.2.1. Adoção “à brasileira”	81
3.2.2. Adoção “pronta”	86
3.2.3. Tráfico de menores	89
3.2.4. Circulação de crianças	99
3.2.5. Adoção de menores por casais homossexuais	103
3.3. Contexto internacional - discussões e convenções	117
4. ADOÇÃO <i>INTUITU PERSONAE</i>	126

4.1. Adoção: contexto social brasileiro	128
4.2. Afinidade, parentesco e inscrição	130
4.3. Filiação afetiva e filiação adotiva	136
4.4. Necessidades e interesses do menor	141
4.5. Consentimento e indicação do adotante	146
4.6. Avaliação psicossocial	164
4.7. Cadastro de adotantes	170
4.8. Processo de adoção <i>intuitu personae</i>	180
5. ADOÇÃO DE MENORES NO DIREITO COMPARADO	197
5.1. Precedentes históricos do direito romano	197
5.2. Confiança administrativa na adoção portuguesa	202
5.3. Acolhimento pré-adotivo do menor na família espanhola	208
5.4. Adoção de nascituro e avaliação de adotantes chilenos	215
5.5. Desnecessidade de cadastro de adotantes na Argentina	221
5.6. Incentivos econômicos para adoção de menores na Suécia	227
5.7. Agenciamento e adoção independente nos Estados Unidos	235
5.7.1. Pluriparentalidade e paternidade substituta em New York	241
5.7.2. Programa de planificação e assistência na Califórnia	253
6. SUGESTÕES DE LEGE FERENDA	273
CONCLUSÕES.....	279
BIBLIOGRAFIA.....	285

ABREVIATURAS

AI - agravo de instrumento

AP - apelação

Ap.Civ. - Apelação Cível

art. - artigo

c/c - combinado com

CâmCiv - Câmara Cível

Cap. - capítulo

CC - Código Civil; Câmara Civil

CF - Constituição Federal

cf. - conforme

cit. - citado

civ. - civil; cível

CPC - Código de Processo Civil

Des. - Desembargador

DJ - Diário da Justiça

DJU - Diário da Justiça da União

DOE - Diário Oficial do Estado

ECA - Estatuto da Criança e Adolescente

Ed. - Editora

EI - Embargos Infringentes

HC - Habeas Corpus

inc. - inciso

INTERPOL – International Criminal Police

j. - julgado

LICC - Lei de Introdução ao Código Civil

m.v. - maioria de votos

Min. – Ministro

NIA – Conselho Nacional de Adoções Internacionais

OEA – Organização dos Estados Americanos

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

p. - página

PRONAICA – Programa Nacional de Atenção Integral à Criança e ao Adolescente

R. - Respeitável

RE - Recurso Extraordinário

REDI – Revista Española de Derecho Internacional

Rel. - Relator

REsp - Recurso Especial

RF - Revista Forense

RGLJ – Revista General de Legislación y de Jurisprudência

RIDC – Revue Internationale de Droit Comparé

RJ - Revista de Jurisprudência (segundo-se o Tribunal que a edita)

RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência

RMP – Revista do Ministério Público

RT - Revista dos Tribunais

RTDF – Revue Trimestrielle de Droit Familial

RTJ - Revista Trimestral de Jurisprudência

STC – Superior Tribunal Constitucional

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

T. – Turma

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal

TJMG - Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJPR – Tribunal de Justiça do Paraná

TJRJ - Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJRS - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSC - Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TJSP - Tribunal de Justiça de São Paulo

V. Ac. - Venerando Acórdão

v.u. - votação unânime

vol. - volume

PREFÁCIO

A falta de controle quanto aos menores disponibilizados e a insuficiente fiscalização das condutas davam ensejo à burla das normas legais brasileiras não uniformes e maleáveis, comumente visando desburocratização dos caminhos para adoção, não raramente feitas à margem da lei, também favorecendo o tráfico de menores, muitas vezes destinando-os ao trabalho escravo ou à prostituição.

Diante desse cenário mundial e das diretrizes na Convenção de Haia para proteção integral da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, a adoção de menores no Brasil está regulada no ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo, como tônica, o cadastro de adotantes que serão previamente avaliados pelo Juízo, com acompanhamento do Ministério Público e suporte dos Assistentes Técnicos, antes que haja a definitiva adoção, necessariamente processada judicialmente.

Exceto nos casos de adoção unilateral, a legislação brasileira não prevê, expressamente, a possibilidade de dispensa do cadastro de adotantes, nem deferimento de adoção a quem não esteja previamente cadastrado ou com preterição da ordem cadastral. A adoção *intuitu personae* apresenta-se assunto delicado e polêmico, robustos os argumentos contrários à sua admissão, aliado à falta de previsão explícita.

Sustenta-se que, a partir do momento em que a mãe biológica manifesta sua intenção de disponibilizar seu filho à adoção, fica excluído seu poder familiar,

competindo unicamente ao Juízo decidir a escolha do adotante, dentre aqueles previamente avaliados e cadastrados. A exclusão do poder familiar como condição para processamento da adoção é uma questão que, em muito, dificulta admitir a possibilidade de adoção *intuitu personae*.

O posicionamento judicial também orienta observar rigorosamente a ordem dos adotantes cadastrados, acolhendo o primeiro interessado no menor em questão – aliás, justificado no maior interesse do menor, alguns Juízos têm disposto que não cabe ao adotante escolher idade, cor ou sexo do adotando, destinando-se o menor ao adotante conforme figure na ordem posta no cadastro. A indicação do adotante pela mãe biológica configuraria preterição do direito dos candidatos cadastrados de adotar o menor disponibilizado, notadamente quando se tratar de criança de até dois anos de idade, cuja procura é maior.

Argumentou-se que a adoção *intuitu personae* seria, de todo, inadmissível, porquanto o Juízo não pode, nem deve, ser um mero homologador da vontade dos pais biológicos e do adotante; sendo, ainda, mais uma forma de burlar o rigor da lei, eximindo o adotante do prévio cadastro, permitindo contratações ilícitas, camuflando compra e venda de menores mediante a apresentação do adotante com a anuência da mãe biológica, geralmente sem condições de decidir ou com carências econômicas.

Ponderou-se que o prévio acordo entre genitor e adotante daria, futuramente, margens a que este fosse constantemente importunado com buscas e tentativas de

aproximação do genitor ao filho, podendo até submeter o adotante a chantagens financeiras.

Não se olvidando da grande quantidade de menores aguardando adoção e preocupados com os reflexos sociais causados pela ausência de amparo familiar; de início relutamos na escolha do tema, diante das disposições do ECA que introduziram profundas modificações na adoção. Contudo e justamente porque o ECA substituiu a "situação irregular" do menor pela doutrina da "proteção integral", propusemo-nos pesquisar o Direito Comparado, verificando os aspectos sociais e médico-psicológicos que podem influenciar no aspecto jurídico-processual que envolve o instituto da adoção de menores.

Ao admitir o cabimento da adoção *intuitu personae*, hoje num pequeno número de pais que corajosamente confessam suas opções e enfrentam as conseqüências daí advindas, convencemo-nos de que esta forma de adoção melhor amparará os direitos da personalidade, da dignidade e da liberdade do adotando, incentivando a cultura da responsabilidade recíproca.

São Paulo, 1º de março de 2006.

Suely Mitie Kusano

1. FILIAÇÃO BIOLÓGICA E FILIAÇÃO AFETIVA NO BRASIL

O modelo tradicional de família é aquele erigido em base biológica, conforme se extrai do posicionamento jurisprudencial corrente, bem representado pela dicção relatada: *"Se tanto a família adotiva como a biológica tem condições de cuidar do infante, deve prevalecer a última, porquanto o art.19 do ECA prioriza a família biológica, estabelecendo que a criança deverá ser criada pela família substituta apenas em situações excepcionais"*¹.

O princípio da equiparação das filiações assim como o papel crescente do princípio do interesse da criança não poderiam ter deixado de exercer fortes influências. Contudo, sem contrariar a importância e a relevância de os filhos serem criados no seio de sua família biológica, se cercado de amor e cuidados; entendemos que a paternidade sócio-afetiva² é a que melhor garante a estabilidade social.

Entretanto, não significa que a criança tenha direito de ser adotada, caso impossível ou inviável estar no convívio de sua família biológica: embora a adoção tutele um interesse da criança, não se lhe concede um autêntico direito subjetivo,

¹ AI nº 97.004945-5, da 4ª Câmara Cível do TJSC, Relator Pedro Manoel Abreu, j. 11.12. 1997, disponível em *CD Juris Plenum*. Caxias do Sul, Plenum, fev.2001, p.1/57.

² OVERBECK, Alfred E. Von. Private international family law in Europe, in *The reform of family law in Europe*. Ed. A. G, Chloros, Deventer/ Hollan/ Boston/ London/ Frankfurt, Kluwer, 1978, p.284; OLIVEIRA, Guilherme de. *Sobre a verdade e a ficção no direito de família*. Coimbra, BFDUC, v. LI, 1976, p. 14. No mesmo sentido, PROENÇA, José Gonçalves. *Tendências dominantes na evolução da instituição familiar*. Lisboa, Ed. Lusíada, Série Direito, 1991, p. 29.

porque a pessoa não tem o direito de ingressar numa família a que não está ligada por uma relação de progeneritura.³

E assim é porque a filiação sócio-afetiva é edificada no relacionamento diário e afetivo, formando uma base emocional capaz de assegurar o pleno desenvolvimento do ser humano⁴, porque *"reconhecer sua paternidade deve ser, antes de uma obrigação legal, uma demonstração de afeto e dedicação, que decorre mais de amar e servir do que responder pela herança genética"*⁵.

Este raciocínio é o que mais assimila a noção de paternidade responsável inserta no art. 226, §7º, da Constituição Federal, conquanto a filiação sócio-afetiva corresponde à filiação querida, desejada, vivenciada no dia-a-dia familiar, não podendo, entre filiação biológica e afetiva, haver distinção em direitos e obrigações, conforme preceituado na Constituição Federal, art.227, §6º e Código Civil de 2002, art. 1.596.

A Constituição Federal de 1988 e a Convenção sobre os Direitos da Criança⁶ são marcos que definiram a identidade de responsabilidades entre a filiação biológica e a afetiva: da Constituição Federal derivam o estado de filiação biológico e

³ DE CUPIS, Adriano. Persona e famiglia nell'ordinamento giuridico, in *Dir. Fam.*, v. XXI, 1988, p. 1747 ss.

⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1994, p. 20; FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 135; TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. Rio de Janeiro, Renovar, p. 346.

⁵ BOEIRA, José Bernardo Ramos, Investigação de paternidade. *Posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, p. 53/54.

⁶ Assembléia Geral da ONU em 20.11.1989, com força de lei no Brasil pelo Decreto Legislativo 28, de 24.09.1990 e Decreto Executivo 99.710, de 21.11.1990.

não-biológico e o direito da personalidade à origem genética; da Convenção vem a solução do conflito pela aplicação do princípio do melhor interesse do filho⁷.

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.596, dispõe que "*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*", copiando os mesmos termos do artigo 227, §6º, da Constituição Federal de 1988, não havendo mais qualquer restrição na investigação de paternidade e de maternidade natural ou medicamente assistida.

Aliás, desde o início do século já se sustentava, no direito europeu, que "*a família é uma realidade extremamente plástica que (...) se amolda aos condicionalismos e contingências sociais (...). É justamente o que acontece com a filiação adotiva. Não há nela uma ficção, como pensava SEABRA, mas um vínculo real ...*".⁸

Resulta clara a intenção do legislador constitucional e ordinário em colocar no mesmo patamar todas as formas de filiação. Vale dizer, não mais há distinções entre a filiação matrimonial e a não matrimonial, perdendo importância a origem da filiação

⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *O direito de família na Constituição de 1988*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1989, p. 53/82; FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 165/169; MINUCHIN, Salvador. *Famílias: funcionamento e tratamento*. Porto Alegre, Artes Médicas, 1982, p. 53 e 238.

⁸ SILVA, Manuel Gomes da. JORGE, Fernando Pessoa. *O direito de família no futuro Código Civil – Terceira parte*. Lisboa, BMJ 90, 1959, p. 323/342. Semelhantemente, OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família*. Porto Alegre, Fabris, 1990, p. 11; DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito de filiação*. São Paulo, Dialética, 1997, p. 23.

biológica para prevalecer a sócio-afetiva⁹; importando saber até quando o Direito pode imitar, através de um "parentesco legal", outra realidade de natureza bem diversa, ou seja, qual deve ser o limite da utilização da adoção para construir ou alargar uma família.

Neste sentido, Hauser acusa a evolução deformada do instituto, resultante da separação do seu espírito original e do modelo familiar que presidiu o seu desenvolvimento, a permissão de algumas legislações em "dar uma criança a uma família", a admissibilidade da adoção por uma só pessoa, a adoção do filho do cônjuge (que o autor define como "sub-rogação paternal").

Alerta que *à tout faire* pode ir mais longe: a adoção acaba por constituir um meio fraudulento de escapar a uma proibição legal como o casamento entre pessoas do mesmo sexo ou no domínio das novas técnicas de procriação que mascaram o espírito original da filiação e da relação de parentesco, nos casos em que *"a mãe de substituição não deu o óvulo e que, por isso, a criança que vai ser adotada é biologicamente filha da adotante"* (força declarativa) ou nos casos em que *"servindo a adoção para que a mãe de substituição, simultaneamente doadora do óvulo, renuncie à maternidade"* (força abdicativa).¹⁰

⁹ SOUSA, Rabindranath Capelo de. *A adoção – Constituição da relação adoptiva*. Coimbra, 1973 (separata do v. XVIII do Suplemento do BFDUC), p. 38 ss.; COELHO, Francisco M. Pereira. *L'adoption dans les principales législations européennes (études de droit interne et de droit international privé)*, I – Droit interne, in *RIDC – Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 37, 1985, p. 33; BUSCAGLIA, Leo. *Amando uns aos outros: o desafio das relações humanas*. Rio de Janeiro, Record, 1984, p. 75/88.

¹⁰ HAUSER, Jean. *L'adoption à tout faire*. D., 1987, chr. XXXVII, p. 205/208 – tradução livre da autora. Semelhantemente, RAYNAUD, Pierre. *Un abus de l'adoption simple. Le couples adoptifs*. D., 1983, chr VII, p. 39/41.

Repensando os alertas lançados sobre a "evolução deformada do instituto", abrindo-se a possibilidade de adoção de crianças por pessoas do mesmo sexo e a prática de técnicas reprodutivas assistidas, temos consciência de que os reflexos daí advindos não foram suficientemente analisados – nem se pode imaginá-los diante da variedade de reações possíveis, conforme seja a formação da personalidade individual em compasso com as interferências sócio-culturais e ambientais durante o desenvolvimento da pessoa, havendo grande risco de gerar, no adotando, considerável baixa estima ou conflito existencial, acarretando sérias complicações de ordem psicológica.

Perturbamo-nos com a indagação íntima se tais possibilidades, concretas que já são, não configurariam lesão aos direitos da personalidade ou violação à dignidade da pessoa humana, no que respeita a figura do perfilhado. Inquieta-nos o fato de nossa sociedade ainda não estar suficientemente preparada para lidar com problemas desta magnitude, obrigando-nos refletir a extensão de nossas responsabilidades em permitir causar tamanho sofrimento às pessoas que, quando adotadas ou concebidas, ainda não tinham discernimento e poder de decisão.

A filiação sócio-afetiva é a que decorre do vínculo de afetividade e de solidariedade, marcada pela ligação entre pais e filho na busca da felicidade recíproca, formando a família moderna não só através do casamento, mas já reconhecida a união estável e a comunidade formada por qualquer um dos pais e o filho, denominada família nuclear, monoparental, eudomonista ou sócio-afetiva, em

que se verifica igualdade emocional, de direitos e de responsabilidades, autoridade negociada sobre os filhos, co-paternidade, família socialmente integrada.¹¹

Não há, entre pais e filho, um vínculo de consangüinidade. A adoção judicial, o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou da maternidade, o estado de filho afetivo e a chamada adoção "à brasileira" figuram como espécies de filiação sócio-afetiva; sendo estas duas últimas formas irregulares de filiação.

Caio Mário da Silva Pereira¹² comenta que o Código Civil de 1916 não agasalhou o estado de filho afetivo justamente devido ao fato de sua apuração ser exclusivamente testemunhal, sempre perigosa. Acrescenta que o julgador deve aferir, cuidadosamente, se se trata de autêntica posse de estado de filho ou, ao revés, depara-se ao nível da solidariedade humana ou piedade cristã que não podem ser confundidas com a paternidade sócio-afetiva.

O Código Civil de 2002 também não reconhece expressamente o estado de filho afetivo. Entretanto, a filiação sócio-afetiva pode ser admitida com base nos seguintes artigos:

¹¹ EEKELAAR, John. *Parenthood, social engineering and rights – constituting families: a study in governance*. Ed. Derek Morgan & Gillian Douglas, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1994, p. 80/97; SARACENO, Chiara. *Sociologia della famiglia*. Bolonha, Il Mulino, 1988, p.7; PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 33; FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, *cit.*, p. 25; NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo, Memória Jurídica Editora, 2001, p. 51. Monoparental: comunidade formada por qualquer um dos pais e seus filhos; eudomonista: aquela em que a busca da felicidade é o seu fundamento; pós-nuclear: advém da coabitação fora do casamento ou a relativa indiferença ao estado matrimonial, como no caso do adotante que não seja casado.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Forense, vol. I, 1994, p.203.

- Art. 1.593. *"O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou de outra origem"* – Essa "outra origem" de parentesco é justamente a sociológica (afetiva, sócio-afetiva, social, eudemonista) verificada nas adoções.
- Art. 1.596, em que é reafirmada a igualdade entre a filiação biológica e a adotiva, consagrada na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, §6º.
- Art. 1.597, inc. V¹³, pois o reconhecimento voluntário da paternidade na inseminação artificial heteróloga não é o de filho biológico, mas, sim filiação sócio-afetiva, já que o material genético é de terceiros e não dos pais.
- Art. 1.603, em que alberga as hipóteses de adoção "à brasileira"¹⁴, quando registrado como próprio filho alheio, salvo a anulação do registro por erro ou falsidade¹⁵.
- Art. 1.605, inc. II (*"Na falta ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: ... II – quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos."*), em que a filiação é provada por presunções – posse de estado de filho ou estado de filho afetivo, autorizativos para adoção.

Importante, ainda, lembrar que a filiação biológica natural, a medicamente assistida e a social podem se dar, reconhecida e juridicamente, por um só dos pais.

¹³ CC, Art. 1.597: "Presumem-se concebidos na constância do casamento, os filhos: ... V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido."

¹⁴ CC, art. 1.603: "A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil."

¹⁵ CC, art. 1.604: "Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro."

Com efeito, não havendo reconhecimento da paternidade, no registro de nascimento estará certificada apenas a maternidade.

Excepcionalmente a adoção pode ser deferida a duas pessoas ao mesmo tempo, se elas forem casadas entre si ou viverem em união estável – vale dizer, de sexos diferentes. A regra geral é a adoção individual; não havendo na legislação brasileira nenhuma menção à orientação sexual do adotante, de forma que lésbicas e gays não têm nenhum impedimento para adotar a título individual.

Na reprodução humana assistida também não há impedimento que as mulheres individualmente – incluindo-se as lésbicas – possam submeter-se à inseminação artificial ou fertilização *in vitro*, não se investigando sua orientação sexual, nem se exigindo seja a mulher casada ou convivente, podendo ser solteira, divorciada ou viúva.

1.1. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE OU DA MATERNIDADE

O novo Código Civil, em seu artigo 1.597, expressa a presunção da paternidade biológica quando a concepção se deu na constância do casamento e da união estável, bem como:

- I. Os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
- II. Os nascidos dentro dos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, separação judicial ou anulação;

- III. Havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido ou companheiro;
- IV. Havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- V. Havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

O reconhecimento de filho, mesmo que efetuado por equívoco, não se combate com a ação de falsidade do registro, mas sim com a ação de nulidade por erro na declaração unilateral independente de vontade, onde não se agasalham as alegações de pressão psicológica que não se equipara a coação, conforme se vê da jurisprudência:

REGISTRO DE NASCIMENTO – RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO DA PATERNIDADE – ADOÇÃO SIMULADA OU "À BRASILEIRA"

"Descabe a pretensão anulatória do registro de nascimento do filho da companheira, lavrado durante a vigência da união estável, já que o ato tipifica verdadeira adoção, que é irrevogável. Apelo improvido. Segredo de justiça"¹⁶

Com efeito, permitir que o pai, a qualquer momento, pudesse desfazer o reconhecimento da paternidade de um filho, seria de extrema injustiça e gesto reprovável ou imoral, sobretudo se o objetivo for fugir do dever de alimentos ou para evitar agravante de parentesco num crime, como se extrai da jurisprudência brasileira:

¹⁶ TJRS – AC 598300028 – RS – 7ª CâmCív. – Rel. Des. Maria Berenice Dias – j. 18.11.1998.

"Se foi o próprio recorrido a pessoa que compareceu ao cartório e fez as declarações de registro, não pode ela agora procurar anulá-la para beneficiar-se da anulação, principalmente em prejuízo de quem não participou do ato nem podia participar, por ser menor de idade. Durante muitos anos de convivência entre a apelante e o apelado, este se comportou como um pai verdadeiro, assumindo a recorrente como filha, implementando faticamente a declaração jurídica afirmada no registro civil. A declaração de vontade tendente ao reconhecimento voluntário da filiação, admitindo alguém ser o pai ou a mãe de outra pessoa, uma vez aperfeiçoada, torna-se irretratável. A exemplo do que ocorre com os demais atos jurídicos, a invalidação pode verificar-se em razão de erro, dolo, coação, simulação ou fraude. É de sabença geral que ninguém pode alegar, em seu benefício, a própria torpeza."¹⁷

A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente fixam a verdade da filiação genética ou sócio-afetiva¹⁸, cujos filhos são iguais em direitos e obrigações, não mais se admitindo a presunção da paternidade na constância do casamento e da união estável, tido tão somente como um indicativo e não como prova absoluta da paternidade, ante a evolução dos meios científicos de fixação da paternidade biológica através do exame genético em DNA.

No Brasil, somente com o advento do Decreto Lei 4.733/42 deu-se um primeiro passo para permitir o reconhecimento ou a investigação da filiação havida fora do casamento; contudo, estando o pai casado, o filho ilegítimo somente poderia acionar o pai em segredo de justiça e apenas para fins de prestação de alimentos.

¹⁷ AC. 117.577/7, 2ª Câmara Cível, TJMG, rel. Rubens Xavier Ferreira, j. 09.03.1999.

¹⁸ Arts. 226, §§4º e 7º e 227, §6º, da Constituição Federal de 1988 e o art.27, da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Logo, não era dado ao filho o direito de reivindicar o reconhecimento antes de finda a sociedade conjugal.¹⁹

O filho e seus pais biológicos ou genéticos possuem o sagrado, natural e constitucional direito de conhecer a sua identidade, a sua ancestralidade, a sua origem. É direito personalíssimo, que não é dado a ninguém fruir em lugar de outrem.

A vida, a integridade física e psíquica, a liberdade, a dignidade, a honra e o nome são atributos pessoais, inalienáveis, imprescritíveis, indisponíveis e intangíveis decorrentes da filiação biológica²⁰ ou da transferência da herança genética, que pode ser natural ou medicamente assistida.

Na investigação de paternidade, o investigado tem direito à intangibilidade física, não podendo ser conduzido forçosamente à produção do exame genético em DNA, para que seja descoberta a paternidade biológica. A negativa na produção dessa prova importa renúncia implícita à tese da negativa da paternidade, representando um forte indício da paternidade, embora declarar a

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 62/63; DE-MATTIA, Fábio Maria. Investigação de paternidade, alimentos, filiação e conseqüências da nova norma constitucional, in *Repertório IOB de jurisprudência*. São Paulo, 1^a quinzena fev 1989, p. 49; Lei 883/49, art. 4^o.

²⁰ VENCESLAU, Rose Melo. *Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 379/400; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Recusa à realização do exame do DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade*. Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 187/188; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Processo civil e direito à preservação da intimidade*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2^a série, 1980, p. 4; WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdades entre as filiações biológicas e socioafetivas*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 142.

paternidade não querida possa ser constrangedor ao filho, diante da imposição judicial.²¹

Na reprodução humana medicamente assistida por inseminação artificial homóloga, o material genético pertence ao casal, não havendo como negar a paternidade, que se presume mesmo com eventual anulação do casamento, separação do casal ou morte do marido antes da concepção, denominada *post mortem*²².

Entretanto, se a inseminação artificial ocorrer após a morte do marido, ou seja, for *post mortem*, originar-se-ia a família monoparental (só a mãe) decorrente da reprodução humana medicamente assistida, na maioria dos países em que a inseminação artificial homóloga só é permitida apenas aos casais cujos integrantes estejam vivos por ocasião da concepção.²³

Também no Brasil há polêmica quanto à admissibilidade do antecipado reconhecimento da paternidade referente ao filho nascido após os 300 dias do falecimento do marido, dispondo o vigente Código Civil que estão legitimadas à sucessão as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da sucessão aberta

²¹ HC 71373-4-RS, STF, Sessão Plenária, Rel. Min. Marco Aurélio, m.v., 10.11.1994; EI 593160773, 4º Grupo Câ.m.Cív. do TJRS, em 11.11.1994, Rel. Des. Luiz Felipe Azevedo Gomes; ApCív 587145713, da 7ª Câ.m.Cív do TJRS, Rel. Des. Eliseu Gomes Torres, j. 03.12.1997, DJU 06.02.1998, p.31; VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Rio de Janeiro, Revista Forense, jul/set. 1980, nº 71, p. 46.

²² A respeito, DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo, Editora Saraiva, 5º volume, 2002, p. 383/384; RODRIGUES, Silvío. *Direito civil – direito de família*. Rio de Janeiro, Ed. Saraiva, vol. 6, 1996, p. 286; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Novo Código Civil comentado*, coord. Fiuza. São Paulo, Ed. Saraiva, 2002, p. 1.407/1.408; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo, Ed. Atlas, vol. 6, 5ª ed., 2005, p. 248/249 e 255.

²³ ZANNONI, Eduardo A.. *Derecho de familia*. Buenos Aires, Astrea, vol. 2, 3ª ed., 1998, p. 521; BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A.. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires, Astrea, 4ª ed., 1996, p. 475.

(CC, art. 1.798), ainda que haja previsão de ser chamada à sucessão testamentária "os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão" (CC, inc. I do art. 1.799), posto que se presume que esse herdeiro testamentário não é herdeiro legítimo do testador (§ 4º do art. 1.800, CC).²⁴

Assim, a mulher detém o poder de gerar o filho quando bem quiser, porque o marido, ao fornecer o material genético, autorizou previamente a inseminação artificial homóloga, mesmo se depois vier a separar-se da esposa ou morrer – trata-se, pois, de hipótese de reconhecimento de paternidade antes do nascimento do filho.

A filiação afetiva é irrevogável, mas não se pode proibir que o filho saiba quem são seus pais biológicos, não só quando se tratar de filiação adotiva, mas também quando houver inseminação artificial homóloga e heteróloga, porém com as exclusivas finalidades de:

- Conhecer a origem biológica por necessidade psicológica,
- Para observar os impedimentos matrimoniais e prevenir incestos entre parentes biológicos em linha reta ou colateral ou
- Para preservar a saúde e a vida do filho, em casos de doenças genéticas graves.

²⁴ LIMA NETO, Francisco Vieira. *Biodireito* (org. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos). São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 140; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 17ª edição, 5º volume - Direito de família, 2002, *cit.*, p.384/385; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo, Ed. Atlas, vol. 6, 5ª ed., 2005, *cit.*, p. 262/263; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. V, 15ª ed., 2005, p. 117.

Contudo, persistem problemas de ordem técnica e moral, ainda que a inseminação artificial seja homóloga (biológica *a priori*, podendo consistir numa verdadeira filiação socioafetiva, nos casos de troca acidental dos materiais genéticos).

Num primeiro grupo, as polêmicas, notadamente na inseminação artificial homóloga, surgem a partir da revelação de negligência na esterilização do material, trocas e misturas indevidas de material reprodutivo ocorridas em diversas partes do mundo²⁵, acarretando conflitos de natureza emocional, dada a importância do vínculo criado pela gestação contraposta à idéia de "filhos trocados", geração de filhos de raças diferentes da do pai ou da de ambos os genitores, interferindo na constituição do parentesco genético do casal e envolvendo um terceiro elemento na comunhão da substância.

Há implicações jurídicas e afetivas decorrentes do conhecimento e do consentimento²⁶ para que a inseminação artificial homóloga se realize, pois, havendo troca ou mistura de material genético, a inseminação artificial passa a ser

²⁵ "Jornal inglês denuncia troca de embriões em laboratório", in *O Globo*, 21 de novembro de 1994 – O Mundo, p. 15. "Centros fazem troca de sêmen na Itália", in *O Globo*, 23 de janeiro de 1995, 1º Caderno, p. 12. "Negra fecundada por óvulo de branca", in *Jornal do Brasil*, 26 de janeiro de 1994, Ciência, p. 12. "Holandesa dá à luz gêmeos de duas raças: erro médico na fecundação 'in vitro' deixa pais abalados e causa confusão na França", in *Jornal do Brasil*, 18 de abril de 1996, Ciência, p. 4.

²⁶ SALEM, Tania. O princípio do anonimato na inseminação artificial com doador (IAD). *Physis – Revista de saúde coletiva*, v. 5, n. 1, 1995, p. 33/68; RIZZARDO, Arnaldo. Fecundação artificial. *Revista Ajuris* 52/62. Porto Alegre, jul.1991; ZANNONI, Eduardo A.. *Inseminación artificial y fecundación extrauterina: proyecciones jurídicas*. Buenos Aires, Astrea, 1978, p. 63. Implicitamente, DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 17ª edição, 5º volume - Direito de família, 2002, *cit.*, p. 385/386.

heteróloga não consentida, o que abre a possibilidade de impugnação ou negativa da paternidade ou da maternidade, já que não houve consentimento do marido para que a mulher fosse fertilizada com material genético de terceiro.

A inseminação artificial homóloga *post mortem*, como admitida no Brasil através do Código Civil, em seu artigo 1.597, incs. III e IV, reacende o debate sobre a existência da pessoa como unidade fisicamente independente, isto é, uma entidade "flutuante solta" (*free floating*)²⁷, uma vez que poderia ser considerado um símbolo ideal de indivíduo desprovido de relações.

Conquanto já morto seu pai antes da concepção, podem ocorrer problemas psico-sociais, a exemplo de baixa auto-estima ou de discriminação social, decorrentes de ter sido concebido após a morte do pai biológico, disso acarretando distúrbios na aquisição de identidade e a definição de parentalidade, posto que o parentesco é também individualizado, tornando-se a identidade genética essencial ao indivíduo.

No Brasil, o artigo 226, §4º e §7º, da Constituição Federal e a Lei Federal 9.263/1996 autorizam a monoparentalidade²⁸ obtida através da inseminação artificial e permitem, à mulher, fazer seu planejamento familiar, incluindo a adoção

²⁷ FRANKLIN, Sarah. Making Representations: The parliamentary debate on the human fertilisation and embryology act, in EDWARDS, J. et al. *Techologies of procreation: kinship in the age of assisted conception*. New York, Routledge, 2ª ed., 1999, p. 127/165.

²⁸ Família monoparental é a comunidade formada por qualquer dos pais e seu descendente – uma só linha de origem (biológica ou afetiva), também chamada "unilinear", nos casos de reconhecimento da filiação por um só dos genitores, adoção por apenas uma pessoa ou reprodução medicamente assistida de mulher solteira: BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade. Posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, cit., p. 23/24; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Família não fundada no casamento*. RT 771/69. São Paulo, 2000.

de técnicas de inseminação ou fertilização para que haja procriação assistida – poderia ser esta a melhor solução aplicável aos casos de inseminação artificial homóloga *post mortem*, ao invés de atribuir-se a paternidade ao marido pré-morto.

As reivindicações de intervenção da sociedade na tecnologia, como se fossem esferas separadas, ocultam o fato de que a tecnologia é um processo social, enquanto a sociedade seria tecnologia em forma durável, conquanto os procedimentos biomédicos dessas técnicas não apagam as relações sociais existentes, percebendo-se que sua compreensão é mediada por concepções já existentes no tocante à condição de pessoa, às relações de gênero e de parentesco.²⁹

Na Argentina, quem reconhece a paternidade não pode impugná-la, porque irrevogável, mas pode sustentar a nulidade do ato se houve algum vício do consentimento. Na Europa há movimento para evitar ou, pelo menos, atenuar a possibilidade de o declarante impugnar a paternidade. Na França, desde 1972, com a modificação do art. 339, alínea 1, do Código Civil, também não se admite a impugnação da filiação, caso pendente o estado de filho afetivo por dez anos. Na Suíça, o art. 260, alínea 2, do Código Civil, não admite revogação do

²⁹ STRATHERN, Marilyn. Regulation, substitution and possibility, in EDWARDS, J. et al, *Technologies of procreation: kinship in the age of assisted conception*. New York, Routledge, 2^a ed. 1999b, p. 171/216; REILLY, Philip. *Genetics: law and social police*. Cambridge, Harvard Univ. Press, p. 199; OLIVEIRA, Guilherme de. *Crítério jurídico da paternidade*. Coimbra, Almedina, 1998, p. 335 e 345.

reconhecimento da paternidade, salvo se provar que agiu sob coação ou erro. Em Portugal, é irrevogável a constituição da posse do estado de filho.³⁰

A tendência brasileira é a de proibir-se o reconhecimento da filiação biológica quando já estabelecida a filiação afetiva, embora conhecer sua ancestralidade faça parte do direito da personalidade e da dignidade humana³¹, incluindo-se os casos de monoparentalidade e de inseminação artificial homóloga. Vê-se, pois, que o reconhecimento da paternidade nem sempre significa que a filiação seja biológica, mas que deve prevalecer a filiação socioafetiva se antecedente à investigação da filiação genética.

1.2. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E FERTILIZAÇÃO 'IN VITRO'

Embora conduzam à filiação juridicamente biológica, a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, ainda que impliquem em reconhecimento da paternidade, podem consistir em autêntica filiação afetiva ou adotiva direcionada no antecedente, i.é, há adoção do filho por vontade, do adotante e, por vezes, também

³⁰ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo, Memória Jurídica, 2001, p. 127/145; CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra, Livraria Almedina, 1997, p. 477/481.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra, Ed. Almedina, 6ª ed., 1999, p. 369; MARQUES, Cláudia Lima. Visões sobre o teste de paternidade através do exame do DNA em direito brasileiro: direito pós-moderno à descoberta da origem?, in LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). *Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2000, p. 48; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova: princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA), in *Revista brasileira de direito de família*. Porto Alegre, Síntese, out-dez.1999, 3/6; SILVA, Edson Ferreira da. Direitos da personalidade: os direitos da personalidade são inatos?. *RT 694/21*. São Paulo, ago.1993; BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito de família na Constituição de 1988*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1989, *cit.*, p.48.

do doador do material genético, manifestada anteriormente à aplicação da tecnologia reprodutiva.

A expressão "novas tecnologias reprodutivas" englobam técnicas de intervenção médica para auxiliar a procriação humana, destacando-se a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e transferência embrionária conhecida como "bebê de proveta", a injeção intracitoplasmática de espermatozóide e a clonagem³².

Referindo-se à reprodução humana assistida, Maria Helena Diniz magistralmente explica que:

"A ectogênese ou fertilização 'in vitro' concretiza-se pelo método ZIFT (Zibot Intra Fallopian Transfer), que consiste na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra. Como se vê, difere da inseminação artificial, que se processa mediante o método GIFT (Gametha Intra Fallopian Transfer), referindo-se à fecundação 'in vivo', ou seja, à inoculação do sêmen na mulher, sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou embrião".³³

³² INDEPENDENT. Células-tronco: Reino Unido produz embriões "sem pai", in *Folha de S.Paulo*, edição de 10.09.2005: "... embrião foi resultado de partenogênese, quando um óvulo se divide numa bola de células sem ser fertilizado, até chegar ao ponto embrionário conhecido como blastocisto ... a partenogênese – literalmente, "nascimento virgem" – é uma forma comum de reprodução assexuada ...", embora informado que a experiência ainda não obteve o sucesso esperado. Críticas à reprodução humana através da clonagem: VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo, Malheiros, 1997, p. 159; RASKIN, Salmo. A análise de DNA na determinação de paternidade: mitos e verdades do limiar do século XXI, in LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord), *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2000, p. 54; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Clonagem: fenômeno e disciplina jurídica, in *Jornal da Síntese*, 13/4, mar.1998.

³³ DINIZ, Maria Helena. A ectogênese e seus problemas jurídicos, in *Justitia – Matérias aprovadas para publicação futura*, [s.d.], p. 1.

A inseminação artificial é uma técnica de procriação humana medicamente assistida³⁴, em que o material genético masculino é depositado diretamente na cavidade uterina da mulher, não por meio de um ato sexual, mas, sim, assexual ou artificial.

É homóloga a inseminação artificial quando realizada com material genético do marido e da mulher casados ou conviventes entre si, podendo ser implantada na viúva, na separada judicialmente ou na divorciada; heteróloga quando feita com o sêmen ou com o óvulo recebido de terceira pessoa para ser introduzido na mulher casada ou em união estável.

O repúdio à inseminação artificial heteróloga e fertilização *in vitro* diz respeito à estrutura judaico-cristã, que entendia que o casamento tinha apenas a finalidade de gerar filhos. Na atualidade existem respeitosos argumentos doutrinários que condenam a permissão destas técnicas reprodutivas humanas, antes que profundo estudo jurídico seja completado para regular os problemas daí advindos³⁵.

³⁴ O novo Código Civil brasileiro prevê apenas as modalidades de procriação artificial homóloga, heteróloga e os embriões excedentes (art.1.597, III a V), podendo se dar por inseminação intra-uterina ou extra-uterina, por zigotos, gametas e fertilização *in vivo* ou *in vitro*, não se referindo à procriação gestação substituta e clonagem.

³⁵ A respeito, ver DINIZ, Maria Helena. A ectogênese e seus problemas jurídicos, in *Justitia – Matérias aprovadas para publicação futura* [s.d.], *cit.*, p. 2/10; DINIZ, Maria Helena. Reflexões sobre a problemática das novas técnicas científicas de reprodução humana assistida e a questão da responsabilidade civil por dano moral ao embrião e ao nascituro, in *Livro de Estudos Jurídicos*, n° 8, Rio de Janeiro, 1994; ZANNONI, Eduardo A.. *Inseminación artificial y fecundación extrauterina: proyecciones jurídicas*. Buenos Aires, Astrea, 1978, *cit.*.

O deslocamento do ato reprodutivo da esfera privada para o contexto do laboratório afeta as relações de parentesco e os direitos daí decorrentes³⁶, notadamente quando se tratar de heteróloga, podendo também interferir na percepção afetiva ou psicológica do ser assim gerado, tanto na heteróloga como na homóloga *post mortem*.

Persistem as mesmas afetações jurídicas e parentais tanto quanto as de cunho psicológico, em se tratando de inseminação ou fertilização artificial, realizado em mulher solteira, divorciada ou viúva, ainda que independa de autorização do marido ou companheiro, porque realizado em mulher solteira, bastando apenas a sua autorização³⁷.

Mas, na medida em que a união entre duas pessoas passa a ser vista como um direito individual à felicidade e a realização pessoal e do casal, a inseminação começa a ser aceita como uma forma comum de ter filhos e evitar o sofrimento psicológico, considerando que muitos casais vivem sua esterilidade como um defeito físico e também como causa de alienação ou exclusão social, com grave ofensa à dignidade da pessoa humana.

A inseminação artificial heteróloga pode ocorrer:

- 1) quando o sêmen é fornecido por outro homem, que não o cônjuge ou companheiro da mãe;

³⁶ COLLIER, Jane Fishburne; YANAGISAKO, Sylvia Junko. Introduction, in *Gender and kinship: Essays towards a unified analysis*. Stanford: Stanford University Press, 1987, p. 1/13.

³⁷ Caso de monoparentalidade admitida no art. 226, §§ 4º e 7º, CF, ficando expressa apenas a maternidade e vedado o reconhecimento da paternidade biológica.

- 2) quando o óvulo é doado por outra mulher, para ser fertilizado com o sêmen do marido;
- 3) o sêmen é de outro homem e o óvulo é de outra mulher que, após fertilizado, é introduzido no útero da mãe para gestação.

Na inseminação artificial heteróloga, o material genético não é originário do marido e de sua mulher ou dos companheiros entre si. Depende de um terceiro doador de material genético, não se podendo falar em “adultério casto” na medida em que o marido concorda com a inseminação em sua mulher, às vistas do art. 6º, do Código de Ética Médica de 1988, que proíbe o médico *"praticar fecundação artificial sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre os procedimentos"*³⁸.

Assim, o pai jurídico será o marido ou o companheiro da mãe que pariu o filho, prevalecendo o estado de filho afetivo para definir a paternidade e a maternidade sócio-afetiva, que é irrevogável, sempre que houver o consentimento do pai na inseminação heteróloga.

Nos países em que a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial estão mais desenvolvidas³⁹, há o consenso de que o doador do sêmen não seja considerado o pai – nem a doadora do óvulo seja considerada a mãe, devendo ficar no anonimato até que o filho requeira seja informado sobre suas origens genéticas.

³⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de Direito de Família*. São Paulo, RT, 1994, p. 107/108.

³⁹ Alemanha, França, Estados Unidos, Portugal, Inglaterra, Espanha, Bulgária, Austrália, cf. VELOSO, Zeno. Negatória de paternidade: vício de consentimento, in *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 3. Porto alegre, Síntese, out.-dez.1999, *cit.*, p. 157.

Lei sueca, de 1º de março de 1985, permite ao filho ter conhecimento do doador do sêmen, depois de atingida a maioridade, mas o prévio consentimento dos pais para a fecundação artificial torna inadmissível a impugnação da paternidade, tendo em vista a edificação da filiação sócio-afetiva consentida.

Não só o filho, mas também os pais sociológicos têm o direito de conhecer a ancestralidade, até por motivos psicológicos, bem assim e notadamente para segregar os impedimentos do casamento e para preservar a vida e a saúde dos pais e filho biológicos nas doenças genéticas graves.

Por estes motivos, entendemos que os mesmos direitos de conhecer a descendência biológica, tanto quanto conhecer a ancestralidade, deva ser estendido a quem doou o sêmen ou o óvulo para inseminação heteróloga ou isolada – assim entendida a intervenção artificial para reprodução humana assistida realizada em mulher não casada ou não convivente.

Admitir o direito de investigar a paternidade, a maternidade e a filiação genética (CF, art.5º, XIV – direito fundamental de informação), com a finalidade de conhecer a ancestralidade e a descendência, de resguardar os impedimentos matrimoniais e a própria vida em casos de grave doença genética, não significa violar a filiação sócio-afetiva – esta permanece intacta, resultante da presunção da paternidade e da maternidade dos filhos concebidos na constância do casamento ou da convivência estável, como também na hipótese de monoparentalidade.

No Brasil não existe nenhuma lei que garanta o anonimato de quem efetuou a doação do sêmen ou do óvulo, apenas havendo recomendação inscrita na Resolução nº 1.358, de 11.11.1992, do Conselho Federal de Medicina.

Tem-se, de um lado, o direito do doador de permanecer no anonimato, em vista do direito de segredo que faz parte da personalidade e da disposição inscrita na Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina ("*os doadores não devem conhecer a identidade dos receptadores e vice-versa*") e, de outro lado, o direito do procriado em conhecer sua origem biológica, igualmente inserido no direito à personalidade e à dignidade humana. Parece-nos haver, aí, sério conflito de direitos personalíssimos do doador e do procriado.

Contudo, conhecer a origem biológica não se confunde com reconhecimento da paternidade ou da maternidade biológica, posto que juridicamente impossível alterar-se a filiação sócio-afetiva constituída mediante anuência do marido na inseminação heteróloga em sua mulher ou a decorrente da monoparentalidade. Conhecer a origem genética não implica, nem resulta alterar a relação jurídica filiativa.

Na reprodução humana artificial heteróloga ou na realizada em mulher solteira, divorciada ou viúva não pode ser estabelecido qualquer vínculo de filiação entre quem doou o material genético e o filho, o que caracteriza uma exceção à

parentalidade fundada nos vínculos de sangue, para prevalecer a filiação voluntária sócio-afetiva.⁴⁰

Se um casal resolve que a mulher deva ser inseminada com material genético de terceiro, o marido que der autorização não poderá, durante ou após o casamento, negar a paternidade. De igual forma, se a mulher suportar a gestação decorrente da fertilização de óvulo de outra mulher pelo sêmen de seu marido, com o consentimento deste, não se admite a negativa da maternidade também consentida pela gestante.

Neste tocante ousamos abordar a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* para traçar semelhanças com a adoção *intuitu personae*, conquanto em todas estas situações verificamos haver consentimentos direcionados para que a filiação se estabeleça, vinculando o procriado ou o adotado ao pai e à mãe, ainda que não genéticos.

O marido da mãe é o pai do filho, porque consentiu com a procriação e previamente assumiu a paternidade; por isso, não se admite a inseminação artificial

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 17ª edição, 5º volume - Direito de família, 2002, *cit.*, p. 386; FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre, Fabris, 1991, p. 58; VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo, Malheiros, 1997, *cit.*, p. 150; GUIMARÃES, Luiz Paulo Cotrin. *A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 219; OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Alimentos e investigação de paternidade*. Belo Horizonte, Del Rey, 3ª ed., 1999, p. 195; SAMPAIO, José Celso de Camargo. *A inseminação artificial no direito de família*, in *RT 670/14-18*. São Paulo, 1991.

heteróloga com embriões excedentários após a dissolução da sociedade conjugal ou do casamento por separação, divórcio, nulidade ou morte⁴¹.

O Código Civil brasileiro de 2002, em seu art. 1.597, inc. V, dispõe que presume a paternidade e a maternidade dos filhos concebidos na inseminação artificial heteróloga, desde que tenha havido autorização do marido ou companheiro – implica dizer que a filiação é sócio-afetiva porque presumida em favor do casal que assim direcionaram esta vontade.

Igualmente expressam o Código Civil francês, no seu art. 311-19, alínea 1, com redação dada pela Lei 94.653, de 29.07.1994⁴² e a legislação portuguesa de 1977 que, em seu art. 1.839º, nº 3, veda ao cônjuge ou convivente, que consentiu na inseminação artificial heteróloga da mulher, impugnar sua paternidade, posto que o marido deve manter o estatuto de pai sem ser o genitor do filho.

Zeno Veloso⁴³ informa que cerca de vinte Estados norte-americanos têm legislação que trata *"especificamente da questão relativa a quem é o pai quando uma mulher casada dá à luz via inseminação artificial heteróloga (AID). Estes estatutos dão solução de que o marido da mulher, e não o doador, será considerado o pai jurídico (legal father)"*.

⁴¹ Tratando-se de inseminação de embriões excedentários, o único caso de presunção da paternidade do marido da mãe é o decorrente de concepção artificial homóloga.

⁴² "Em caso de procriação medicamente assistida, com terceiro doador, nenhum vínculo e filiação se pode estabelecer entre o autor da doação e a criança resultante da procriação." – traduzi.

⁴³ VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo, Malheiros, 1997, *cit.*, p. 152.

No mesmo sentido, em 1968, o Supremo Tribunal da Califórnia, nos Estados Unidos, decidiu que o consentimento do marido era irreversível, pois, "*quem consente na produção de um filho não pode criar uma relação temporária que se mantenha ou destrua à vontade.*"⁴⁴

Com a legalização do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo em alguns países, acaloram-se as discussões em torno da inseminação artificial heteróloga e da possibilidade de adoção de crianças por casais homossexuais, que aspiram ter descendência.

Na maioria dos países em que se admite a fecundação heteróloga, não há especificação que se dê apenas quando o matrimônio ou convivência for entre pessoas heterossexuais, abrindo a possibilidade de ocorrer a inseminação artificial heteróloga com a doação anônima de espermatozoides ou de óvulo ou, mais, a implantação do embrião em útero de mulher estranha à relação conjugal entre homens, nos países em que há reconhecimento do matrimônio ou da união entre pessoas do mesmo sexo.⁴⁵

A fertilização artificial nestes casos sempre estará embasada na extramatrimonialidade da filiação, questionado, ainda, a adequação de se ter duas mães ou dois pais, conforme o casal homossexual seja de duas mulheres ou de dois

⁴⁴ REILLY, Philip. *Genetic: Law and social police*. Cambridge, Harvard Univ. Press., p. 199.

⁴⁵ Segundo Marcelo Palacios, Presidente da Sociedade Internacional de Bioética, a lei espanhola é uma das mais avançadas dos países ocidentais. Expertos consultados pelo periódico *El Mundo*, edição de 24.04.2005, informam que cerca de 120 centros espanhóis praticam técnicas de reprodução humana assistida, sendo 80% das mulheres que se inseminam com sêmen de doador anônimo são lésbicas.

homens, instaurando-se um regime fundado em tamanha confusão social e jurídica que, certamente, não ampara os interesses do menor.⁴⁶

Por estes motivos, significativo que na Itália, carecendo de lei que autorize o casamento entre homossexuais, ao regular o regime da fecundação assistida, reserve esta técnica única e exclusivamente a casais heterossexuais, casados ou conviventes.

Sob este aspecto, importante observar que, embora semelhantes em razão da presença do consentimento direcionado, na adoção *intuitu personae* não ocorreria tal confusão social, jurídica e psicológica, conquanto excluída a dualidade de maternidade ou de paternidade do adotado.

Há pesquisas que comprovam a interação do feto desde o ventre materno, respondendo a estímulos externos utilizados também na medicina como critério para verificação da saúde ou do sofrimento fetal. Investigações médicas detectaram taquicardia e alterações das ondas eletroencefálica sinalizando reação a estímulos sonoros e de luminosidade.

A sabença popular e os estudos psiquiátricos demonstram que o ritmo de vida, o nível de estresse e o carinho dispensado pela mãe, desde os primeiros

⁴⁶ OLIVEIRA, Guilherme de. *Critério jurídico da paternidade*. Coimbra, Almedina, 1998, *cit.*, p. 500; DINIS, Joaquim José de Souza. Filiação resultante da fecundação artificial humana, in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord), *Direito de família e do menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte, Del Rey, 3ª ed., 1993, p. 50; MELO, Albertino Daniel de. Filiação biológica: tentando diálogo direto – Ciências, in LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2000, p. 2 e 8.

dias da gestação são capazes de interferir na formação da personalidade do filho. Por isso mesmo, estamos convencidos do melhor perfil psicológico e firmeza do caráter quando o adotado tenha sua destinação por sua mãe ou por seus pais biológicos decorrente de uma entrega consciente, consentida e querida.

Complicador maior se verifica quando ocorre autoinseminação, prática bastante conhecida e utilizada em muitos países onde a inseminação está proibida ou restrita a casais heterossexuais.

Na autoinseminação, o sêmen, obtido por doação, é fresco ao invés de congelado, podendo a própria mulher, solteira ou lésbica, sozinha ou com a ajuda de sua parceira, inseminá-lo manualmente: os problemas decorrem da inexistência de um banco de dados que dificulta (ou até impossibilita) o conhecimento da origem genética, de outro lado não impedindo que haja reconhecimento da paternidade, ante a inexistência do termo de doação de sêmen e consentimento na inseminação artificial.⁴⁷

Outra questão de grande polêmica é a destinação dos embriões excedentários, diversa das questões que envolvem o desenvolvimento até o nascimento da criança.

Sob este aspecto, três pontos precisam ser dirimidos, no que respeita à utilização das novas tecnologias reprodutivas: o tratamento dos embriões como

⁴⁷ RIVERO, Francisco Hernández. La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial – La filiación a finales del siglo XX. *II Congreso Mundial Vasco*, p. 41; LAMADRID, Miguel Ángel Sotto. *Biogenética: filiación y delito*. Buenos Aires, Astrea, 1990, p. 76.

sujeitos e enquanto sujeitos, definir a relação de parentesco; avaliando, neste tópico, a quem competiria a autoridade máxima sobre eles e o vínculo genético, cujo conhecimento é do direito da personalidade, considerando que a origem genética é a do fornecedor do material e não os pais adotivos de embriões congelados em laboratório.⁴⁸

Denomina-se de pré-embrião a fase do desenvolvimento embrionário anterior ao surgimento da linha primitiva, por volta do décimo quarto dia a contar da concepção, o que já configuraria o início de sua individualização com o surgimento dos primórdios do sistema nervoso e cerebral.⁴⁹

Desenha-se a visão de "natureza humana" sediada no código genético, base para a definição de pessoa humana a partir do momento em que se forma o zigoto, tendo, então, o direito à vida⁵⁰, razão pela qual a igreja propõe o reconhecimento da presença do ser humano com uma capacidade ativa e intrínseca de desenvolvimento desde a fertilização do óvulo e, desta forma, vedada a destruição dos embriões excedentários ou sua utilização em pesquisas terapêuticas.

⁴⁸ ZÁGARI, Maurício; TEICH, Daniel Hessel. Polêmica da destruição de embriões chega ao Brasil, in *O Globo*, 4 de agosto de 1996. *O Mundo*, p. 5/7.

⁴⁹ BRAGA, Renata. Por um estatuto jurídico do embrião humano, in SILVA, Reinaldo Pereira; AZEVEDO, Jackson Chaves de (Coords.). *Direitos de família: uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo, LTr, 1999, p. 69; ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, p.25. A propósito, observa-se que considera morta uma pessoa com a cessação da atividade cerebral.

⁵⁰ CONKLIN, Beth A.; MORGAN, Lynn M. *Babies bodies and production of personhood in North America and in a native Amazonian Society*. *Ethos*, v. 24, 1996, p. 657/694; PRADO, Luiz Regis. Manipulação genética e direito penal: um estudo aproximativo, in LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2000, p. 187; FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre, Fabris, 1991, *cit.*, p. 47.

Insta-nos admitir a conotação moral e a correta aferição racional desse posicionamento, se relembrarmos as inúmeras reportagens e pesquisas exibidas na televisão e os artigos de jornais e revistas que abordaram o desenvolvimento do ser humano desde a concepção até o nascimento.

Em Nova Iorque há um projeto de lei para formalizar a destinação dos embriões congelados, em casos de morte, divórcio ou separação dos pais⁵¹, propondo que, falecido o pai, o embrião possa ser implantado na mãe, doados para pesquisa ou destruídos; falecida a mãe, o pai teria permissão de implantar em outra mulher; havendo, ainda, a proposta de adoção de embriões excedentes, evitando que os centros de reprodução humana destruam os "estoques", ante a avaliação que muitos casais estariam dispostos a doar seus embriões armazenados, enquanto que outros casais, com dificuldade para ter filhos, estariam interessados na adoção.

Permite-nos indagar as razões pelas quais não se poderia admitir a adoção *intuitu personae* se, prevalecendo a voluntariedade da filiação sócio-afetiva na reprodução artificial heteróloga, assim como no reconhecimento da paternidade não biológica imediatamente ao nascimento da criança, também há um direcionamento na decisão de acolher a filiação como própria, embora a origem genética seja alheia. Entretanto, as implicações de todas as ordens são mais graves na reprodução artificial heteróloga, autoinseminação, doação de sêmen.

⁵¹ WELTMAN, Wladimir. "EUA têm 100 mil bebês congelados: americana gera dois filhos e não sabe o que fazer com outros sete embriões congelados", in *O Dia*, 19 de fevereiro de 1998, Ciência e Saúde, p. 3. Semelhantemente: "Embriões candidatos a adoção", in *Jornal do Brasil*, 9 de dezembro de 1998, Ciência, p. 12.

1.3. ESTADO DE FILHO AFETIVO

A idéia de estado de filho afetivo já era conhecida antes mesmo que os países civilizados organizassem o sistema de registro de nascimentos; inicialmente oficializado nas paróquias, sob o comando do Direito Canônico.

Somente a partir de 1800, com a institucionalização do matrimônio, surgiu a discriminação dos filhos nascidos de relações não formalizadas, de modo que a incidência da presunção da paternidade legal desconsiderou o elemento fático da filiação, estabelecendo somente o critério legal para determinação da filiação.⁵² Vê-se deste fato o retrocesso jurídico durante esse período, em que a presunção da paternidade sobrepunha à filiação sócio - afetiva não formalizada em adoção.

A maior carta política e jurídica brasileira, de 1988, em seus artigos 226, §§4º e 7º e 227, §6º, afastou do ordenamento jurídico a ficção da paternidade ou maternidade meramente judicial ou formal, acolhendo tão somente duas verdades: a filiação biológica ou a sociológica.

A filiação sociológica é também afetiva, podendo ocorrer quando um casal ou a família cria uma criança ou adolescente por simples gosto, mesmo não havendo nenhum vínculo biológico ou jurídico, denominado "filho de criação", envolvidos em cuidado, provisões, amor e ternura.

⁵² BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Novos Contornos do Direito de Filiação: a dimensão afetiva das relações parentais, in *Revista Ajuris* 78/243, julho de 2000; FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. *Direito de paternidade*. São Paulo, LTr, 1997, p. 75/77.

Assim, prévia e voluntariamente direcionados o carinho, o cuidado e a atenção a uma determinada pessoa a quem se lhe confira a fama de filho, equivalente a uma adoção *intuitu personae* fática, deve-se juridicamente reconhecer a filiação instaurada em decorrência do estado de filho afetivo.

Em eventual investigação de paternidade ou de maternidade deve, em tese, ser aplicada a "teoria da evidência" para que a decisão judicial declare a verdadeira filiação sócio-afetiva, dada à sua permanente constância nos carinhos e cuidados dedicados ao filho, que melhor atendem ao prioritários interesses da criança.

O tratamento e o afeto dispensados no estado de filho afetivo, como se filho fosse, autoriza reconhecer, posteriormente, a filiação jurídica, socialmente relevante. De igual forma, pensamos que a antecedente vontade consentida e direcionada, comungada pela mãe biológica e adotante, deve, à evidência, autorizar a regular adoção *intuitu personae*.

A diferença entre o estado de filho afetivo e a adoção *intuitu personae* reside no fato de a afetividade, no primeiro caso, ser instalada antes de constituída a filiação, enquanto que na adoção *intuitu personae* a afetividade consiste em intenção dirigida a ser cultivada mediante regular processo adotivo.

Sustenta-se que a posse do estado de filho assemelha-se com a posse de bens, pois presentes os mesmos elementos do *corpus* e *animus*, caracterizado pelo tratamento e pela reputação de filho e "o desenvolvimento do papel da posse

do estado, sobretudo na legislação francesa, é acompanhado de uma modificação importante: a posse de estado não é somente uma prova do estado, mas também pode ser, às vezes, a condição de sua existência.⁵³

Não podemos concordar plenamente com tal posicionamento, apresentando-se mais correto falar em "estado de filho afetivo"⁵⁴, pois, a partir da atual Constituição Federal, o vínculo entre pais e filho é de amor, de respeito, de busca da felicidade mútua, porque a família afetiva reflete a comunhão plena de vida, constituída à imagem e semelhança da família genética, prevalecendo a manutenção contínua dos vínculos de ternura, do desvelo e da solidariedade que sustentam o grupo familiar.⁵⁵

A filiação sócio-afetiva verificada no filho de criação exige atos inequívocos, públicos e de certa continuidade ou reiteração, não podendo ser esporádicos. Maria Helena Diniz elucida os elementos da posse do estado de filho,

⁵³ BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade. Posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, *cit.*, p. 68; DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito de filiação*. São Paulo, Dialética, 1997, *cit.*, p. 63; NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo, Memória Jurídica, 2001, *cit.*, p. 121.

⁵⁴ WELTER, *cit.*, p. 153/155: "equiparar a posse dos direitos reais à de estado de filho, inclusive com os mesmos requisitos dos arts. 1.238 a 1.244 do CC de 2002, é demonstrar o firme propósito de manter a antiga coisificação e monetarização do filho.". No mesmo sentido: GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 7ª ed., 1994, p. 311; FACHIN, Edson Luiz. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 221; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1996, p. 52.

⁵⁵ CORNU, Gérard. La filiation, in *Archives de philosophie du droit*. Paris, Sirey, CNRS, 1975, p. 41; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 401; BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade. Posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, *cit.*, p. 61; DAIBERT, Jefferson. *Direito de família*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1980, p. 279; FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, *cit.*, p. 151: "valorizar o elemento afetivo e sociológico da filiação".

apontando o nome, o tratamento e a fama como essenciais à caracterização e à prova da condição de filho.⁵⁶

O art. 334-9, do Código Civil francês, com a redação dada pela Lei de 03.01.192, dispõe que *"Todo reconhecimento é nulo, todo o pedido de investigação inadmissível quando o filho tenha filiação legítima já estabelecida pela posse do estado"*, valorizando a verdade afetiva como priorização do aspecto sociológico da posse do estado de filho, em detrimento da perfilhação biológica.

No mesmo sentido houve o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal⁵⁷, em 1º de junho de 1988 e a Justiça brasileira⁵⁸:

"A despeito da ausência de regulamentação em nosso direito quanto à paternidade sociológica, a partir dos princípios constitucionais de proteção à criança (art.227 da CF), assim como da doutrina da

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 17ª edição, 5º volume - Direito de família, 2002, cit., , pág.384: *"estribada na 'posse do estado de filho', a pessoa educada e criada pelo casal poderá vindicar em juízo o reconhecimento da legitimidade da filiação ... o 'nomen', ou seja, que a pessoa traga o nome paterno; o 'tractatus', isto é, que a pessoa seja tratada na família como filha legítima, e a 'fama', ou seja, que tenha sido constantemente reconhecida pelos presumidos pais, pela família e pela sociedade como filha."*. No mesmo sentido: FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, cit., p. 54; GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 7ª ed., 1994, cit., p. 311; BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade. Posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, cit., p. 68; COMEL, Nelsina Elizena Damo. *Paternidade responsável: o papel do pai na sociedade brasileira e na educação familiar*. Curitiba, Juruá, 1998, p. 13; CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. Repensando o direito de família, in *I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Belo Horizonte, IBDFAM, OAB-MG, Del Rey, 1999, p. 504/505.

⁵⁷ *Boletim do Ministério da Justiça 378/740*: "o tratamento como filho envolve a reputação de filho ser. Um pai pode tratar um filho de muitos e variados modos: cuidar da alimentação, do vestuário e do calçado; proporcionar a instrução possível; procurar apagar as tristezas e colaborar nas alegrias (...). Dir-se-á que, em termos afetivos, dificilmente se encontrará expressão mais eloquente de tratamento do que o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai."

⁵⁸ Ac 96038091, 8ª Câmara Cível do TJRS, em 18.08.1999, Relator Luiz Felipe Brasil Santos, DOJ de 08.10.1999, p. 1.716.

integral proteção, consagrada na Lei 8.069/1990 (especialmente arts. 4º e 6º), é possível extrair os fundamentos que, em nosso direito, conduzem ao reconhecimento da paternidade sócio-afetiva, relevada pela posse do estado de filho, como geradora de efeitos jurídicos capazes de definir a filiação"

A doutrina tem tido dificuldades em apontar um prazo mínimo para sua caracterização, devendo ser confiado ao julgador o reconhecimento da filiação afetiva fática, levando em conta uma visão prática e útil em que se acolha o mínimo de sacrifício para os pais e o máximo de benefícios para o filho, em observância ao princípio da prioridade e da prevalência absoluta dos interesses do menor.

Guilherme de Oliveira não sabe explicar a razão de os legisladores franceses, luxemburgueses e espanhóis fixarem, respectivamente, o prazo de dez, três e quatro anos como mínimos para caracterização do estado de filho afetivo. Porém, nota-se uma tendência mundial de fixar prazos curtos para configurar a estabilidade do vínculo afetivo.⁵⁹

Convém que a filiação sócio-afetiva do filho de criação (em tese, é o único que não terá certidão de nascimento)⁶⁰ não seja provada exclusivamente mediante prova testemunhal.

⁵⁹ OLIVEIRA, Guilherme. *Sobre a verdade e a ficção no Direito de Família*. Coimbra, BFDUC, v. LI, 1976, *cit.*, p. 446/447.

⁶⁰ Somente nos casos de adoção judicial, adoção "à brasileira" ou reconhecimento da paternidade ou da maternidade, a prova documental é pré-constituída, mediante a certidão de nascimento.

O estado de filho deve ser comprovado através de outros subsídios, a exemplo da certidão de batismo, plano de saúde, dependência no imposto sobre a renda ou perante órgão previdenciário (INSS, montepios, etc), concessão de caderneta de poupança ou aplicações financeiras, matrícula escolar onde conste o nome dos pais afetivos como responsáveis, apresentação de documentos de despesas de instrução ou médico-hospitalares, escritura ou contrato imobiliário em que figure o nome do filho afetivo em conjunto com o do pai afetivo, fotografias ou cartas que revelem o vínculo afetivo familiar, inclusão do filho afetivo no rol de herdeiros constantes em certidão de óbito ou inventário do pai afetivo, testamento em favor do filho afetivo⁶¹, bastantes para reconhecer-se, judicialmente, a filiação pretendida.

Conferir a filiação em razão do estado de filho afetivo é regularizar situação fática previamente direcionada, apresentando-se como correta solução judicial conquanto atende os prioritários interesses da criança ou do adolescente, tanto quanto também se guarnecem os relevantes interesses do adotando quando a regularização adotiva previamente direcionada antecede a situação fática da convivência afetiva, como ocorre na adoção *intuitu personae*.

⁶¹ A ação de investigação de paternidade sociológica é matéria de direito, comportando (1) o Recurso Especial, com base no art. 105, III, “c”, da Constituição Federal e nos arts. 1.511 e 1.596, do Código Civil instituído pela Lei Federal nº 10.406, de 10.01.2002 e (2) o Recurso Extraordinário, com fundamento nos art. 102, III, “a” c/c arts. 226, §§4º e 7º e 227, §6º, da Constituição Federal.

2. FAMÍLIA SUBSTITUTA

O ECA, em seu artigo 28, prevê que a colocação do menor em família substituta se faz mediante a guarda, a tutela ou a adoção, unificando as duas formas de adoção que vigoravam ao tempo do Código de Menores⁶², passando o menor a partir de 12 (doze) anos de idade a ser ouvido a respeito do seu destino, em cumprimento ao direito fundamental da liberdade (ECA, art. 16, II: opinião e expressão), sendo estas três modalidades arroladas de forma exaustiva e não se permitindo a mescla dos institutos.⁶³

Tais medidas devem ser aplicadas após a verificação da situação irregular do menor, podendo ser cumuladas em decisão una, de efeito declaratório com referência à situação do menor e de efeito constitutivo com relação à colocação sob uma das formas mencionadas⁶⁴.

Não é "independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente" como disposto no *caput* do artigo 28, ECA, pois qualquer dessas medidas não terá cabimento se o menor estiver em situação normal, no seio de sua família biológica razoavelmente estruturada:

⁶² O Código de Menores – Lei 6.697/79 – previa a adoção simples e a adoção plena, falando em colocação em "lar" substituto (o ECA refere-se à colocação em "família" substituta, obedecendo à previsão constitucional, que no art.226, §4º, amplia o conceito de família para a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes).

⁶³ OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *Guarda, tutela e adoção*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 4ª edição, 2001, p. 11; CURY, Munir, GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso e MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 25; GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, tutela e guarda*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2ª edição, 2003, *cit.*, p. 13.

⁶⁴ MARREY, Adriano. *Menores*. São Paulo, Associação Paulista de Magistrados, 1980, p. 137; LIBERATI, Wilson Donizete. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p. 9.

"A colocação em lar substituto implica sempre na oposição ao pátrio poder. Deve-se, portanto, quando existirem pais de sangue, envidar esforços para que eles fiquem com os filhos e, somente quando isso não for possível, optar pela família substituta. (...) A colocação em lar substituto deve vir em caso de orfandade comprovada ou de abandono total. Deve-se, com ela, evitar a internação do menor, pois o lar substituto, certamente, contribuirá para a reintegração do menor à comunidade."⁶⁵

Dentre as modalidades de colocação do menor em família substituta, a adoção é a forma mais importante, posto que a criança ou o adolescente passa a ser filho do adotante, sem qualquer discriminação e rompendo os vínculos com a família de origem.

Discute-se, outrossim, se a destituição ou suspensão do poder familiar constitui requisito *sine qua non* para conferir aptidão de ser adotado, conquanto o novo Código Civil e o ECA, não tratam do assunto com clareza⁶⁶.

Entendemos que a perda do poder familiar dos pais biológicos é conseqüência ou um dos efeitos da adoção, admitindo que a destituição ou a suspensão desse poder não, necessariamente, deva anteceder a disponibilização do menor à adoção, extraído do entendimento de que *"o procedimento será de natureza voluntária quando houver consentimento dos pais naturais ou se estes já tiverem*

⁶⁵ CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo, Editora LTr, 2ª edição, 1997, p. 143.

⁶⁶ O NCCB, lei substantiva, dispõe em seu art. 1.623 que a adoção obedecerá a processo judicial. O ECA não apresenta procedimento específico para a adoção no título "Da colocação em família substituta", em que trata da guarda, da tutela e da adoção.

*sido destituídos do poder familiar. Será contencioso quando não consentirem expressamente na adoção e ainda forem titulares daquele poder".*⁶⁷

Na ordem decrescente de importância das modalidades, seguem a tutela, porque, além dos ônus contidos na guarda, exige a prévia destituição ou suspensão do poder familiar e, por fim, a guarda que obriga à prestação de assistência material, moral e educacional, conferindo ao guardião o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais, normalmente deferida liminarmente nos pedidos de tutela ou adoção, para atender situações peculiares.⁶⁸

2.1. GUARDA

A guarda, tratada no ECA, é a modalidade mais simples de colocação em família substituta, posto que não retira – *a priori* – o poder familiar, diversamente da tutela e da adoção, esta *a posteriori*. Visa, como primeira providência, amparar o menor separado de sua família por morte ou por abandono dos pais, havendo previsão de três espécies: a provisória, a permanente e a peculiar:

⁶⁷ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. A destituição do poder familiar e os procedimentos da adoção, in *Grandes temas da atualidade – Adoção*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005, p. 174. Contudo, a autora sustenta que "o processo de destituição do pátrio poder ou poder familiar, deveria, preferencialmente, ser movido pelo Ministério Público e, melhor ainda, em procedimento separado do da adoção. É nossa convicção que os adotantes não são parte legítima para pleitear a destituição do poder familiar." (*cit.*, p. 177), com o que não concordamos plenamente.

⁶⁸ GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, tutela e guarda*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2ª edição, 2003, *cit.*, p. 14 e 26; SILVA, José Luiz Mônaco da. *A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1995, p. 156; CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo, Editora LTr, 2ª edição, 1997, *cit.*, p.161; LIBERATI, Wilson Donizete. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo, Malheiros Editores, 1995, *cit.*, p. 16.

"A guarda provisória (art.33, §1º) subdivide-se em duas classes: liminar e incidental, nos processos de tutela e adoção, salvo nos de adoção por estrangeiros, onde é juridicamente impossível.

A permanente (art.33, §2º, 1ª hipótese) destina-se a atender situações peculiares, onde não se logrou uma adoção ou tutela, que são mais benéficas ao menor. É medida de cunho perene, estimulada pelo art.34 do ECA. As normas estatutárias permitem inferir que o legislador institui, em termos de colocação familiar, a seguinte ordem de preferência: manutenção do vínculo familiar, adoção, tutela, guarda e, somente em último caso, a institucionalização.

(...)

A nominada guarda peculiar (art.33, §2º, 2ª hipótese) traduz uma novidade introduzida pelo Estatuto. Visa ao suprimento de uma falta eventual dos pais, permitindo-se que o guardião represente o guardado em determinada situação (ex.: menor de 16 anos, cujos pais estejam em outra localidade, impedidos de se deslocarem, e que necessita ser por eles representado para retirada de FGTS)."⁶⁹

A guarda é um dos componentes do poder familiar; i.é., a guarda não é da essência, mas da natureza do poder familiar, admitindo desmembramento, podendo ser dele dissociada, se entregue a terceiro ou a apenas um dos pais, em casos excepcionais, atribuindo ao guardião o encargo de prestar assistência material, moral e educacional ao menor.

⁶⁹ CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo, Editora LTr, 2ª edição, 1997, *cit.*, p. 147/148. No mesmo sentido: OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *Guarda, tutela e adoção*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 4ª edição, 2001, *cit.*, p. 37/39; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo, Ed. Atlas, vol. 6, 5ª ed., 2005, *cit.*, p. 312.

Pode, pois, decorrer naturalmente do pleno exercício do poder familiar ou de decisão judicial do Juízo da Família ou do Juízo da Infância e da Juventude, permitindo distinguir guarda de filhos da guarda de menores.

A guarda decorre do poder familiar, exercido por ambos os pais conjuntamente e na constância do convívio conjugal, não necessitando de qualquer pronúncia judicial; podendo, mediante decisão judicial do Juízo da Família, ser exercida isoladamente ou por ambos, de forma compartilhada, caso não mantenham o convívio marital – nestas circunstâncias a guarda é de filhos. Decorrerá de decisão do Juízo da Infância e da Juventude quando deferida a pessoa diversa da dos pais, permitindo identificar a guarda de menores.⁷⁰

Tratando-se de matéria atinente ao poder familiar e guarda de filhos, divórcio, separação judicial, regulamentação de visitas, competente será o juiz de família; quando se discute a violação dos direitos fundamentais da criança ou do adolescente, competente o juiz menorista. Em ambas situações, deve o juiz sempre levar em consideração o interesse e o bem-estar do menor.

⁷⁰ GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, tutela e guarda*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2ª edição, 2003, *cit.*, p. 15/16; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo, Ed. Atlas, vol. 6, 5ª ed., 2005, *cit.*, p. 310; STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 22: guarda de menor somente quando nomeado guardião terceira pessoa, diversa da dos pais, em conjunto ou isoladamente, embora reconhecida que esta incidência casuística não altere o instituto.

2.2. TUTELA

A tutela é disciplinada pelo novo Código Civil, nos arts. 1.728 a 1.766 e pelo ECA – Lei 8.069/90, nos arts. 165 a 170 e objetiva suprir o poder familiar, nos casos de falecimento dos pais, sendo julgados ausentes ou destituídos desse poder.

O exercício da tutela é incompatível com o poder familiar, competindo ao tutor dirigir a educação, a formação moral, dar assistência material, administrar os bens do tutelado, defender seus interesses representando-o ou assistindo-o, mediante prestação do compromisso de não transferir o menor a terceiros ou entidade assistencial sem autorização judicial⁷¹.

Parte da doutrina sustenta que, sendo o caso de destituição do poder familiar, quando a tutela é mais interessante que a guarda, porquanto aquela medida envolve plenos poderes de representação, compete exclusivamente ao Ministério Público a propositura da competente ação, sob a justificção de que, embora possa haver interesse por parte do requerente, a legitimidade é exclusiva do *parquet*, não se confundindo interesse com legitimidade.⁷²

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 17ª edição, 5º volume - Direito de família, 2002, *cit.*, p. 505 – menciona, ainda, que "se o tutor entregar, mediante paga ou recompensa, pupilo a terceiro, poderá ser punido com reclusão de um a quatro anos e multa (Lei n. 8.069/90, art. 238)". No mesmo sentido, GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. A destituição do poder familiar e os procedimentos da adoção, in *Grandes temas da atualidade – Adoção*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005, *cit.*, p. 173.

⁷² GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. A destituição do poder familiar e os procedimentos da adoção, in *Grandes temas da atualidade – Adoção*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005, *cit.*, p. 177; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1981, vol. I, p. 52; SILVA, José Luiz Mônaco da. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1994, p. 238; CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo, Editora LTr, 2ª edição, 1997, *cit.*, p.161; GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, tutela e guarda*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2ª edição, 2003, *cit.*, p.26.

Entretanto, a corrente doutrinária majoritária, bem como a jurisprudência tem admitido a legitimidade ativa para requerer a destituição do poder familiar cumulada com a adoção do menor.⁷³

Mesmo admitindo que interesse não se confunde com legitimidade, concordamos com este enfoque e ponderamos que a Constituição Federal, em seu art. 227, *caput*, atribui, também à sociedade, o dever de assegurar os direitos das crianças e dos adolescentes, com absoluta prioridade – o que, diante da negligência dos pais biológicos, legitima o interessado, integrante da sociedade, requerer a destituição do poder familiar, cumulando com o pedido de guarda com vistas à adoção como opção mais vantajosa que a tutela, respeitado o contraditório processual para a perda do poder familiar.

Atribui-se ao tutor, então, dirigir a criação e educação do menor, tê-lo em sua companhia e guarda, representá-lo até os 16 (dezesseis) anos de idade nos atos da vida civil e assisti-lo após essa idade nos atos em que for parte, suprir-lhe o

⁷³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 17ª edição, 5º volume - Direito de família, 2002, *cit.*, p. 461; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo, Ed. Atlas, vol. 6, 5ª ed., 2005, *cit.*, p. 348 e 351; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. V, 15ª ed., 2005, *cit.*, p.289/290; GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro, Forense, 7ª edição, 1994, *cit.*, p. 422; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil; direito de família*. Rio de Janeiro, Ed. Saraiva, v. 6, 1996, *cit.*, p. 375; CURY, Munir, GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso e MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, *cit.*, p. 82; ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1994, p. 135. Ilustrativamente: TJSP – Ap. Cível 38.574-0, Rel. Silva Leme, in *JTJ – LEX 208/129*; TJSP – Ap. Cível 66.719-0, de 28.8.2000, Rel. Jesus Lofrano; TJSP – Ap. Cível 18.452-0, de 16.12.1993, Rel. Lair Loureiro; TJRJ – AC 10111/98 – (Reg 170599) – 3ª C.Cív., Rel. Des. Humberto Perri, j. 25.02.1999; TJRS – AC 597250521 – RS, 7ª C.Cív., Rel. Des. Eliseu Gomes Torres, j. 22.04.1998; TJRS – AC 598000966 – RS, 7ª C.Cív., Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 11.03.1998; TJRS – AC 598017028 – RS, 7ª C.Cív., Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 23.09.1998.

consentimento, reclamá-lo de quem ilegalmente o detenha e exigir que lhe preste obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição social.

Há três espécies de tutela regular: a testamentária, legítima e dativa; das quais extrai-se a ordem preferencial para nomeação do tutor:

1) tutor indicado pelos pais em testamento ou outro documento autêntico (CC, art.1.729 – tutela impropriamente denominada testamentária, posto que a indicação do tutor pode ser feita por um ou ambos os pais através de qualquer documento autêntico em que haja a livre manifestação da vontade), aqui se destacando a importância e a validade da indicação feita pelos pais biológicos, prevalecendo a manifestação de vontade na escolha *intuitu personae* do futuro tutor, para conduzir a criação e educação do filho⁷⁴;

2) parentes consangüíneos: ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto ou os colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos e, se do mesmo grau, os mais velhos aos mais moços (CC, art.1.731 – tutor legítimo);

⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 17ª edição, 5º volume - Direito de família, 2002, *cit.*, p. 505: "nomeação ... pelo pai ou pela mãe, desde que tenham o poder familiar ... (ato personalíssimo e unilateral) ... independentemente de confirmação ou aprovação judicial (CC, arts. 1.729, parágrafo único, e 1.730)"; GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro, Forense, 7ª edição, 1994, *cit.*, p. 428; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo, Ed. Atlas, vol. 6, 5ª ed., 2005, *cit.*, p. 464; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil; direito de família*. Rio de Janeiro, Ed. Saraiva, v. 6, 1996, *cit.*, p. 397; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. V, 15ª ed., 2005, *cit.*, 294; GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, tutela e guarda*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2ª edição, 2003, *cit.*, p. 26: "não há interferência do juiz na nomeação, que é feita pelos pais ... se exercer o poder familiar ... desde que atenda os interesses do filho".

3) tutor nomeado pelo Juízo, na falta de tutor testamentário ou legítimo, tutor excluído, escusado ou removido por inidoneidade ou se o menor for recolhido em estabelecimento público ou, na falta desse estabelecimento, o menor ficará sob tutela de pessoa que, voluntária e gratuitamente, se encarregar da sua criação (CC, art.1.732 c/c art.1.734 – tutela dativa).

A doutrina pátria tem acentuado que a tutela implica em encargo unipessoal, intransferível e indelegável. A lei civil não prevê a nomeação de mais de um tutor, concomitantemente; contudo, porque o ECA é legislação protetiva e busca integrar o menor na família substituta, provendo a defesa de seus prioritários interesses, sua formação e personalidade, nada obsta que a criança ou o adolescente seja entregue ao carinho e à proteção de um casal que anui à tutela.⁷⁵

Aliás, como na tutela, na adoção também haveria de seguir a ordem preferencial da nomeação, permitindo prevalecer a indicação feita pelos pais biológicos (ou um só deles se o outro for falecido ou destituído do poder familiar), como primeiro critério de escolha, podendo a indicação recair sobre o cônjuge ou companheiro da genitora, parente próximo não impedido ou quem seja indicado, independentemente de prévio cadastro – *intuitu personae* e legítima.

Não se vislumbram justificativas plausíveis para não se admitir a indicação do adotante pelos genitores – adoção *intuitu personae*, se a adoção é

⁷⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo, Ed. Atlas, vol. 6, 5ª ed., 2005, *cit.*, p. 470/471; GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, tutela e guarda*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2ª edição, 2003, *cit.*, p. 27.

instituto que melhor ampara os interesses do menor⁷⁶, mais que a tutela e, nesta, admite-se a escolha e a indicação (tutela "testamentária") daquele que proverá a criação e educação da criança ou do adolescente, sem lhe conferir o *status* de filho.

Pressupõe-se que tal indicação melhor observa a proteção integral da pessoa em formação, objetivando atender à dignidade da pessoa humana prevista na Constituição Federal e aos superiores interesses da criança e do adolescente prioritariamente dispostos no ECA, antes que se defira a colocação em outra família, consoante a ordem do cadastro de adotantes.

A exemplo da seqüência prevista (NCCB, arts. 1.729/1.734), por último se dá a tutela dativa e por último deveria ser cadastral a adoção conferida a quem não tenha sido eleito ou indicado pela mãe ou pelos pais não destituídos do poder familiar, confirmada a idoneidade e adequação da escolha através da avaliação psicossocial efetuada por técnicos habilitados.

2.3. ADOÇÃO

A medida de assistência e de proteção plena que melhor ampara os prioritários interesses do menor colocado em família substituta é, sem dúvida, a adoção, que, como ensina Maria Helena Diniz:

⁷⁶ LABRUSSE-RIOU, Catherine. *Droit de la famille. 1. Les personnes*. Paris, Masson, 1994, p.178; MALAURIE, Philippe e AYNÈS, Laurent. *Droit Civil. La famille*. Paris, Editions Cujas, 1996, p. 407; HAUSER, Jean e HUET-WEILLER, Danièle. *Traité de Droit Civil. La famille*. Paris, L.G.D.J., 1989, p.634; LAMMERANT, Isabelle. *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*. Bruxelles, Bruylant/ Paris, L.G.D.J., 2001, p. 177.

*"vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha. Dá origem, portanto, a uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado. É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre o adotante e o adotado um laço de parentesco de 1º grau na linha reta."*⁷⁷

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente e a revogação do Código de Menores, deixaram de existir as então denominadas adoção simples ou restrita, prevista no Código Civil e a adoção plena, comandada pelo ECA – Lei 8.069/90, especificamente para adoção de crianças até 12 (doze) anos de idade e de adolescentes entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade.

Aos filhos, irrelevante a origem biológica ou adotiva, são conferidos idênticos direitos⁷⁸, consoante comando constitucional inserto no §6º do art. 227 e Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o novo Código Civil brasileiro. A adoção é instituto único aplicável tanto para as crianças e os adolescentes, como também aos maiores de 18 (dezoito) anos de idade e aos civilmente capazes, passando a ser irrestrita. Igualam-se os reflexos nos direitos da personalidade e nos direitos sucessórios, embora as adoções dos maiores de 18 anos sejam regidas pelo Código Civil, enquanto que as adoções de crianças e de adolescentes continuam disciplinadas pelo ECA, por ser lei especial.

⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 17ª edição, 5º volume - Direito de família, 2002, *cit.*, p. 416.

⁷⁸ CF, art. 227, §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.

No presente trabalho focalizamos a adoção de menores, disciplinada no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 39 a 52, para destacar a viabilidade da adoção *intuitu personae*, dentre as modalidades de adoção lícita, embora não prevista específica e expressamente no ECA.

Entendemos, entretanto, que este único instituto – "adoção de menores" – comporta, em verdade, várias modalidades de adoção legal de menores, subdivididas em adoções cadastrais ou não.

Inserem-se como cadastrais todas as modalidades de adoções que, para seu requerimento, os candidatos se submetem ao regime do cadastro de adotantes e de menores disponibilizados, conforme previsão do art. 50, ECA:

a) adoção conferida a uma só pessoa sem prévio contato ou convívio com o adotando ou seus pais biológicos, sendo esta a regra geral das adoções cadastrais (CC, art. 1.622, *caput*, primeira parte)⁷⁹; ainda que, no caso da adoção póstuma⁸⁰, o adotante vier a falecer no curso do processo e antes de prolatada a sentença, desde que tenha, inequivocamente, manifestado sua vontade (ECA, art. 42, §5º);

⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 17ª edição, 5º volume - Direito de família, 2002, *cit.*, p. 435, aponta a adoção em que "*duas pessoas, sem serem marido e mulher ou conviventes, adotaram a mesma pessoa*", como uma das causas de nulidade (adoção nula – efeitos *ex tunc*).

⁸⁰ OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *Guarda, tutela e adoção*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 4ª edição, 2001, *cit.*, p.186/187; GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, tutela e guarda*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2ª edição, 2003, *cit.*, p. 40.

b) adoção conjunta⁸¹, deferida a ambos os cônjuges ou concubinos, comprovada a estabilidade da família (ECA, art. 42, §2º) ou que, separados, o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal e acordado sobre a guarda e o regime de visitas (ECA, art. 42, §4º), nas mesmas circunstâncias anteriores;

c) adoção internacional, como única forma de colocação de menor em família substituta deferida a adotante(s) estrangeiro(s), caso não hajam interessados nacionais (ECA, arts. 51/52 c/c arts. 46, §2º e 31).⁸²

A Constituição trouxe, como novidade, a possibilidade da adoção por estrangeiro, que antes ocorria somente em termos comerciais e irregularmente, afrontando a dignidade humana, como oportunamente abordaremos.

O ECA trata da adoção internacional especificamente nos artigos 51 e 52 do ECA, reafirmando seu caráter excepcional previsto no artigo 31 do ECA e estabelecendo condições e regras próprias para a modalidade, que devem ser observadas, além das gerais anteriormente referidas, de forma que, esgotadas todas

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 17ª edição, 5º volume - Direito de família, 2002, *cit.*, p. 429.

⁸² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 17ª edição, 5º volume - Direito de família, 2002, *cit.*, p. 438/ 442; GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, tutela e guarda*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2ª edição, 2003, *cit.*, p. 46/47. OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *Guarda, tutela e adoção*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 4ª edição, 2001, *cit.*, p. 187/189; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo, Ed. Atlas, vol. 6, 5ª ed., 2005, *cit.*, p. 321/323. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. V, 15ª ed., 2005, *cit.*, p. 408/ 413. Ilustrativamente: TJSP – Ag. de Instrumento 37.734-0, de 26.06.1997, Rel. Des. Nigro Conceição (*Menor – Adoção – Obrigatoriedade de consulta ao cadastro central de pretendentes brasileiros à adoção – Inteligência do art. 31 do ECA – Por se tratar de medida excepcional, a adoção de crianças brasileiras por estrangeiros deve ser precedida de ampla tentativa de manutenção do menor em território nacional.*). No mesmo sentido, TJSP – AI 38.854-0, de 25.09.1997, Câmara Especial, Rel. Carlos Ortiz.

as possibilidades de manutenção do vínculo com a família natural e buscas, sem sucesso, formas de colocação da criança ou adolescente na sua comunidade e em seu próprio país, considera-se a hipótese da adoção por estrangeiros.⁸³

Como não cadastrais, encontramos as modalidades de adoções em que o cadastro de adotantes ou sua ordem de preferência não se constitui requisito para requerimento e deferimento da adoção; vale dizer, excepcionalmente a adoção não se submete ao regime geral do cadastro:

a) adoção unilateral⁸⁴, quando um dos cônjuges ou concubinos requer a adoção de filho do outro, mantendo-se o vínculo de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e respectivos parentes (ECA, art. 41, §1º);

b) adoção pronta, quando o adotando já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a conveniência da constituição do vínculo, caso em que regulariza-se a filiação fática e afetiva (ECA, art. 46, §1º, parte final);

⁸³ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo, Saraiva, vol. 7, 1995, p. 417; CHAVES, Antônio. *Adoção internacional e tráfico de crianças*. São Paulo, 1994, p. 35; FACHIN, Edson Luiz. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, *cit.*, p. 200; TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, *cit.*, p. 51; BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Problemas e perspectivas da adoção internacional em face do Estatuto da Criança e do Adolescente, in *Revista de Informação Legislativa* (Brasília), nº 122, mai/jul.1994, p. 173; GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, tutela e guarda*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2ª edição, 2003, *cit.*, p. 46; CURY, Munir, AMARAL E SILVA, Antônio Fernando e MENDEZ, Emílio García. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo, Malheiros Editores, 5ª edição, 2002, p.127.

⁸⁴ OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *Guarda, tutela e adoção*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 4ª edição, 2001, *cit.*, p. 182 entende que "será necessária a concordância do pai do menor, a não ser que o menor esteja registrado tão-somente em nome do cônjuge ou concubino do adotante, quando então bastará o seu consentimento."; GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, tutela e guarda*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2ª edição, 2003, *cit.*, p. 37/38.

c) adoção *intuitu personae*, objeto do presente estudo em que buscamos demonstrar a inserção na modalidade de adoção legal, embora não expressamente prevista nos arts. 39/52, do ECA.

Interessa-nos, sobremaneira, discutir a legalidade da ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*, admissível inobservar a preferência da ordem estabelecida pelo cadastro de adotantes, como pretendemos demonstrar.

Conforme entendimento da doutrina pátria, a adoção de menores por brasileiro, atualmente regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tem, como principal característica, o cadastro de adotantes e de menores disponibilizados à adoção, que deve ser efetuado junto a todas as Comarcas e Foros, após a avaliação psicossocial realizada por equipe técnica, conforme disposto no artigo 50, do ECA:

"requer uma fase preliminar de preparação e inscrição das partes interessadas em adotar (cadastro de interessados à adoção) bem como da situação da criança ou do adolescente a ser adotado, o que revela sua peculiaridade diante do sistema legal. (...) O objetivo, conforme estabelece a própria lei (ECA, artigos 29 e 50, §2º) é analisar a compatibilidade dos pretendentes com a natureza na medida, oferecendo ambiente familiar adequado à criança ou adolescente. No Estado de São Paulo, este cadastro foi regulamentado pela Corregedoria Geral da Justiça através do Provimento nº CG-12 de 6 de julho de 1995. No procedimento estabelecido, após a apresentação do requerimento pelo interessado, devidamente acompanhado dos documentos pertinentes (art.165 do ECA), é realizada avaliação psicossocial, no

prazo de 15 dias, indo os autos em seguida com vista à Promotoria para manifestação, e após ao Juiz para decisão."⁸⁵

Há um corrente entendimento de que as exigências postas no artigo 50 e seus parágrafos destinam-se a todos os interessados em adoção, nacionais ou estrangeiros⁸⁶, que essa inscrição cadastral confunde-se com a própria habilitação do candidato à adoção, porque tanto uma como a outra são estágios do mesmo procedimento, ambas culminando na confirmação, ou não, do interessado em adotar, além de permitir o intercâmbio de informações entre as comarcas e regiões ou entre as unidades da Federação.

A jurisprudência pátria⁸⁷ e os mais renomados doutrinadores têm entendido ser necessário, senão obrigatório, o prévio cadastro de adotantes; pendendo, ainda, pela indispensável observância da ordem cronológica nele disposta, para viabilizar a adoção de menores, como ilustra o texto:

"Deve-se formar um processo, devidamente registrado e autuado, com o requerimento (que pode ser do tipo padrão), ao qual se anexarão os documentos pessoais dos interessados.

⁸⁵ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. Aspectos jurídicos da intervenção social e psicológica no processo de adoção, in *Justitia* – Órgão do Ministério Público de São Paulo, Revista Trimestral nº 196, São Paulo, 2001, p. 124/125.

⁸⁶ BECKER, Maria Josefina. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 3ª ed, 2000, *cit.*, p. 156; LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção – Adoção internacional – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 145; PACHI, Carlos Eduardo. In CURY, Munir, AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do e MENDEZ, Emílio García. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo, Malheiros Editores, 5ª edição, 2002, *cit.*, p. 168.

⁸⁷ Ilustrativamente: TJSP, AI 8.660-0, de 04.05.2000, Rel. Álvaro Lazzarini ("*Criança entregue pela mãe à agravante que, após meses, formula pedido de adoção – Ausência de inscrição no cadastro da Vara – Determinada a busca e apreensão da criança para encaminhamento à Instituição ...*").

Em seguida, o Setor Técnico do Juízo emitirá uma avaliação (se possível psicossocial), indo o feito para parecer do Ministério Público (§1º do art.50). Em seguida, o Juiz da Infância e Juventude deferirá ou não a inscrição dos interessados, observando, além do conteúdo da avaliação, se os pretendentes estão compatíveis com a natureza da medida e ofereçam ambiente familiar adequado (§2º, do art.50 c.c. o art.29).

Caso tais requisitos não se façam presentes, o pedido será indeferido, o que inviabilizará a adoção.

(...)

Seguindo o entendimento da necessidade de prévia habilitação e que a ninguém é dado o direito de adotar, havendo necessidade de se comprovar os requisitos estabelecidos no ECA, há julgado em que se indeferiu pedido de casal que encontrou criança e pretendeu sua adoção, sem antes estar habilitado (Apelação Cível n. 41.799-0, Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator o Des. Cunha Bueno). Outra questão de interesse é a que diz respeito à obrigatoriedade de se seguir a ordem cronológica de inscrição para se proceder a entrega de criança ou adolescente.

Já foi dito, o que se pretende, sob a ótica do ECA, é conseguir-se uma família para a criança/adolescente e não o inverso".⁸⁸

A jurisprudência nacional, em sua grande parte, também se posiciona impondo a obrigatoriedade de prévia inscrição no cadastro de adotantes.

Ilustrativamente:

"ADOÇÃO – Inscrição prévia dos postulantes no cadastro de que trata o art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Requisito não atendido. Ausência de motivo relevante a justificar, excepcionalmente, a relativização do preceito. Pedido indeferido. Recurso desprovido. Insatisfeito o requisito da prévia inscrição no cadastro de que trata o art. 5º do Estatuto da Criança e do

⁸⁸ CURY, Munir, AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do e MENDEZ, Emílio García. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo, Malheiros Editores, 5ª edição, 2002, cit., p. 166/167.

Adolescente e inexistindo motivo relevante que justifique, excepcionalmente, a relativização do preceito em prol dos melhores interesses da criança, inviabiliza-se o pedido de adoção".⁸⁹

"Recurso de Apelação. ECA. Adoção. Indeferimento. Admissibilidade. Interessados que não se encontravam no topo da respectiva lista de cadastro. Inteligência do artigo 50 do Estatuto. Recurso desprovido".⁹⁰

A adoção *intuitu personae*, que sustentamos, é a procedida sem necessidade de prévio cadastro como adotante e, conseqüentemente, não seguida a ordem cronológica de inscrição, admitida como válida unicamente nos casos em que a mãe ou os pais biológicos detém o poder familiar, consentem na adoção e previamente elege(m) o adotante como seu substituto.

O cadastro de adotantes e de menores disponibilizados, preenchidos os demais requisitos legais, permite conhecer o número de adoções já deferidas, os locais de ocorrência, sua incidência repetida, bem como o nome dos procuradores e demais pessoas que participaram dos processos de adoção⁹¹, afigurando-se sua principal finalidade no procedimento adotivo, não podendo confundir cadastro com avaliação psicossocial, tampouco sendo pré-requisito para a averiguação multidisciplinar de idoneidade e adequação para adoção.

⁸⁹ TJPR, Recurso de Apelação nº 96050-1, Rolândia, Rel. Des. Telmo Cherem, Ac. nº 12634, 2ª Câmara Criminal, j. 26.10.2000.

⁹⁰ TJPR, Recurso de Apelação nº 98935-7, União da Vitória, Rel. Juiz convocado Campos Marques, Ac. nº 13091, 1ª Câmara Criminal, j. 15.03.2001.

⁹¹ BECKER, Maria Josefina. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 3ª ed, 2000, *cit.*, p. 169; CHAVES, Antonio. *Adoção*. Belo Horizonte, Del Rey, 5ª edição, 1995, *cit.*, p.169; GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, tutela e guarda*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2ª edição, 2003, *cit.*, p. 45; SZNICK, Valdir. *Adoção - Direito de família, guarda de menores, tutela, pátrio poder, adoção internacional*. São Paulo, Leud Livraria e Editora Universitária de Direito, 3ª edição, 1999, p. 74.

Acolhemos o raciocínio de que a mãe ou pai biológico tem pleno direito de escolher quem vai ficar com o filho do qual está abdicando da guarda, escolha esta que deve preceder à entrega efetiva do menor ao adotante eleito, isto é, antes que caracterizado o vínculo de afetividade entre adotante e adotando.

Assim deve ser porque, historicamente, a maternidade guarda estreito relacionamento com os sentimentos e, pela própria natureza, a mãe tem uma sensibilidade mais apurada, uma sintonia fina para captação dos sentimentos, um sexto sentido a que chamamos intuição. Mesmo recebendo uma nova roupagem nos dias atuais, em razão da necessidade da mulher lançar-se no mercado de trabalho para prover o sustento da família ao lado do marido, a maternidade continua sendo a detentora dos sentimentos, principalmente dos filhos.

Cabe no coração de mãe não só os sentimentos essenciais para suprir a dependência infantil e alicerçar a formação do ser humano quando atingir sua fase adulta – seja no campo material, seja no afetivo. Mas cabe também reunir forças para suportar melhor e com mais coragem as dificuldades, até para encaminhar sua cria a quem melhor possa substituí-la no papel maternal – o que não deixa de ser uma bela atitude.

Não podemos descurar de que se trata também de uma necessidade da maternidade: impedir o direcionamento da criança mediante eleição do adotante equivale a uma mutilação da maternidade ou, na melhor das hipóteses, inferioridade

em relação às outras mães, vergonha extrema cujos efeitos, a ela e por ela, podem assemelhar-se à sentença de morte – da criança e de si própria.

É possível, ainda, admitir o regime de adoção aberta, em que há pleno contato e acordo entre pais biológicos e adotivos, submetendo sempre ao regular processo judicial de adoção, com avaliação psicossocial realizada por equipe profissional, inclusive, antes de efetivada a entrega da criança, como analisaremos à frente.

3. ADOÇÃO DE CRIANÇA E DE ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069, de 13.7.1990, no *caput* de seu artigo 2º, dispõe que "*considera-se criança*⁹², para os efeitos desta Lei, as pessoas até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade".

A Constituição Federal brasileira, no *caput* do seu artigo 227, estabelece os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, priorizando a vida, a saúde⁹³, a alimentação, a educação, o lazer, a profissionalização⁹⁴, a cultura, a dignidade, o respeito, a liberdade, a convivência familiar e comunitária, atribuindo à família, à sociedade e ao Estado o dever de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão⁹⁵.

⁹² Derivação etimológica do latim: '*infans*', '*infantis*'. De '*in*', partícula negativa, mais '*fon*' de falar, significa a pessoa que ainda não fala. Tem a conotação "infantil" a pessoa que ainda não responde por si própria, embora possa dizer o que quer ou o que pensa, ainda não possui discernimento para escolher a melhor decisão, nem arcar com as conseqüências de seus atos.

⁹³ "O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais ..." (§1º do art.227, CF). – Decreto nº 3.956, de 8.10.2001 (Convenção Interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência). – Lei 10.216, de 6.2.2001 dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. – Lei 7.853, de 24.10.1989, regulamentada pelo Decreto nº 3.298, de 20.12.1999, consolida as normas de proteção à pessoa portadora de deficiência. – Lei nº 8.642, de 31.3.1993, regulamentada pelo Decreto nº 1.056, de 11.2.1994, dispõe sobre a instituição do Programa Nacional de Atenção Integral à Criança e ao Adolescente – PRONAICA.

⁹⁴ Idade mínima de 16 anos para admissão ao trabalho (art.7º, XXXIII, CF, alterado pela EC nº 20, de 15.12.1998). CF, art.227, §3º: direitos previdenciários e trabalhistas (inc. II), acesso do trabalhador adolescente à escola (inc. III). – Decreto nº 3.597, de 12.9.2000, promulga a Convenção 182 e a Recomendação 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil.

⁹⁵ Convenção sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças - Autoridade central: Decreto Legislativo nº79, de 15.9.1999, Decreto nº3.413, de 14.4.2000 e Decreto nº3.951, de 4.10.2001.

A importância dos direitos das crianças e dos adolescentes determinou que o assunto viesse minuciosamente tratado no Livro I da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que dispõe sobre a proteção integral⁹⁶ à criança e ao adolescente, concernente no reconhecimento de direitos especiais⁹⁷ e específicos⁹⁸, decorrentes da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

Esta concepção está em consonância com a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e assinada pelo Governo brasileiro em 26 de janeiro de 1990, cujo texto foi aprovado pelo Decreto Legislativo 28, de 14 de setembro de 1990 e promulgado pelo Decreto Presidencial 99.710, de 21 de novembro de 1990.⁹⁹

3.1. PROPOSTA DE ADOÇÃO INTUITU PERSONAE

Para o estudo da adoção proposta, releva-nos o direito à convivência familiar e comunitária, tratado no Capítulo III, do ECA - arts.19 a 52, em especial a

⁹⁶ ECA, arts. 3º a 6º.

⁹⁷ ECA, Título III, arts.70 a 84: prevenção geral e especial (informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos, produtos e serviços, autorização para viajar).

⁹⁸ Direitos Fundamentais: ECA, Título II - arts.7º a 14 (direito à vida e à saúde), arts.15 a 18 (direito à liberdade, ao respeito e à dignidade), arts.19 a 52 (direito à convivência familiar e comunitária), arts.53 a 59 (direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer), arts.60 a 69 (direito à profissionalização e à proteção no trabalho).

⁹⁹ CURY, Munir, GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso e MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, *cit.*, p.13; LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção - adoção internacional - doutrina e jurisprudência*. São Paulo, Malheiros Editores, 2ª edição, 2003, *cit.*, p. 57 e 312; MARQUES, Claudia Lima. A subsidiariedade da adoção internacional: diálogo entre a Convenção de Haia de 1993, o ECA e o novo Código Civil brasileiro. In LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). *Grandes temas da atualidade*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005, p. 25.

filiação, a família natural, a família substituta e a guarda, sem perder de vista as disposições gerais postas no Novo Código Civil¹⁰⁰.

Neste contexto, a base constitucional dispõe que "*A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma de lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros*" (CF, art.227, §5º) e que "*Os filhos, havidos ou não¹⁰¹ da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatória relativas à filiação*" (CF, art.227, §6º).

A partir destas premissas, ousamos propor a presente tese, defendendo a viabilidade de adoção *intuitu personae*, acrescentando às hipóteses de adoção por parentes e a decorrente da formação do vínculo afetivo em razão da convivência prolongada a que o Poder Judiciário brasileiro tem autorizado para regularizar situação fática, para melhor amparar e estimular a adoção de menores, ainda que vacilante a jurisprudência pátria e divergente a melhor doutrina.

Diz-se *intuitu personae* a adoção em que o adotante é previamente indicado por manifestação de vontade da mãe ou dos pais biológicos ou, não os havendo, dos responsáveis legais quando apresentado o consentimento exigido no

¹⁰⁰ Lei 10.406, de 10.1.2002, arts.1.583 a 1.590 (proteção da pessoa dos filhos), arts.1.596 a 1.606 (filiação), arts. 1.607 a 1.617 (reconhecimento dos filhos), arts.1.618 a 1.629 (adoção), arts.1.630 a 1.638 (poder familiar).

¹⁰¹ Lei 8.560, de 29.12.1992 (investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento) e Lei nº10.317, de 6.12.2001 (gratuidade do exame de DNA nos casos que especifica).

artigo 45¹⁰² e, por isso, autorizada a não observância da ordem cronológica do cadastro de adotantes.

A indicação do adotante e sua dispensa do prévio cadastro são as únicas diferenças existentes, porquanto os demais requisitos constantes do ECA devem ser observados: os requisitos pessoais do adotante, como dispostos no artigo 42¹⁰³, a constituição através de regular processo de adoção que culmine na sentença judicial¹⁰⁴, a necessidade de estudo social para avaliação da idoneidade do adotante¹⁰⁵ e, por fim, os efeitos jurídicos¹⁰⁶.

Com efeito, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, nenhuma norma que exija que se observe a ordem cronológica ou classificatória constante do

¹⁰² ECA, art.45, 'caput': "A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. (...) §2º- em se tratando de adotando maior de 12 (doze) anos de idade, será também necessário o seu consentimento."

¹⁰³ ECA, art.42: "Podem adotar os maiores de 21 (vinte e um) anos, independentemente de estado civil. §1º- Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando. §2º- A adoção por ambos os cônjuges ou concubinos poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado 21 (vinte e um) anos de idade, comprovada a estabilidade da família. §3º- O adotante há de ser, pelo menos, 16 (dezesesseis) anos mais velho do que o adotando. §4º- Os divorciados e os judicialmente separados poderão 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 da sociedade conjugal. §5º- 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." – Antes era de 21 anos a idade mínima do adotante, mas com o advento do novo Código Civil brasileiro é possível adotar a partir dos 18 anos de idade (art.1.618, CC), idade em que a pessoa ficará habilitada à prática de todos os atos da vida civil, inclusive o casamento, não ferindo os princípios contidos no ECA, sendo com ele compatíveis, estendendo o entendimento ao §2º do mesmo art.42: GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, tutela e guarda*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2ª edição, 2003, p.39.

¹⁰⁴ Art.47, ECA.

¹⁰⁵ ECA, §§1º e 2º do art.50 c/c arts. 19, 29 e 43.

¹⁰⁶ ECA, arts. 47 a 49 e, em especial, o art.41: "A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. §1º- Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes. §2º- É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º (quarto) grau, observada a ordem de vocação hereditária."

registro de pessoas interessadas na adoção, disposta no 'caput' do artigo 50, do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁰⁷, nem que a adoção esteja proibida a quem não estiver previamente cadastrado, devendo ser deferida a adoção *"quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos"*.¹⁰⁸

Há, sim, óbice na adoção se o candidato a adotante revelar, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado¹⁰⁹, de modo que *"não será deferida a inscrição se interessado não satisfizer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses no artigo 29"*.¹¹⁰

À análise objetiva das normas inscritas no Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescenta-se a evolução histórica da adoção, o direito comparado e o trato dispensado no direito pátrio a institutos afins – o que nos permite sustentar o acolhimento vantajoso da adoção *intuitu personae*, mais que a viabilidade jurídica, para melhor guarnecer os interesses prioritários das crianças e dos adolescentes, além de combater os riscos e as práticas ilícitas que envolvem os menores em espera do acolhimento e convivência familiar.

¹⁰⁷ ECA, art.50, 'caput': "A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas e outro de pessoas interessadas na adoção."

¹⁰⁸ ECA, art.43. A disposição inscrita neste art.43, ECA vincula-se à prévia análise da idoneidade do interessado na adoção mediante prévia consulta aos órgãos técnicos do Juizado, ouvido o Ministério Público (§1º do art.50) e cumprido o estágio de convivência, se exigida (art.46)

¹⁰⁹ Art.29, ECA.

¹¹⁰ §2º do art.50, ECA: o indeferimento é da inscrição no registro ou cadastro de pessoas interessadas na adoção mantida na Comarca ou no Foro Regional (*caput*).

Os interesses da criança, inicialmente vinculado à noção de necessidades, tem sido colocado pela maioria dos países como a melhoria de suas condições de vida em relação à sua situação anterior, à sua segurança, à sua proteção, aos seus cuidados, educação, afeição, integração em uma família com a qual a criança adotada desenvolva laços de afetividade.

Contudo, não se deve perder de vista o respeito à sua origem étnica, religiosa, cultural e vantagens de ordem moral que lhe permitam desenvolver sua personalidade da melhor forma dentre as verificadas, não tendo tanta relevância a capacidade econômica do adotante.¹¹¹

Sob este aspecto e apesar da presunção de preparo técnico dos profissionais envolvidos no processo judicial da adoção – e, certamente, preparo profissional terão – instala-se a possibilidade de não estarem devida ou suficientemente preparados para vincular a consonância cultural e moral entre a família de origem e a de destino, por se tratar de elementos intrínsecos ou subjetivos que só a identificação dos costumes domésticos permitem aferir.

Importa admitir que a indicação do adotante pela mãe deriva da sensibilidade de comungar, com o adotante eleito, os mesmos preceitos culturais,

¹¹¹ Ver, neste sentido: BEVAN, H.. *Child law*. London, Butterworths, 1989; CRETNEY, S.. *Principles of family law*. London, Sweet and Maxwell, 1984; MEULDERS-KLEIN. Famille et justice: à la recherche d'un modèle de justice. Rapport de synthèse et conclusions générales, in *Familles et justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*. Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1997; SCABINI, Eugenia. *L'importanza della famiglia nella crescita psicologica del bambino*. Il Foglio 32/12. Associazione Amici dei Bambini, ano VII, out/dez.1993; ICHINO, Francesca e ZEVOLA, Mario. *Il Tuo Diritto – Affidamento Familiare e Adozione*. Milão, Editores Ulrico Hoepli, 1993, p. 151.

morais, religiosos costumeiramente professados. Conseqüentemente, importante a admissão da adoção *intuitu personae*.

3.2. ADOÇÃO: FINALIDADES, DIFICULDADES, RISCOS E ILÍCITOS

A adoção é instituto legal que data mais de dois mil anos na história jurídica da humanidade, ora prevalecendo mais os interesses do adotante e, atualmente, devendo prevalecer os interesses do adotando.

Mas as adoções sempre tiveram como finalidade, por um lado, a necessidade ou os anseios de ter filhos como a máxima representação da família e continuidade dos cultos, tradições e riquezas familiares para os casais impossibilitados de procriar e, por outro lado, o atendimento da necessidade do adotando, notadamente o abandonado, sob o aspecto de amparo, orientação e auxílio material e espiritual para o seu crescimento e desenvolvimento dentro do contexto social.¹¹²

Na Grécia clássica e na Roma antiga, a legislação sobre adoção estava fundada nos princípios religiosos, acreditando-se que os mortos exerciam

¹¹² MICHEL, Andrée. Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. *Arch. Ph. Dr.*, t. XX, 1975, p. 127; MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. *Famille, droit et chagement social dans les sociétés contemporaines – Rapport général de synthèse*. Bruxelles/ Paris, Établissements Émile Bruylant, LGDJ, 1978, p.685.

influência decisiva sobre o presente e o futuro dos vivos e que era fundamental o culto dos ancestrais para que houvesse relações entre os mortos e os vivos.¹¹³

Somente o chefe da família tinha o direito de manter acesa a chama que homenageava quem já estava morto, transferindo tal direito-dever ao sucessor do sexo masculino, já que apenas os homens podiam manter aceso o fogo doméstico na lareira.

Assim, a adoção, na sua origem, aparece como a solução para que a família de um homem sem descendência masculina pudesse perpetuar sua linhagem e manter o curso normal do culto dos ancestrais.¹¹⁴

Entre 800 e 1.800, na era da nobreza medieval, a linhagem está estreitamente ligada aos laços sangüíneos, sendo, então, a adoção rejeitada a partir da cristianização da Europa, com a idéia difundida pela Igreja Católica de que as adoções serviam para legitimar filhos bastardos, tidos fora do casamento e trazidos, por maridos infiéis, para o sagrado seio do matrimônio.

A rejeição da adoção foi reforçada pela ideologia católica de que, se uma criança ficasse órfã, esta ainda poderia contar com a família espiritual adquirida

¹¹³ A respeito, ver mais em FULCHIRON, H. e MURAT, P. Splendeurs et misères de l'adoption, in TRILLAT, B. (dir.) *Autrement. Abandon et adoption – Liens de sang, liens d'amour*, fev. 96; GUTTON, Jean Pierre. *Historie de l'adoption en France*. Paris, Plubisud, 1993; GOODY, J.. *The development of the family and marriage in Europe*. Cambridge, Cambridge University Press, 1983; LISBOA, S.. *Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente (doutrina e jurisprudência)*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1996; OUELLETTE, F. R. e SEGUIN, J.. *Adoption et redefinition contemporaine de l'enfant, de la famille et de la filiation*. Quebec, IQRC, 1994.

¹¹⁴ COULANGES, Foustel de. *A cidade antiga*. Trad. portuguesa. Lisboa, Liv. Clássica Ed., vol. I, 5ª ed., 1941, p. 77/78.

pelo batismo, suficiente para amparar a criança órfã, não se estimulando a sua adoção ¹¹⁵.

Somente no final da Idade Média, a adoção reaparece, embora de forma discreta e com outra roupagem, geralmente sob a denominação de adoção "por hospitais", por "particulares" ou "em nome de Deus".

Atualmente, a adoção apresenta dois universos psíquicos diversos: o dos adotantes e o dos adotados. O dos adotantes apresenta a expectativa de conseguir uma paternidade ou maternidade; o universo dos adotados, a esperança de superar a experiência do abandono, da recusa, da negação do valor de si mesmo.

Em pesquisa realizada por um instituto italiano, à pergunta "por que querem ter um filho?", foram apresentadas as seguintes razões, em ordem decrescente: a)por amor à criança; b)para criar uma verdadeira família; c)por amor ao cônjuge; d)para dar um sentido à vida. À pergunta "por que não querem ter filhos?", responderam: a)por medo do desemprego; b)pela insuficiência dos meios econômicos; c)pelo temor de perder a própria liberdade; d)por medo de que uma criança abalasse a estabilidade conjugal.¹¹⁶

¹¹⁵ No batismo católico a marca material dos laços espirituais fica exteriorizada pela semelhança fonética entre "pai" e "padrinho", "mãe" e "madrinha" de um lado e, de outro lado, "filho" e "afilhado".

¹¹⁶ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito de Família e das Sucessões*. Coimbra, Ed. Almedina, 1990, p. 27 ss.; LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção - adoção internacional - doutrina e jurisprudência*. São Paulo, Malheiros Editores, 2ª edição, 2003, *cit.*, pág. 223.

A busca da paternidade e da maternidade reflete muitas preocupações e desejos que precisam ser trabalhados e compatibilizados para que não se transforme em conflito interno, interior e exterior, no sentido de traduzir sofrimento individual do adotante e do adotado em razão de insatisfações que se refletem no relacionamento entre as demais pessoas da família e da comunidade em que estão inseridas.¹¹⁷

Os adotantes, por vezes, têm dificuldades para se livrar da impressão de que a paternidade ou a maternidade adotiva é inferior à biológica; talvez porque a maternidade biológica envolve mudanças físicas contínuas e introspectivas, com o crescimento da barriga, movimentos do feto dentro do útero, atenção de todos os membros da família quanto às necessidades alimentares e de carinho, além das emergências médicas que a gestante possa apresentar. A gestação se faz presente a todo instante, fazendo com que haja interação constante em razão do envolvimento de todas as pessoas da família, conferindo uma situação de conotação exclusivamente afetiva.

De outro lado, a adoção apresenta-se mais fria¹¹⁸ em razão do cumprimento dos requisitos legais previstos, com interferência externa de

¹¹⁷ DE CUPIS, Adriano. Persona e famiglia nell'ordinamento giuridico, in *Dir. Fam.*, v. XXI, 1988, *cit.*, p. 1746; BRECHER, Bob. *What is wrong with the family – Constituting families: a study in governance*. Ed. Derek Morgan & Gillian Douglas, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1994, p.63; PARADISO, Massimo. *Famiglia e nuovi diritti della personalità: norma, desiderio e rifiuto del diritto*. Quadrimestre, 1989, p. 322.

¹¹⁸ RHEINSTEIN, Max e KÖNIG, René. *Introduction – International encyclopedia of comparative law*. Tübingen/ The Hague/ Paris, JCB Mohr/ Mouton, Persons and family, cap. I, 1974, p.12; GLENDON, M. A. La transformation des rapports entre l'etat et la famille dans l'évolution actuelle du droit aux Etats-Unis, *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines*. Bruxelles/ Paris, Établissements Émile Bruylant – LGDJ, 1978, p. 41 ss.

assistentes sociais ou psicólogos, de advogado, do representante do Ministério Público e do juiz.

Há, ainda, a possibilidade de haver a curiosidade por parte do adotado, em buscar saber sua origem biológica, dando lugar ao temor do risco de perder a criança adotada para os pais naturais, apesar de tudo que fizerem pelo filho adotivo.

A busca da origem biológica é direito que assiste a qualquer pessoa, não sendo descartada a possibilidade de que a idéia seja a tal ponto mórbida, que transforme a curiosidade em sentimento de revolta contra os adotantes – embora, a experiência tem mostrado que na maioria dos casos, o adotado considera muito mais o carinho que recebeu dos adotantes. Nesta direção, o E. Superior Tribunal de Justiça tem decidido que é irrevogável a adoção, mas ressalva o direito ao filho adotivo em investigar a paternidade biológica.¹¹⁹

Muitas vezes, o temor de perder o filho adotivo para a família biológica decorre do receio, por parte do adotante, de não conseguir manter a igualdade entre os filhos, como reflexo da concepção tradicional de família, composta por pai, mãe e filho, oriundos da relação matrimonial.

¹¹⁹ REsp 127.541-RS, da 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 28.08.2000: *"Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no art.48 da Lei 8.069/1990 (ECA). A adoção subsiste inalterada. a lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com os pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais, Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no art. 27 do ECA."*

É corriqueiro o entendimento de certas mulheres considerarem a maternidade biológica insubstituível, para sua realização pessoal; chegando, até mesmo, a sentir vergonha no caso de serem estéreis ou incapazes de ter filhos.¹²⁰

Comum que, em decorrência de excessiva ansiedade, se verifique um severo bloqueio emocional e que, após a adoção, a mulher consegue engravidar, havendo o consenso de que a esterilidade é uma ferida fundamental para o casal, representando um luto que deve ser vencido pelos pais adotivos antes de adotar uma criança.

Outros motivos são arrolados para justificar a adoção: há casais que podem gerar filhos, mas preferem não fazê-lo; às vezes já possuíram ou possuem filhos biológicos e desejam experimentar a adoção para substituir um filho que faleceu ou porque já atingiram idade de risco para gravidez; outros são impelidos por motivações ideológicas, mas temem gerar filho com doença incurável.

Nas sociedades que atingiram, ou visam atingir, um índice elevado de qualidade de vida ou destacam atenção às necessidades da criança, há a preferência pela adoção, com redução da natalidade.¹²¹

O fato de a criança adotada ser portadora ou apresentar manifestações definitivas de traços de personalidade ou de doenças psíquicas de seus pais

¹²⁰ STECK, B.. *Os pais adotivos. Aspectos psicológicos – Abandono e adoção – Contribuições para uma cultura da adoção*, vol. I, p. 130 - a esterilidade conjugal é o motivo que mais atrai casais para a adoção.

¹²¹ D'ARGENTINE, Adolfo Beria. Il valore sociogiuridico dell'adozione, *Dir. fam.*, v. XXI, 1992, p.1192; PROENÇA, José Gonçalves. *Tendências dominantes na evolução da instituição familiar*. Lisboa, Ed. Lusíada, Série Direito, 1991, p. 29 ss.

biológicos é outra das dificuldades para estimular a adoção de crianças, sendo uma possibilidade bastante plausível, já que estudos científicos realçam a importância da causa genética, relacionando a doença aos genes designados por DRD4 e DAT¹²².

Em relação ao déficit de atenção e hiperatividade¹²³, estudos em gêmeos confirmam o forte componente de hereditariedade em aproximadamente 80% dos casos: Van Der Valk, estudando e acompanhando, por 15 anos, a adoção de 229 pares de irmãos por famílias diferentes e 1080 casos de adoções únicas, mais de 50% dos problemas de agressividade, atenção e sociabilidade puderam ser atribuídos a problemas genéticos, enquanto 40% desses problemas puderam ser explicados através de variantes ambientais.

A vida em orfanatos tende a inibir as áreas da inteligência nas crianças de uma forma global, interferindo negativamente na coordenação motora geral, na interação social e na linguagem, podendo ter deficiências cognitivas, deficiências de integração sensorial, dificuldade em processar a linguagem no ritmo em que é falada e, conseqüentemente, prejuízo no processo de aprendizado, além de distúrbios psicológicos, às vezes severo, exigindo que, ao adotar, é preciso estar preparado para alguém com necessidades especiais que podem durar uma vida inteira.

Victor Groza, em estudo realizado em mais de 200 famílias norte-americanas que adotaram crianças romenas, relatado no artigo "*A Peacock or a*

¹²² BIEDERMA, J. FARAONE, S. V. *Current Concepts on the Neurobiology of Attention – Deficit/Hyperactivity Disorder*, J Atten, 2002.

¹²³ As informações referentes ao desenvolvimento psicológico e problemas psiquiátricos das crianças institucionalizadas foram extraídas de BALLONE, G.I.. Criança Adotada e de Orfanato in *PsiquWeb, Psiquiatria Geral*. Internet, disponível em <http://www.psiqweb.med.br/infantil/adoc.html>, revisto em 2003, acessado em 13.09.2004.

Crow: Stories, Interviews and Commentaries on Romanian Adoptions", informa que cerca de 20% dos adotados eram o que ele chamou de "crianças prejudicadas" ou seja, crianças que foram muito afetadas pela institucionalização em orfanatos. Essas crianças continuaram tendo problemas emocionais e de desenvolvimento após sua adoção.

Outro item preocupante a ser considerado pelos adotantes é a "negligência precoce", situação em que não houve uma interação satisfatória entre mãe e filho durante uma fase crítica na vida da criança e que interfere no desenvolvimento infantil.

Eloísa Lacerda, professora do Núcleo Interdisciplinar do Bebê, da PUC paulista, por ocasião da notícia, no final do mês de janeiro de 2006, de uma mãe que jogou sua filha, de dois meses de idade, na lagoa de Pampulha, Belo Horizonte, embrulhada num saco de lixo e que causou comoção nacional¹²⁴, informa que “é provável que o vínculo entre as mães e esses bebês já tenha sido quebrado antes mesmo da materialização do abandono”, afirmando que “as mães intencionadas a cometer esse ato (de abandono) costumam não investir na criança desde a gestação”.¹²⁵

Nesta ocasião, Aldo Lucion, fisiologista do Instituto de Ciências Básicas da Saúde, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, esclarece que “o feto

¹²⁴ CARRANCA, Adriana. A vida das vítimas do abandono. Secretaria registra um caso a cada 32 horas em São Paulo. Aborto é aceito, mas o abandono, não. *O Estado de São Paulo*, Caderno Cidades/Metrópole, edição de 05.02.2006, p. C8.

¹²⁵ COLLUCI, Cláudia. Trauma do abandono deve ser tratado logo. In *Infância, Folha de São Paulo*. Internet, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br>, acessado em 02.02.2006.

percebe, sente e responde aos estímulos da mãe que o está gerando” e que “o estresse de uma mãe que está contrariada imprime uma mudança no sistema neuroendócrino do filho”. Comentando sobre o caso da recém nascida, do sexo feminino e de cor branca, jogada na Lagoa da Pampulha, o fisiologista enfatiza que:

“O que se tem de procurar agora é propiciar à criança a possibilidade de se desenvolver de forma que, no futuro, possa ter ligações mais humanas com outras pessoas. As marcas deixadas pelo processo de rejeição, porém, nunca vão se apagar. Esse primeiro vínculo com a mãe, e o reconhecimento desta, é crucial para o desenvolvimento do filho, e não apenas na espécie humana”.

“Uma mulher que, na sua infância primitiva, foi de alguma forma abusada pela mãe tende a repetir esse comportamento com seu filho. Logo depois que nasce, o sistema central de um indivíduo é muito moldável por interferência do meio ambiente. Assim, nessa fase, ele simplesmente muda – e gera um padrão de comportamento que se mantém ao longo da vida”.

*“Isso fica para sempre, como seqüelas que se manifestarão na vida adulta, prejudicando o relacionamento com a nova geração. É um processo que precisa ser interrompido, seja com a substituição de uma mãe que não está bem, seja pela interferência da sociedade”.*¹²⁶

Estes estudos científicos reforçam a tese que defendemos, justificando a viabilidade e a conveniência de admitirmos a adoção *intuitu personae*, quiçá admitindo que o processo judicial adotivo possa ser iniciado antes mesmo do nascimento da criança, conforme adiante abordaremos.

¹²⁶ PAIVA, Fred Melo. Assim acontece com os ratos – A ciência ajuda a compreender o incompreensível: a cabeça da mãe que maltrata o filho. *O Estado de São Paulo*, Caderno Aliás, edição de 05.02.2006, p. J3.

As conseqüências da negligência precoce não costumam ser apenas de ordem psicológica, segundo Harry Chugani¹²⁷, neurologista do Children's Hospital de Michigan, comparando tomografias funcionais (SPECT) do cérebro de oito crianças aparentemente saudáveis e adotadas, com tomografias funcionais de um grupo de crianças educadas sob a proteção de sua família de origem – notou que as oito crianças adotadas apresentaram evidências de metabolismo anormal numa área específica do lobo temporal do cérebro.

A influência maléfica da negligência precoce sobre o desenvolvimento infantil foi mais acentuada em duas épocas da vida das crianças estudadas: a primeira época seria o segundo semestre de vida, enquanto que a segunda época abrange o período entre dois e três anos de idade – nessas duas fases da vida, a institucionalização ou permanência da criança no orfanato tende a causar maiores atrasos no desenvolvimento emocional e cognitivo.

Federice, neuro-psicólogo especializado em desenvolvimento citado por Ballone, avaliou cerca de mil crianças adotadas do leste europeu e da ex-União Soviética e diz que os efeitos danosos da negligência precoce podem, ou não, ser reparados, dependendo muito da idade em que se inicia a reparação do infortúnio. Comparou o tratamento dessas crianças ao lento avanço da recuperação das lesões cerebrais, já que precisam ser ensinadas a reconhecer emoções, a partir de estímulos sensoriais (visuais e auditivas) e, depois, aprender a sentir essas emoções.

¹²⁷ In BALLONE, G.I.. Criança Adotada e de Orfanato in *PsiquWeb, Psiquiatria Geral*. Internet, disponível em <http://www.psiqweb.med.br/infantil/adoc.html>, revisto em 2003, acessado em 13.09.2004.

Entre as crianças deixadas em orfanatos e aquelas adotadas em curto espaço de tempo, estas últimas evoluem muito melhor. Há estudos que sugerem que a recuperação pode ser muito boa em crianças adotadas antes dos dois anos de idade.

Depois dessa fase, a recuperação dependerá mais do estado atual de cada criança, havendo conclusão que crianças adotadas entre os seis e doze meses de idade podem apresentar atrasos em algumas áreas, particularmente no desenvolvimento da linguagem e, um ano depois, quase todas estão atrasadas.

Dana Johnson, da Universidade de Minnesota, citada por Ballone, em estudo de mais de 300 crianças adotadas, também relata estudo de Elionor Ames em que mostra que um grupo de controle de bebês adotados antes dos quatro meses de idade teve, em praticamente todos os quesitos, melhores desempenhos do que as crianças adotadas aos oito meses de idade ou mais tarde, mesmo os dois grupos tendo um histórico semelhante quanto aos cuidados institucionais.

Entretanto, apesar das dificuldades e dos riscos inerentes à adoção de crianças¹²⁸, há considerável procura e, mais ainda, crianças à espera de serem adotadas. Surgem, desse anseio, a circulação de crianças, a “adoção à brasileira”, a

¹²⁸ NÖEL, J. *La separacion des parets adoptifs. Thèse médecine*. Paris, 1959: nas adoções podem conter os riscos da "criança-distração", "criança-tábua de salvação", "criança-colocação" e atrações neuróticas apresentados por parte do adotante. Ver mais em GOLDSTEIN, Joseph, FREUD, Anna e SOLNIT, Albert. J.. *No interesse da criança*. São Paulo, Livraria Martins Fontes, 1997 (1ª ed. brasileira da representatividade da LAW SCHOOL, da Universidade de Yale, HAMPSTEAD CHILD- THERAPY CLINIC, de Londres e CHILD STUDY CENTER, da Universidade de Yale que analisam os aspectos psicológicos e psiquiátricos das crianças disponibilizadas à adoção).

“adoção pronta” e a exportação de crianças como as práticas ilegais e arriscadas mais comuns no Brasil para driblar a burocracia e a morosidade da justiça em efetivar a adoção legal.

Outro fator alegado como barreira à adoção legal é a morosidade da Justiça. Muitos não compreendem a necessidade de serem visitados por assistentes sociais e psicólogos que verificam renda, moradia, antecedentes criminais, intervenção do Ministério Público, audiência, depois de um longo tempo à espera da criança desejada e a expectativa de vir, ou não, a ser autorizada a adoção: vários casais costumam dizer *"Parece que estamos cometendo um crime"*.

Ao lado das diversas formas, mesmo que ilegais, para colocação da criança em lar substituto, também se verificava a adoção internacional¹²⁹ feita em grande escala durante o final dos anos 1970 até o início dos 1990, com advogados designados como responsáveis pela "exportação" de crianças em ritmo industrial e mediação através de "cegonhas".¹³⁰

As "cegonhas" (apelido dado às pessoas – senhoras das classes dominantes, profissionais liberais, donas-de-casa ricas, freiras ou padres ligados a congregações religiosas, geralmente estruturadas em orfanatos ou creches e que desenvolviam o serviço de captação de crianças para doação e intermediavam as

¹²⁹ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le droit français de l'adoption internationale, in *RIDC – Revue Internationale de Droit Comparé*. vol. 42, 1990, p. 567; CHAMPENOIS-MARMIER, *Les données sociologiques générales*. Paris, Economica, 1986, p. 6.

¹³⁰ Informações a respeito do esquema de "cegonhas" no Brasil, ver: ABREU, Domingos. *No bico da cegonha*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2002; BARREIRA, C.. *Crimes por encomenda*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1998; BLOCH, F. e BUISSON, M.. *La circulation du don entre générations, ou comment reçoit-on?*. Paris, Communications n. 59, 1996.

adoções à brasileira e adoções internacionais), teciam uma rede de relações com profissionais da saúde (médicos, enfermeiras, assistentes sociais, etc.) que informavam quando aparecia uma mãe que não podia guardar o filho.¹³¹

Outra rede era desenvolvida entre mulheres de camadas populares (empregadas domésticas, manicuras, faxineiras, diaristas, etc.) que traziam as informações dos bairros onde moravam e em que vivia grande parte das mulheres que doam seus filhos.

Um outro canal de informações era desenvolvido junto às amigas da "cegonha", que ouviam dizer de empregadas domésticas que estavam grávidas e que tinham a opção de escolher entre o emprego e a criança, de forma que a "ajuda" permitia que a empregada doméstica pudesse dar ao filho um futuro melhor e, ainda, não precisava deixar o emprego.

As "cegonhas" se sentiam motivadas e mobilizadas para a missão, diante da alternativa posta pela mãe biológica: aborto ou adoção, sendo dada a conotação de salvação da criança.

¹³¹ TÓFILO, Daniela. "Roda dos expostos" recebia bebê rejeitado. *Folha de S.Paulo*, Memória da exclusão, in <http://www1.folha.uol.com.br>, acessado em 02.02.2006, registra que as mães colocavam seus bebês rejeitados em um cilindro oco que girava em torno do seu próprio eixo e tinha uma portinha voltada para a rua. Sem ser identificada, a mãe deixava seu bebê e rodava o cilindro por 180 graus, o que fazia a porta ficar voltada para o interior do prédio. Bastava a campainha soar para as freiras da Santa Casa terem certeza de que mais uma criança acabava de ser rejeitada. A primeira roda do país foi instalada no Rio de Janeiro, em 1730. Em São Paulo, a roda dos expostos foi instalada em 1825. Em 1944 teve início um debate para a extinção da roda em São Paulo e, após mais de cinco anos de discussão, foi decretado seu fim, sob o argumento de que era um "antiquado regime, incompatível com o regime social da nova era".

Tais "cegonhas" empenhavam-se na colocação das crianças em lares substitutos, tanto como "adoção à brasileira" ou "adoções prontas", como também para adoção internacional, ainda que houvesse necessidade de circulação da criança de uma casa a outra, durante certo tempo ou que culminasse em tráfico de menores.

Associando a todas as dificuldades e os riscos que permeiam a adoção, duas histórias também fizeram superar a inicial resistência ao tema estudado e convencer-me da viabilidade e conveniência de defender a adoção *intuitu personae* como forma regular e legal de adoção de menores, eficiente para evitar bagunças parentais ou sofrimentos profundos, perplexa com o rumo que tomaram: a do meu aluno Carlos e a do meu amigo Márcio que, com suas respectivas esposas, queriam adotar um filho, cujos desejos eram conhecidos pelas pessoas mais próximas.

O aluno Carlos buscou consertar questão juridicamente insolucionável. Tomando conhecimento de que uma gestante não pretendia maternar o bebê no seu ventre, Carlos e sua mulher prontificaram-se em prover o pré-natal e o parto, com expectativa de adotar a criança, qualquer que fosse o sexo e a saúde. Acompanhando nas visitas ao médico, por volta do sétimo mês de gestação perceberam que a gestante desenvolvera grande carinho ao bebê e, por isso, certamente não mais daria seu filho. Assim, mesmo provendo os pagamentos por caridade, Carlos e sua mulher não mais a acompanharam nas visitas ao médico, passando a procurar por outra criança recém-nascida, cuja mãe não conheceram e rapidamente adotaram à brasileira. Apenas quatro dias depois de efetivado, em seus

nomes, o registro de nascimento da menina adotada, o casal recebeu o menino nascido daquela gestante e, de igual forma, o adotaram à brasileira – oficialmente, Carlos e sua mulher, ambos loiros, são os felizes pais "biológicos" da menina negra e do menino mulato, com diferença de idade de quatro dias.

O amigo Márcio e sua mulher foram apresentados à parturiente, tão logo informados que a genitora, mãe de outros quatro filhos, disponibilizaria a filha recém-nascida à adoção, a quem ela se certificasse ter família bem estruturada e condições para criação. Após muita conversa, a mãe, no exercício do poder familiar, convenceu-se do acerto na escolha, condicionando a entrega da criança mediante documento do compromisso, previamente lavrado em Cartório de Notas. Seguiu-se o pedido judicial de guarda provisória e adoção *intuitu personae* subscrito pela mãe biológica, Márcio e sua mulher e, enquanto autuava-se o processo e o levasse à conclusão, a criança foi entregue à guarda de fato aos requerentes da adoção, com eles permanecendo cerca de dez dias com todas as suas necessidades supridas (mobília, enjoval, mamadeiras, esterilizadores, banheira, brinquedos...). Surpreendidos pelo mandado de busca e apreensão – o recurso interposto demorou quase um ano para ser julgado. Contra a vontade da mãe biológica, a criança foi conduzida à instituição, onde ficou por mais cinco meses, até que destinada a casal cadastrado que já possuía outros filhos, embora sem semelhança racial e sem apresentar as condições pela genitora desejadas, cujo paradeiro e êxito pós-adotivo hoje não se descobrem. Os amigos mais próximos puderam ter uma vaga noção do tamanho do sofrimento, nunca suplantado completamente.

3.2.1. ADOÇÃO "À BRASILEIRA"

Parece ser mais reconfortante à mãe biológica conhecer o destino da sua cria, ter um contato pessoal com o mediador ou com os pais adotivos, agindo pessoalmente para dar conta dos trâmites sem a intervenção do Estado.

Prática bastante comum, embora ilícita, é a entrega da criança pela própria mãe biológica diretamente a uma determinada pessoa ou família, direcionando a escolha do "adotante" do filho para fins de adoção à brasileira¹³², à semelhança da adoção *intuitu personae*; com a diferença de, nesta, ocorrer adoção legal, enquanto que, naquela, ocorre um crime.

Chamada "adoção à brasileira" ou "adoção direta", o adotante ou um dos pais adotivos, sem se submeter aos trâmites legais, vai diretamente ao cartório e registra a criança como filho biológico – ressalte-se que, neste caso, não há adoção, posto que se atribui a maternidade e/ou paternidade de filho de outrem, capitulada como crime¹³³.

¹³² Sobre adoção à brasileira: FONSECA, Cláudia. *Caminhos da adoção*, São Paulo, Editora Cortez, 1995; CHAVES, Antônio. *Adoção internacional e tráfico de crianças*. São Paulo, 1994, *cit.*; VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades & superstições, in *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 2. Porto Alegre, Síntese, jul.-set.1999; FACHIN, Edson Luiz. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte, Del Rey, 1996; VELOSO, Zeno. Negatória de paternidade: vício de consentimento, in *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 3. Porto Alegre, Síntese, out.-dez.1999; RICHER, Danielle. *Les enfants qui ne sont pas les miens: développements récents en droit familial*. Québec, Y von Blais, 1992.

¹³³ Código Penal, art. 242: "É crime contra o estado de filiação dar parto alheio como próprio, registrar como seu o filho de outrem, ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil" – pena: reclusão, de dois a seis anos. Parágrafo Único: "Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza, a detenção será de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena."

Antes da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, a "adoção simples" (Código de Menores) como a "adoção civil" (Código Civil) eram institutos que não garantiam ao filho adotivo os mesmos direitos do filho "legítimo" e mesmo as crianças adotadas de maneira "plena" corriam o risco de se verem discriminadas pelo fato de estar assentado em seu registro de filiação o termo "adotado" – fatores decisivos para que os pais adotivos optassem pela adoção "à brasileira", somados à burocracia e morosidade da Justiça, que ainda atualmente motivam tal opção.

Grande parte dos relatos a respeito indica que os próprios pais adotivos buscam a criança ainda na maternidade, com ajuda de amigos, enfermeiras, médicos, assistentes sociais do hospital onde a mãe biológica tem o bebê. É comum o adotante ir da maternidade diretamente para o cartório, a fim de assentar a criança como filho biológico e, não raramente, a própria pessoa que ajudou a pegar o bebê serve de testemunha de que a criança "nasceu de parto domiciliar".

Os casais que buscavam a filiação através da adoção legal, antes do ECA, sentiam receio de estar adotando um filho de "segunda categoria", porque boa parte das crianças adotadas descende de empregadas domésticas ou adolescentes com gestação precoce, impossibilitadas de ter uma família "como se deve", levando muitos casais a desejar esconder a origem biológica da criança, parecendo-lhes mais lógico, para vários deles, adotar "à brasileira".

Também ocorrem preconceitos oriundos da origem "moral" da criança: associação do menor abandonado a uma procedência imoral (prostituição, "sexo livre" ou o chamado "irresponsável", praticado por pais incapazes de assumir seus filhos) ou amoral (alcoolismo ou usuário de drogas); receio de que os outros, fora da família, possam crer que os aspectos morais são genéticos e possam "manchar" a criança adotada.

Com a entrada em vigor do ECA, já não há diferenças entre filhos biológicos e adotivos, fazendo com que os institutos da adoção legal sejam hoje mais utilizados do que antes; mas, ainda assim, para alguns juízes, segundo Domingos Abreu¹³⁴, a adoção à brasileira ocorre entre 90% a 80% do total de adoções, quantidade essa conferida em vários outros debates e pesquisas, apesar de os casais entrevistados nem sempre dizerem a verdade, uma vez que adotar desta forma é ilegal e passível de punição.

No mês de fevereiro de 1998, a Rede Cultura de Televisão realizou uma série de reportagens sobre adoção, notadamente "à brasileira" e os esquemas de percepção por parte do Poder Judiciário, relatadas as entrevistas dadas por diversos juízes, promotores e advogados: para os que não militam na área jurídica, parece haver uma grande confusão na aplicação da lei, conforme descreve o sociólogo Domingos Abreu¹³⁵.

¹³⁴ ABREU, Domingos. *No bico da cegonha - Histórias de adoção e da adoção internacional no Brasil*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2002, *cit.*, p. 40/42.

¹³⁵ ABREU, Domingos. *No bico da cegonha - Histórias de adoção e da adoção internacional no Brasil*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2002, *cit.*, p. 44/48.

A série de reportagens sobre adoções de crianças no Brasil deu ensejo a divergentes discussões, resultando revelador que os esquemas praticados, apesar de indiscutivelmente criminosos, não ter havido condenação penal, mormente sendo aplicado o perdão judicial, posto que tal crime é visto como uma ação para "apressar a adoção", sobretudo porque considerado um "ato nobre", "caridoso", motivado pelo "desejo de salvar criança".

Mesmo capitulada como crime, a prática ainda é muito utilizada na atualidade¹³⁶, não se admitindo a desconstituição da filiação instaurada com a "adoção à brasileira"¹³⁷:

"Adoção simulada. Anulação do Registro pleiteada pelo autor da simulação. Invocação da própria torpeza. Segurança das relações jurídicas e prestígio da boa-fé. Não pode alegar erro, capaz de ensejar a nulidade do registro de nascimento, quem, consciente e voluntariamente, registra como seu filho de outrem. A espontânea atribuição de paternidade a quem não é filho equipara-se à adoção, pelo que não pode ser revogada ao sabor das emoções. Pleitear a nulidade do registro por tal fundamento importa em invocar a própria torpeza, vedado pelo nosso Direito. Sentença reformada."

¹³⁶ COSTA, Cecília. *Os filhos do coração: adoção em camadas médias brasileiras*, tese de Doutorado em Antropologia Social, Museu Nacional, UFRJ, 1998, pág. 21: no Paraná, no final dos anos 1980, 29 das 51 adoções eram irregulares. WEBER, Lídia. *Laços de ternura*. Curitiba, Editora Santa Mônica, 1998, encontra dados semelhantes: 55% das quatrocentas famílias estudadas tinham adotado de maneira ilegal.

¹³⁷ TJRJ – AC 7269/94 – reg. 140895 – Cód. 94.001.07269 – Rio de Janeiro – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho – j. 23.05.1995. No mesmo sentido, Ac do TJRS, Ap. 70001177088 da 8ª Câmara Cív., rel. José Ataides Siqueira Trindade, j. 17.08.2000 ("*ADOÇÃO À BRASILEIRA - O reconhecimento espontâneo da paternidade daquele que, mesmo sabendo não ser o pai biológico, registra como sua filha da companheira, tipifica verdadeira adoção, irrevogável, descabendo posteriormente a pretensão anulatória do registro de nascimento.*") e Ap Cível 598300028 da 7ª Câmara Cív. do TJRS – Porto Alegre, rel. Maria Berenice Dias, j. 18.11.1998 ("*ADOÇÃO SIMULADA OU À BRASILEIRA – Descabe pretensão anulatória do registro de nascimento do filho da companheira, lavrado durante a vigência da união estável, já que o ato tipifica verdadeira adoção, que é irrevogável.*") – disponível em *CD Juris Síntese*. Porto Alegre, Síntese, n. 29, de ago.2001.

Cecília Costa conta que não era raro que candidatos à adoção no Brasil fossem aconselhados pelo próprio juiz a dispensar os serviços da Justiça, relatando que: "*Diversos pais adotivos entrevistados disseram ter ido ao Juizado e lá terem ouvido do juiz ou de algum técnico que 'adotar é complicado', que o 'mais fácil' era 'ir a um cartório e registrar a criança como filho'. Em algumas ocasiões, fui mesmo informada de casos de juízes que eram pais adotivos e que tinham adotado 'à brasileira'*".¹³⁸

Em verdade, busca-se, antes, esconder a origem adotiva do menor e driblar a burocracia e morosidade da justiça no Brasil, à sombra da lei. Outro complicador para aqueles que se lançam neste intróito é o fato de que, para todos os efeitos legais, não houve adoção: a criança foi registrada como filho biológico do casal, geralmente impossibilitando investigar a origem genética da criança.

A fraude, assim cometida, impossibilita conhecer a origem biológica e não raras vezes causa transtornos emocionais ao acolhido, apresentando-se como o maior problema e o mais grave ato atentatório aos direitos à dignidade pessoal e à personalidade. Pensamos que o regular processamento da adoção *intuitu personae* afastaria, por completo, os efeitos danosos e criminosos da adoção "à brasileira".

¹³⁸ COSTA, Cecília. *Os filhos do coração: adoção em camadas médias brasileiras*, tese de Doutorado em Antropologia Social, Museu Nacional, UFRJ, 1998, *cit.*, p. 88 e 111.

Não se verificou existência de adoções "à brasileira" por estrangeiros, pois necessitavam condições bastante peculiares que não despertassem suspeitas, principalmente quanto ao idioma e situação de parturiente, geralmente com idade superior a quarenta anos e num país estranho. Além disso, a entrada das crianças nos países europeus e norte-americanos necessita de uma grande produção documental – no entanto, este procedimento foi um dos mais invocados para indicar casos de tráfico de crianças.

3.2.2. ADOÇÃO "PRONTA"

A adoção *intuitu personae* tem, como principal característica, o direcionamento do menor ao adotante previamente selecionado geralmente pela mãe biológica, que defendemos ter legitimidade, interesse e competência para tanto, desde que não desprovida do poder familiar. Confere-se, pois, regularidade processual e legalidade da adoção.

A única semelhança entre adoção *intuitu personae* e adoção "pronta" é o direcionamento do menor ao adotante. As principais diferenças são o momento em que ocorre o direcionamento e a forma como se processam judicialmente.

Pacífico o entendimento jurisprudencial de prevalecer a filiação afetiva em detrimento da biológica¹³⁹, corrente o mesmo posicionamento na jurisprudência internacional¹⁴⁰.

As adoções "prontas" sempre foram feitas sem papéis que indicassem a origem da criança, como também não acompanhada de um termo de guarda. O procedimento comum entre brasileiros que desejam adotar uma criança, fazendo uso da Justiça, consiste em ir ao Juizado com a criança, dita abandonada, e pedir sua guarda para iniciar o processo de adoção oficialmente – até aqui, não há afronta à lei que a expressamente prevê e autoriza.

Na adoção internacional não é possível a adoção "pronta", já que a adoção de menores por estrangeiro exige que a criança esteja sob a responsabilidade do Estado ou *sub judice*, figurando no cadastro de menores postos à adoção. Exige-se, ainda, o prévio cadastro do pretendente e período de convivência assistida por profissionais técnicos designados, depois de verificado que não há interessados nacionais na adoção.

¹³⁹ Ilustrativamente: TJDF – Ap. Cível 23096, Ac. 13242, de 12.04.1999, Rel. João Mariosa ("*Menores separados da mãe biológica desde tenra idade. Forte vínculo afetivo entre menores e adotante ...*"); TJDF – EI 3832000, Ac. 135062, de 27.09.2000, Rel. Dácio Vieira ("*Entrega do menor pela mãe a família bem constituída. Situação que se repete com demais filhos. Convivência do menor há mais de cinco anos com a família substituta. Situação consolidada. Prevalência do bem-estar do menor.*")

¹⁴⁰ Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, julgado de 1º de junho de 1988, Boletim de Ministério da Justiça 378/740-752, jul.1988: "... o tratamento como filho envolve a reputação de filho ser. Um pai pode tratar um filho de muitos e variados modos: cuidar da alimentação, do vestuário e do calçado; proporcionar a instrução possível; procurar apagar as tristezas e colaborar nas alegrias (...) Dir-se-á que, em termos afectivos, dificilmente se encontrará expressão mais eloqüente de tratamento do que o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai."

A adoção pronta tem sido identificada como uma das formas de filiação sócio-afetiva, porque decorrente da posse do estado de filho, em que, de forma genérica, a criança permanece por longo período sob os cuidados da família adotante, antes que se busque a regularização da situação fática, conforme abordamos no subtítulo 1.3 (estado de filho afetivo).

As dúvidas se constroem sobre a forma como o advogado ou o candidato à adoção conseguiu a criança apresentada como "abandonada".

A lógica que move os mediadores das adoções prontas não é simples e unicamente econômica, não raro contando com o beneplácito das autoridades do próprio Judiciário, que sequer questionam, ao menos de longe, as histórias contadas pelos advogados e outros intermediários, comumente que a criança fora "abandonada na porta de sua casa" ou "encontrada numa caixinha" ou "encontrada na rua" ou "exposta na casa de um conhecido seu" e que este "não queria a criança".

Com histórias semelhantes, baseadas em mentiras ou fatos inconfessáveis, dá-se início à regularização mediante processo de adoção vinculando requerente e a criança "encontrada" ou "abandonada" – a adoção "pronta" caracteriza-se pelo fato de o menor não se encontrar, ainda, *sub judice* e não ser informada a sua origem, não se exigindo, pois, consentimento da mãe ou pai biológico para disponibilizar à adoção.

Toda regularização pressupõe a existência de uma situação ilegal, ou no mínimo incorreta, por estar baseada em mentiras ou omissões, como se enquadram a regularização adotiva das adoções "prontas" e das adoções afetivas, em que o Poder Judiciário não tem negado adoção ao requerente que, tendo a posse do adotando por alguns meses a anos, já se formou o vínculo de afetividade.

Daí porque defendemos ser legal e cabível, senão mais aconselhável a forma prevista para a adoção *intuitu personae*, uma vez que, nesta, não se valem de distorções ou até mentiras para justificar a escolha do adotante eleito pela mãe biológica, antecedendo à entrega do menor à família substituta. A entrega do menor ao adotante não ocorre antes de judicialmente autorizado, não necessitando de regularização de situação fática.

3.2.3. TRÁFICO DE MENORES

Iniciado o acolhimento irregular da criança ou do adolescente, tal procedimento, quando bem intencionado, visaria uma adoção "pronta" ou, na pior das hipóteses, o acolhimento pode não ter a intenção de adoção pelo próprio acolhedor ou de permanência definitiva; mas, sim, temporária estadia para posterior ou sucessivas transferências do menor a outra família ou destinando-o para finalidades ilícitas, caracterizado o tráfico.

O tráfico de criança envolvia advogado, "cegonha" e crecheira que, mediante recebimento de quantias pré-estabelecidas, culminavam na adoção

internacional irregular. A excessiva burocratização dos procedimentos que impediam a adoção legal ou inibiam vocações altruístas, fomentando a desconfiança das vias institucionais e aumentando a tentação de recorrer ao mercado ilícito de menores.¹⁴¹

A crecheira recebia a criança do advogado e supria-lhe as necessidades, mediante recebimento de remuneração, entre cinco a dez dólares diários por criança, realizando as funções de "mãe substituta" até o momento da adoção ou remessa.

Quando o juiz deferia o termo de guarda provisória para uma crecheira, esta ficava como uma babá ou enfermeira particular, tomando conta da criança, garantindo que lhe fossem ministrados cuidados médicos e alimentação normal. O casal de estrangeiros, previamente contatado pelo advogado, mandava, durante todo o tempo processual, uma ajuda de custos, mesmo sabendo que aquela criança poderia ser, ou não, destinada à adoção para outra pessoa ou casal nacional.

Muitos advogados, acostumados a contar com a simpatia dos juízes que não hesitavam em dar a guarda da criança, não esperavam que o juiz se

¹⁴¹ BOURDIEU, P.. *O poder simbólico*. Lisboa, Difel, 1989, p. 174/176; BOUCHART-GODARD. Comment reprendre à son compte la naissance, in *Dialogue* n. 118, 1992, p. 248; LOUX, Françoise. *Le jeune enfant et son corps dans la médecine traditionnelle*. Paris, Flammarion, 1978, p. 87/102; BLOCH, F. e BUISSON, M.. *La circulation du don entre générations, ou comment reçoit-on?*. Paris, Communications n. 59, 1996, *cit.*, p. 120; OUELLETTE, F. R. e SEGUIN, J.. *Adoption et redefinition contemporaine de l'enfant, de la famille et de la filiation*. Quebec, IQRC, 1994, *cit.*, p. 160.

pronunciasse e, descoberta uma criança, levavam-na para que fosse cuidada pela crecheira. Só em seguida comunicavam o fato ao juiz.¹⁴²

As doações em dinheiro às mães biológicas raramente são percebidas, mas em geral as "cegonhas", "crecheiras" e os advogados ("intermediários") nunca deixaram de encontrar uma contrapartida nestas operações, nisto incluindo-se outros valores, mesmo que simbólicos.

Inicialmente detectou-se que o primeiro estímulo da "cegonha" foi o prestígio que as pobres mulheres lhe dedicavam, ante a idéia de que "evitavam que um crime fosse cometido" (aborto), "salvando uma criança do abandono" ou da "miséria" a que ela estava destinada, além do trabalho "filantrópico" de "ajudar" a mãe biológica a dar uma família decente ao seu filho.

Algumas faziam viagens ao exterior para visitar seus "protegidos", recebidas com festas, pompa e uma série de deferências dignas de quem permitiu uma história parental. Recebiam, durante o ano, visitas, telefonemas, fotografias, presentes em todas as datas comemorativas, tanto dos pais adotivos como das crianças adotadas, que cresceram ensinadas a ter eterno agradecimento para com quem as tirou de um destino miserável. Por vezes, aceitam dinheiro, sob a

¹⁴² DROZ, Georges A.. Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé, in *Recueil des Cours*, t. 229, 1991, IV, p. 180. D'ARGENTINE, Adolfo Beria. Il valore sociogiuridico dell'adozione, in *Dir. Fam.*, v. XXI, 1992, p. 1195 cita, como exemplo, a prática brasileira.

desculpa de que tais valores permitirão a continuidade do nobre trabalho filantrópico da salvação.¹⁴³

Os altos lucros obtidos (cerca de cinco a dez mil dólares por criança remetida ao exterior, nos anos de maior trânsito – entre 1989 a 1994) pelos advogados arrebanhados para "agilizar" o processo de adoção são apenas um dos itens remunerados no tráfico de crianças.¹⁴⁴

Além dos honorários pagos ao advogado para "agilizar" e acompanhar o processo de adoção, havia corrupção dos funcionários de creches da FEBEM para que dessem tratamento "mais conveniente" à criança vinculada a processo de adoção internacional. Também não era raro o pagamento de propina ou o oferecimento de outras formas de "agrado" aos técnicos e serventuários da Justiça para "agilizar" ou "facilitar" o andamento do processo de adoção.

As crecheiras, que também recebiam remuneração, no mínimo variando entre cinco a dez dólares diários por criança cuidada, eram consideradas

¹⁴³ LOUX, Françoise. *Le jeune enfant et son corps dans la médecine traditionnelle*. Paris, Flammarion, 1978, *cit.*, p. 123; MOREL, M-F. L'entrée dans la parentalité. Approche historique, in SINGLY, F. (dir.), *La famille – L'état des savoirs*. Paris, La Découverte, 1991, p.117/118; BOURDIEU, P.. *O poder simbólico*. Lisboa, Difel, 1989, *cit.*, p. 181; OUELLETTE, F. R. e SEGUIN, J.. *Adoption et redefinition contemporaine de l'enfant, de la famille et de la filiation*. Quebec, IQRC, 1994, *cit.*, p. 108.

¹⁴⁴ *Diário do Nordeste*, edição de 26/02/88: "Federais prendem casal que traficava crianças para o exterior - Cada recém-nascido era exportado por US\$ 10 mil. Uma gangue de traficantes de crianças foi "estourada", ontem à tarde, pela Polícia Federal. (...) Quatro crianças, todas com menos de um mês de nascimento, foram recuperadas pelos agentes da Polícia Federal. Além do casal, há ainda, cinco mulheres, sendo que duas são advogadas que tratam da legalização das crianças junto ao Juizado de menores."; *O povo*, edição de 17/10/88: "Uma crecheira explica o que faz após ser descoberta com cinco crianças em sua casa: 'A minha participação no caso é apenas cuidar dos bebês e todas as despesas são pagas pela advogada". Quanto ao termo de guarda, a crecheira explica que já pedira à advogada e 'Ela me prometeu que trazia o documento mas até agora não recebi'."; ABREU, Domingos. *No bico da cegonha - Histórias de adoção e da adoção internacional no Brasil*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2002, *cit.*, p. 69/70.

co-responsáveis pelo tráfico de crianças e suas casas eram conhecidas como "casas de engorda" por policiais e repórteres.

Quando as primeiras acusações de irregularidades na adoção internacional começaram a emergir, descobriu-se que processos de adoção internacional "misteriosamente" desapareceram, que haviam processos "rasurados", outros "recheados de montagens" nas datas e assinaturas, segundo a Polícia Federal¹⁴⁵.

O livro de cargas dos autos não se encontrava no Cartório do juizado, que havia "facilidade de substituição de menores nas adoções por estrangeiros", irregularidade na elaboração e publicação de editais, para citar apenas alguns dos itens do relatório da correição feita pelo Tribunal de Justiça do Ceará na Comarca de Fortaleza.

Tais irregularidades eram mais cometidas pelo fato de as adoções internacionais necessitarem de um caráter de legalidade que as obriga a serem transitadas e julgadas pelo Poder Público, produzindo documentos – é exatamente o aumento da produção de documentos que acarreta um maior número de irregularidades, geralmente, vinculado o tráfico de crianças às adoções internacionais, em razão de os menores serem remetidos ao exterior, embora o tráfico de influências fosse verificado tanto nas adoções internacionais como nas adoções prontas.¹⁴⁶

¹⁴⁵ *Diário do Nordeste*, edição de 16.01.1991.

¹⁴⁶ ABREU, Domingos. *No bico da cegonha - Histórias de adoção e da adoção internacional no Brasil*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2002, *cit.*, p.92.

De toda forma, tratava-se de um verdadeiro mercado. Os abusos existem, tanto na adoção nacional como na internacional.¹⁴⁷

O tráfico de crianças destinava-as não só à adoção propriamente dita, com a nobre finalidade de firmar laços de afetividade, vínculos de cuidados e atenções entre pais e filho, mas também servia para atender outros objetivos escusos – a preocupação maior deve residir na destinação de crianças à prostituição, ao trabalho escravo ou à extração de órgãos para transplante.

Para combater as situações de rapto e de comércio de crianças, bem como a imigração clandestina, os Estados introduziram regulamentações pormenorizadas de natureza administrativa, fixando as condições de acesso ou de saída das crianças.

A preocupação dos Estados em garantir a identidade cultural do adotando¹⁴⁸ é manifestada como um forte impedimento à adoção internacional e tem levado até mesmo à celebração de acordos bilaterais (v.g., entre a Suécia e o

¹⁴⁷ POSNER, Richard A.. The regulation of the market in adoptions, in *Child Law (Parent, child and State)*. Ed. Harry D. Krause, Aldershot/ Hong Kong/ Singapore/ Sidney: Dartmouth, 1992, p.303/316 (publicado inicialmente na Boston University Law Review, v. 67, 1987, p. 59/72): "A utilização da lei da oferta e da procura em matéria de adoção, embora o sabor economicista possa chocar, não deixa de constituir uma linguagem expressiva e de marcar o discurso de alguns sociólogos e juristas." (tradução livre da autora).

¹⁴⁸ SAMTLEBEN, Jürgen. Neue interamerikanische konventionen zum Internationalen Privatrecht, in *RabelsZ*, vol. 56, 1992, p.12, nota 66; JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne – Cours général de droit international privé, in *Recueil des Cours*, t. 252, 1995, p. 49; BOULANGER, François. *Droit civil de la famille*. Paris, Economica, t. 1 (Aspects internes et internationaux), 2^a éd., 1992; t. 2 (Aspects comparatifs et internationaux), 1994, *cit.*, p. 208 e 217.

Equador) com o objetivo de obrigar os adotantes a manter o *modus vivendi* de origem das crianças.

Com a ratificação da Convenção de Haia¹⁴⁹ e a legislação brasileira mais rígida, buscou-se inibir as adoções internacionais, embora casais estrangeiros, menos exigentes que os brasileiros, geralmente são a última esperança para crianças com necessidades especiais.¹⁵⁰

Pesquisa aponta que a tradição de adoção nacional privilegia os recém-nascidos (71%), com preferência para brancos (73%) e saudáveis (99%) – os menores que não se encaixam neste perfil acabam sendo criados em instituições, caso não adotados por casais estrangeiros, em cujo *ranking* figura o Estado do Rio de Janeiro nas adoções internacionais em 2004.

A adoção por estrangeiros passou a ser medida excepcional (ECA, art.31) – o interesse da criança é definido pelo legislador como sendo permanecer no Brasil. Portanto, a adoção por estrangeiros é admitida unicamente quando a criança não é desejada por nenhum brasileiro, devendo ser exaustivamente confirmada a negativa de candidatos nacionais inscritos no cadastro de adotantes antes de destinar a criança ou o adolescente à adoção internacional.

¹⁴⁹ Os Decretos 3.087 e 3.174 regulamentaram a adoção internacional, instituindo a Autoridade Central Federal no âmbito da Secretaria Especial de Direitos Humanos e criou o Conselho das Autoridades Centrais, do qual fazem parte os representantes dos Tribunais de Justiça dos 27 Estados-Membros.

¹⁵⁰ CIMIERI, Fabiana. Adoções estrangeiras caem 46%, in jornal *O Estado de S.Paulo*, Vida&, edição de 16 de janeiro de 2005. CARRANCA, Adriana. Secretaria registra um caso a cada 32 horas em São Paulo, in jornal *O Estado de S.Paulo*, Caderno Cidades/Metrópole, p. C8, informa que “No Brasil, o número de adoções por estrangeiros aumentou 22% entre 2003 e 2004, quando totalizou 482, a maioria por italianos – não há dados de 2005”.

Ainda que a adoção internacional seja uma medida excepcional, apenas admitida quando não hajam interessados nacionais, é expressiva a quantidade de adoções internacionais efetivadas nos países desenvolvidos, mesmo que constatada a redução da quantidade de adoções internacionais realizadas no Brasil.¹⁵¹

Na França, mais da metade das adoções foram de crianças estrangeiras, originárias, sobretudo do Brasil, da Coréia, de Madagascar, da Colômbia e da Índia; enquanto a Suécia adota cerca de 1.500 crianças estrangeiras por ano, havendo, até 1986, 25.000 crianças estrangeiras adotadas. Nos Estados Unidos foram adotadas 5.074 crianças sul-americanas entre 1976 e 1981.¹⁵²

Aponta-se Alemanha, Austrália, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Finlândia, França, Itália, Países Baixos, Reino Unido e Suíça como países de acolhimento de crianças estrangeiras. O Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Haiti, Índia, Paraguai, Filipinas, Polônia e Sri Lanka figuram como países de origem, de onde provém crianças a serem adotadas.¹⁵³

¹⁵¹ SILVERMAN, Arnold. Nonrelative adoption in the United States: a brief survey, in *Adoption in worldwide perspective: a review of programs, policies and legislation in 14 countries*. Ed. By R.A.C. Hoksbergen, Berwyn/ Lisse: Swuets North America/ Seets & Zeitlinger B.V., 1986, p. 3; BOULANGER, François. *Droit civil de la famille*. Paris, Economica, t. 1 (Aspects internes et internationaux), 2ª éd., 1992; t. 2 (Aspects comparatifs et internationaux), 1994, p. 206; POISSON-DROCOURT, Elisabeth. L'adoption internationale, in *Revue Critique*, vol. 76, 1987, p. 676.

¹⁵² ANDERSSON, Gunilla. The adopting and adopted swedes an their contemporary society, in *Adoption in worldwide perspective: a review of programs, policies and legislation in 14 countries*. Berwyn/ Lisse, Ed. by R.A.C. Hoksbergen, Swets North America/ Swets & Zeitlinger B. V., 1986, p. 33.

¹⁵³ Federación Internacional Terre des Hommes, Servicio Social Internacional – Defensa de los Niños, in *Resultados preliminares de una investigación conjunta sobre adopciones inaternacionales independientes*", relatório in <http://www.iin.oea.org>, Internet, acessado em 15.10.2005, aborda os procedimentos e os riscos da adoção internacional efetuada através de agências independentes, incluindo-se os contatos através de pessoas não credenciadas.

Os dados coletados no Brasil informam que, como os brasileiros preferem crianças de cor branca, recém-nascidas e saudáveis. As crianças destinadas à adoção internacional são as de cor negra ou parda, mais velhas (entre 4 a 16 anos de idade) e, com menos incidência as que apresentam necessidades especiais, como deficiência física ou saúde frágil.

A justificativa da grande procura de crianças para serem adotadas reside no baixo índice de natalidade nos países mais desenvolvidos, decorrente de vários fatores, principalmente a concorrência econômica que determina a participação feminina no mercado de trabalho cada vez mais cedo e os casamentos ou uniões ocorrerem em idade mais avançada, fazendo com que a gravidez não seja indicada por oferecer maior risco.

Paradoxalmente, é a mesma concorrência econômica, bem como os avanços científicos, que determinam o crescimento do país, partindo da premissa que a criança é o futuro da nação, fundamental para assegurar o constante fornecimento de recursos humanos.

A tendência internacional, principalmente por parte de países ricos, é buscar o ingresso também de jovens estrangeiros, preferentemente com intenção de permanência ou obtenção daquela naturalização, valendo até estimular intercâmbio estudantil e para estágios, oferecer incentivos financeiros e outras vantagens atrativas, considerada a expectativa de que parte dessas crianças,

adolescentes e jovens serem, num futuro próximo, a representação do poderio da nação em todos os aspectos – econômico, científico e de pesquisas, esportes, etc.

Daí porque as nações ricas buscam, por meio de convenções e legislações internas, facilitar a adoção internacional¹⁵⁴ e incrementar a nacional, visando o maior ingresso de crianças e adolescentes, a fim de garantir a continuidade de suas sociedades e alavancar o desenvolvimento.

Por outro lado, os países em desenvolvimento apresentam outra realidade: alto índice de natalidade, alcançando a gravidez na adolescência, grande número de menores disponibilizados à adoção, aliado ao poder aquisitivo menor e deficiente distribuição de renda.

A adoção *intuitu personae* pode apresentar-se como mais uma forma para combater o tráfico de menores ante à prévia indicação e destinação da criança ou do adolescente ao adotante eleito. De outro lado, instiga-nos refletir sobre a conveniência de se incentivar mais a adoção por nacionais, admitindo também a adoção *intuitu personae*, em preferência à adoção internacional, já preparando

¹⁵⁴ VERCELLONE, Paolo. As novas famílias, in *Scientia*, tomo XXXIX, 1990, p. 140 afirma que "Falar de adoção internacional é um eufemismo; é mais claro falar de adoção de crianças do sul do mundo por casais estéreis do norte.". Objetivando facilitar a adoção internacional, os países ricos propugnam a descodificação do DIP – Direito Internacional Privado, flexibilização para solução de conflito de leis materiais e convicção da necessidade de considerar as situações internacionais de forma adequadamente diversa – neste sentido: WENGLER, Wilhelm. L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable, in *Revue Critique*, v. 79, 1990, p. 657; LÜDERITZ, Alexander. *Hauptfragen internationalen adoptionsrechts. Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag*. Berlim/New York, Walter de Gruyter, 1979, p. 600; VASSILAKAKIS, Evangelos. *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*. Paris, LGDJ, 1987, p. 134 e 183; HAY, Peter. Flexibility versus predictability an uniformity in choice of law. Reflections on current European and United States conflicts law, in *Recueil des Cours*, t. 226, 1991, p. 291.

estratégias para conservação das crianças no território nacional, a exemplo do que acontece nos países ricos e desenvolvidos.

3.2.4. CIRCULAÇÃO DE CRIANÇA

A estadia temporária para posterior adoção é uma das nuances verificadas no tráfico de menores; entretanto, quando o acolhimento temporário e precário for, desde o início, sem a clara intenção de posterior adoção, identifica-se a circulação de crianças, que não se confunde com a colocação legal em família substituta¹⁵⁵, nem com o abrigo em entidade¹⁵⁶.

A circulação de crianças é a transferência temporária e parcial de direitos e deveres paternos entre um adulto e outro. Trata-se de prática completamente à margem da lei, mas integrada aos costumes e valores especialmente nas classes populares brasileiras, mais comumente verificado em direção a ascendentes e colaterais (avós ou tios, a quem a guarda informal da criança é confiada) ou a vizinho ou amigo próximo, quando a capacidade de sobrevivência se apresenta ameaçada, chamados de "pais de criação".¹⁵⁷

¹⁵⁵ ECA, art.101, VIII – a colocação em família substituta se faz mediante guarda, tutela ou adoção.

¹⁵⁶ ECA, art.101, VII e Parágrafo Único: "O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade."

¹⁵⁷ MALDONADO, Maria Tereza. *Os caminhos do coração: pais e filhos adotivos*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2ª ed., 1995, p. 26; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família – uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p. 62/63; BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Novos contornos do direito de filiação: a dimensão afetiva das relações parentais, in Revista *Ajuris* 78/243, julho de 2000, *cit.*, p. 240; BANDINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1985, p. 367; NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo, Memória Jurídica, 2001, *cit.*, p. 87/92.

Essa transferência não impede as expectativas da mãe biológica de uma eventual restituição da criança, quando sua situação material melhorar, legitimamente argumentado que não se confunde com adoção legal, que é definitiva e traz em si direitos e deveres entre pais e filhos adotivos, regulamentados por lei, além da idéia de que "mãe é uma só".

Contudo, a devolução do "filho de criação" pode trazer resistência por parte de quem se empenhou em criá-lo, tendo as alianças tecidas e reativados os laços de afeto e solidariedade, geralmente contra-argumentando que "mãe é quem cria",¹⁵⁸ já que estes colaboraram ou até mesmo substituíram o pai ou a mãe biológica nas funções paterna e materna, argumentos semelhantes aos apresentados na posse do estado de filho ou filiação afetiva, apesar de não poderem ser confundidos.

Entendida como mera circulação de crianças, situação em que as crianças com família menos abastada passam de uma família estranha para outra, servindo-se provisoriamente dos cuidados que lhe possam dispensar, até quando possível e, assim, sucessivamente, aguardando uma oportunidade em que sua família biológica tenha condições de resgatá-la, também é utilizada para estabelecer alianças sociais, políticas e econômicas.

Não é incomum, no interior do Brasil, que as famílias mais pobres estabeleçam uma relação de clientela com seus senhorios ou, simplesmente,

¹⁵⁸ FONSECA, Cláudia. *Caminhos da adoção*. São Paulo, Ed. Cortez, 1995, *cit.*, p. 33/37.

com conhecidos mais prósperos, mandando uma criança em idade escolar para trabalhar como babá, ajudante ou empregada doméstica, em troca de casa, comida e algum tipo de instrução.

Márcia Pivatto registrou um aumento na proporção de crianças em circulação na última década – o volume saltou de 3,1 milhões (6,5% dos jovens brasileiros até 14 anos) em 1996 para 3,3 milhões (7,1%) em 1999 no Brasil.

As indicações dos dados estatísticos, os novos padrões de uniões e fecundidades encontradas (aumento de divórcios, de uniões consensuais e da precocidade da maternidade) estão entre os principais motivos pelos quais a criança deixa de morar com sua mãe e perde o contato com a família de origem, fazendo previsão de que, para os próximos anos, haverá substancial aumento da proporção de crianças em circulação.

Por isso, a autora defende mudanças na lei sobre adoção, capazes de responder ao fenômeno de circulação de crianças, sugerindo o *fosterage*, comum nos Estados Unidos e Canadá, em que uma criança fica legalmente poucos dias ou semanas, ou até mesmo dois ou três anos, com pais substitutos, enquanto seus pais naturais resolvem problemas familiares que os impedem momentaneamente de criar seus filhos, ante a semelhança que a circulação de crianças, no Brasil, apresenta com o instituto legal que os antropólogos ingleses chamam de *fosterage*.¹⁵⁹

¹⁵⁹ SERRA, Márcia Milena Pivatto. *O Brasil de muitas mães*, tese para doutoramento defendida perante o Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UNICAMP, Internet, disponível em www.unicamp.br, acessado em 10.03.2004.

A despeito de a criança ser criada por outra ou por várias famílias diversas da de sua origem genealógica, permitindo que a mãe biológica pretenda a restituição, não só da criança, mas de todos os direitos inerentes da filiação, a circulação de crianças não se confunde com o *fosterage*, com a pluriparentalidade ou multiparentalidade.

Estas últimas possuem conotação absolutamente legal, após regularmente reconhecida¹⁶⁰ nos países em que o debate já se iniciou, admitido legalmente a possibilidade de a criança ter mais de uma família, ligando-se tanto à família biológica como à adotiva.

A crítica quanto à circulação de crianças não reside no fato de haver transferência temporária das crianças em situações peculiares, fazendo com que não haja estabilidade familiar ou educacional, em decorrência das sucessivas mudanças de casas, já que as crianças podem constituir relações em torno do qual novas alianças são tecidas, adquirindo ou reativando laços de amizade e solidariedade durante os períodos em que se submete à circulação, até que os pais biológicos possam resgatá-los.

¹⁶⁰ FLAUSS-DIEM, Jaqueline. Anglaterra – L'adoption dans les principales législations européennes (études de droit interne et de droit international privé), I – Droit interne, in *RIDC – Revue Hellénique de Droit Comparé*, vol. 37, 1985, p. 539; BROMLEY, P. M., *Droits et devoirs des parents à l'égard de leurs enfants, Mariage et famille en question (l'évolution contemporaine du droit anglais)*, sous la direction de Schwarz-Liebermann von Wanhendorf. Paris, CNRS, 1979, p. 125. No Brasil, há previsão, pendente de aprovação pelo Congresso Nacional, de pluriparentalidade no Projeto de Lei de 2003, incluindo o art.154-A, no ECA..

Ao contrário, sem hipocrisias ou negativa da realidade, é conveniente que a situação fática seja legalizada, fazendo com que a transferência temporária e parcial de direitos e deveres paternos a outro adulto¹⁶¹ consista em responsabilidade dos pais biológicos pela colocação em lares substitutos previamente indicado ou *intuitu personae*, objetivando a manutenção da vida dos filhos, ao mesmo tempo em que se define e estabelece as obrigações daquele que aceita o munus de cuidar e educar filho alheio: a transferência haveria de ser efetivada de forma transparente, acompanhada e homologada pelo Poder Judiciário, tal como se propõe para a adoção *intuitu personae*.

3.2.5. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAIS HOMOSSEXUAIS

Defendemos o cabimento da adoção *intuitu personae*, permitindo que a mãe biológica, no exercício do poder familiar, possa escolher o adotante que entenda melhor possa substituí-la e oferecer, ao filho, condições de atingir seus prioritários interesses, também sob o aspecto cultural e princípios considerados importantes, incluindo-se a criação do menor por casal conforme sua própria opção sexual.

¹⁶¹ FONSECA, Cláudia. *Caminhos da adoção*. São Paulo, Ed. Cortez, 1995, *cit.*, p. 33.

Com a aprovação, pela Câmara dos Deputados, no dia 30 de junho de 2005, da Lei que permite o casamento entre homossexuais¹⁶², também se legaliza a adoção de menores por casais gays, lésbicas ou transexuais na Espanha.

A aprovação da lei altera a redação do artigo 44, do Código Civil espanhol, trazendo, nas Disposições Adicionais da referida lei, que *"Las disposiciones legales que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes"*, implicando dizer que os dezesseis artigos do Código Civil relacionados à família e à filiação devem ter a linguagem adequada, de maneira que, onde se diz *"marido"*, *"mujer"*, *"padre"* ou *"madre"*, dir-se-á *"cónyuge"* ou *"progenitor"*.¹⁶³

Os parlamentares favoráveis ao casamento entre homossexuais argumentaram que a permissão legal *"amplia as oportunidades de felicidad"*, *"restaura a dignidade e restitui a libertad"* dos homossexuais e *"por ser gay, lésbica ou transexual não se é nem mais nem menos capaz de formar uma familia"*.¹⁶⁴

O STC – Superior Tribunal Constitucional tem afirmado que as relações sexuais integram o âmbito da intimidade pessoal consagrado no artigo 18,

¹⁶² Pessoas do mesmo sexo é uma expressão mais ampla que homossexual: LEROY-FORGEOT, Flora. MÉCARY, Caroline. *Le couple homosexuel et le droit*. Paris, Editions Odile Jacob, 2001, p. 10.

¹⁶³ Código Civil espanhol, artículo 44: "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo." (parte final com redação dada pela lei aprovada em 30.06.2005). A polêmica proposta de lei foi aprovada, no Congresso Espanhol, com 187 votos a favor, 147 contra e 4 abstenções, com acirrados debates.

¹⁶⁴ BRUER, John T.. *The Myth of the first three years*. [s.l.], The Free Press, 1999, p.39.

da Constituição espanhola, protegendo-as das intromissões consistentes na divulgação não consentida dos fatos que envolvem a intimidade, bem como protegendo as relações íntimas das ingerências alheias¹⁶⁵; que o direito à intimidade limita a intervenção de outras pessoas e dos poderes públicos na vida privada¹⁶⁶; não as situando fora do conteúdo do direito à intimidade pessoal, embora estas condutas íntimas tenham transcendência externa e a ingerência possa estar justificada, em razão de caráter geral, a restrições dos direitos fundamentais¹⁶⁷.

Os que sustentaram vedar o casamento entre pessoas do mesmo sexo e, conseqüentemente, proibir a adoção de crianças e adolescentes por casais homossexuais, argumentaram ser *"aberrante e contra a natureza"*, que *"crianças, que vivem em lares formados por gays e por lésbicas, estão desprotegidas e discriminadas"*.

A deputada Ana Torme não concentrou seu discurso no conteúdo da lei espanhola, mas em sua tramitação: *"Tudo é prática e oportunismo. Não podiam permitir que legislásemos entre todos, aprovar a lei apesar da*

¹⁶⁵ STC 231/1988

¹⁶⁶ STC 117/1994; STC 222/1994 (*"al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional (art.32.1) que genera ope legis una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990)"*)

¹⁶⁷ STC 151/1997 – avalizada pela jurisprudência do TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no sentido de que a exclusão do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo não implica violação do artigo 12 do Convênio de Roma que, ao garantir o direito de casar-se, se refere ao conceito tradicional de matrimônio entre duas pessoas de distinto sexo.

*oposição do Senado, dos relatórios do Conselho de Estado, Conselho Geral do Poder Judiciário e da Academia de Jurisprudência.*¹⁶⁸

A Bélgica legalizou o casamento homossexual, contudo proíbe que esse casal pleiteie a adoção de crianças¹⁶⁹. Não admitindo o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, mas permitindo uma parceria registrada, as leis dinamarquesa, norueguesa e sueca expressamente afastaram a possibilidade de uma adoção conjunta pelos casais homossexuais¹⁷⁰.

Nos países com legislação mais permissiva¹⁷¹:

- a) Holanda reconheceu, em 2000, o direito ao matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, permitindo a adoção por casais homossexuais, mas somente dentro do país.
- b) A Alemanha contempla a adoção de filhos havidos em matrimônios heterossexuais anteriores do outro membro do casal e dos que nasçam

¹⁶⁸ DOUGLAS, G. The family and the state under the European Convention of human rights, in *International Journal of law and the family*, 1988, nº 1, p. 84; VELU, J. e ERGEC, R.. *La Convención Européenne des droits de l'homme*. Bruxelles, Brylant, 1990, nº 670/671; CORNEAU, Guy. *Pai ausente, filho carente. O que aconteceu com os homens?*. São Paulo, Ed. Brasiliense, 1997, p. 23/26; BENITO, Emilio de. Gays já podem casar e adotar filhos na Espanha, in jornal *El Pais*, Internet, disponível em <http://www.elpais.es/articulo>, acessado em 01.07.2005.

¹⁶⁹ Lei do Matrimônio de Homossexuais, de 2003 - Bélgica.

¹⁷⁰ Respectivamente: Lei de 7 de junho de 1989, art. 4º; Lei de 30 de abril de 1993, art. 4º; Lei de 1995. Posicionam-se contrariamente à adoção de menores por casais homossexuais: Assembléia Parlamentar do Conselho de Europa. *Por um respeito dos direitos da criança na adoção internacional*, de 26.01.2000; Serviço Social Internacional. *Os direitos da criança na adoção nacional e internacional. Fundamentos éticos. Orientações para a prática*. Genebra, novembro de 1999, p. 11; CASSIERS, L.. *Le vécu de l'adoption*. Bruxelles, Storia Scientia, 1990, p. 22; HALMOS, C.. L'adoption par des couples homosexuels: et l'enfant. *Psychologie*, maio de 1999, p. 26/31.

¹⁷¹ Comisión Permanente del Consejo de Estado. *Texto del Dictamen*. Internet, <http://www.codogo-civil.net>, acessado em 22.04.2005.

durante a união, fruto de inseminação artificial, mas não admite outra forma de adoção conjunta.¹⁷²

c) Na Dinamarca se restringe à possibilidade de adoção de filho do consorte do mesmo sexo.

d) Na Inglaterra, os homossexuais podem adotar a título individual, independentemente se vivem ou não em união homossexual.

e) Nos Estados Unidos, apenas no Estado de Vermont, mediante a Lei de abril de 2000, reconheceu a união civil para casais homossexuais e outorga, expressamente, o direito à adoção conjunta, no capítulo correspondente aos benefícios, proteções e responsabilidades das partes de uma união civil.

Mesmo aprovada a nova lei, na Espanha ainda há fervorosos movimentos contra a legalização do casamento entre homossexuais e a adoção de menores por eles¹⁷³.

Este entendimento coaduna com o tradicionalmente difundido na maioria das sociedades, no sentido de que o convívio da criança com casal, cujos

¹⁷² A Alemanha reconhece a união ou sociedade entre pessoas do mesmo sexo, mas não autoriza a adoção de menores pelos conviventes, cf. Lei de Comunidade Registrada de Vida, de 2000. O mesmo ocorre na França, cf. Lei de Pacto Civil de Solidariedade, de 1999.

¹⁷³ NOGUEIRA, Mari Carmen. Direitos Civis – Protesto contra casamento homossexual é o primeiro promovido pela igreja em 20 anos – Igreja reage a união gay na Espanha, in jornal *Folha de S.Paulo*, Mundo, de 19.06.2005, pág. A25, publica fotografia sob a legenda "Manifestantes em Madri carregam faixa contra união gay na qual se lê: É a família que importa". COONTZ, Stephanie. A revolução heterossexual, in jornal *O Estado de S.Paulo*, edição de 10.07.2005, pág. Vida& A27 noticia "Protestos – Na Espanha, manifestantes condena união homossexual", com fotografia de cartaz "Matrimonio = hombre y mujer"; destacando-se do texto que "A última semana foi dura para os oponentes do casamento gay. Primeiro, os canadenses e, depois, os espanhóis votaram por sua legalização, mobilizando os conservadores americanos a renovar seu pedido por uma emenda constitucional banindo esse tipo de casamento nos Estados Unidos."; LAMMERANT, Isabelle. *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*. Bruxelles, Bruylant/ Paris, L.G.D.J., 2001, *cit.*, p. 177; FERNANDES, Taísa ribeiro. *Uniões homossexuais (Efeitos jurídicos)*. São Paulo, Método, 2004, p. 115.

integrantes sejam do mesmo sexo, gera conseqüências semelhantes a verificadas quando há ruptura do casamento ou união entre pessoas de sexos opostos¹⁷⁴, quais sejam:

- de 0 a 5 anos a criança tende a ter medo, confusão, auto-acusação e pobreza na expressão, comumente assumindo a culpa pelo resultado da relação entre os adultos;
- depois dos 6 anos há constrangimento, vergonha, sentimento de solidão e abandono que, na adolescência, ficam exacerbados a cada mudança que intervêm na vida social, apresentando dificuldade de enfrentar os obstáculos emocionais, manifestações somáticas e comportamentais diversos;
- a partir dos 21 anos de idade, a proporção de filhos que não estudavam ou que já tinham cometido delito é maior nas famílias não bem estruturadas ou não formadas de relação triangular que envolvem pai, mãe e o filho como essencial à formação psicológica do filho.

Entretanto, a legalização do matrimônio e adoção de menores por casais homossexuais parece ganhar força, com reflexos mundiais.¹⁷⁵ A partir da aprovação do casamento entre homossexuais na Espanha, renovam-se

¹⁷⁴ WALDSWORTH, Michael, MACLEAN, Mavis, KUH, Diana e RODGERS, Bryan. Children of divorced and separated families: Summary and review of finding from a long-term follow-up study in the UK, in *Family Practice*, vol. 7, nº 1, Oxford University Press, 1990, p. 104/109; WALLERSTEIN, Judith S. e KELLY, Joan B.. *Surviving the breakup*. New York, Basic Books, 1980, p. 21 e 96/107; BLAKESLEE, Sandra. *Men, women and children: a decade after divorce*. Traduzido por Elizabeth Larrabure Costa Correa. São Paulo, Ed. Saraiva, 1991, p. 21. Em especial, ver: SOROSKY, A. D., BARAN, A. E PANNOR, R.. *The adoption triangle, sealed or opened record: how they affect adoptees, birth parents and adoptive parentes*. New York, Anchor Books, 1984; LEROY-FORGEOT, Flora, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*. Paris, PUF, 1997.

¹⁷⁵ COONTZ, Stephanie. A revolução heterossexual, in jornal *O Estado de S.Paulo*, Opinião – The New York Times, edição de 10.07.2005, pág. Vida& A27; LLOSA, Mario Vargas. O casamento homossexual, in jornal *O Estado de S.Paulo*, edição de 03.07.2005, pág. Vida& A23.

reivindicações de casais gays e lésbicos em outros países, como vem ocorrendo na França e nos Estados Unidos para seguirem as mesmas diretrizes traçadas anteriormente na Holanda, na Bélgica e no Canadá, que autorizaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Com a legalização do casamento entre homossexuais, conseqüentemente reivindicam-se seja autorizada a adoção de menores por casais homossexuais¹⁷⁶, porque os complexos procedimentos de procriação e as leis mais rígidas dificultam este sonho, conduzindo os casais homossexuais a utilizarem uma das cinco formas de famílias de pais homossexuais:

- 1) Os "ex-heteros" que tiveram filhos antes de viverem em casal homossexual (estes são cada vez menos numerosos);
- 2) Os casais de mulheres que beneficiaram de uma inseminação artificial com auxílio de um doador (proibida na Itália e na França, mas autorizada na Bélgica e na Holanda, mais próximos da França);
- 3) A paternidade compartilhada entre um casal de lésbicas e um casal de gays (a criança tem um pai e uma mãe biológicos e dois pais sociais);
- 4) A adoção por um dos membros do casal (nos países em que a legislação proíbe a adoção por casal homossexual, porém possível para um adotante solteiro);

¹⁷⁶ CHEMIN, Anne. Na França, fundar uma família é a nova exigência dos casais gays e lésbicos, in jornal *Lê Monde*, edição de 25.06.2005, Internet, <http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/lemonde>, acessado em 02.07.2005.

5) Casais de homens que recorrem a uma mãe de aluguel (prática proibida na França, porém autorizada na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos).

Nos Estados Unidos existe uma associação chamada COLAGE (*Children of Lesbian and Gays Everywhere*) que estima que a quantidade de filhos em lares homossexuais pode chegar a 14 milhões. Na Holanda, como na maior parte dos países europeus, há cerca de 5 milhões de crianças vivendo com homossexuais. Na França, estudos similares levados a cabo pela APGL (*Assotiation des Parents et Futur Parents Gays et Lesbiens*), em 1997, aponta que 7% dos *gays* e 11% das lésbicas são pais e mães. Na Alemanha, um milhão de homossexuais estão na mesma situação; enquanto no Canadá um terço das lésbicas e 10% dos *gays* possuem filhos.¹⁷⁷

Em todas as partes do mundo estão sendo estudados os efeitos da criação em lares homossexuais¹⁷⁸: incidência da orientação sexual dos pais ou das mães sobre os filhos, as diferenças de socialização e dos resultados escolares entre filhos de famílias hetero ou homossexuais, assimilação dos filhos com a

¹⁷⁷ ANÔNIMO. Los hijos de lesbianas y gays, in *Consideraciones sobre la familia*. Internet, <http://usuarios.lycos.es.carmela2>, acessado em 24.04.2005.

¹⁷⁸ MÉCARY, Caroline e LA PRADELLE, Géraud de. *Les droits des homosexuels*. Paris, PUF, 1997; BORRILLO, Daniel. *Homosexualités et droit*. Paris, PUF, 1998; TIN, Louis-Georges. *Homo – expression/répression – sexualités*. Paris, Stock, 2000; BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Da adoção, in *O novo Código Civil do direito de família*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos Editora, 2004. Sobre a evolução destes movimentos, ver, especialmente: Internacional Lesbian and Gay Association. *Second OLGA Pink Book*, 1985; *A global view of lesbian and gay liberation and oppression*. Utrecht, Interfacultaire Werkgroep homostudies, 1988; LAURITESSEN, John e THORSTAD, David. Les débuts du mouvement pour les droits des homosexuels, in *The early homosexual rights movement*. New York, Times Change Press, 1974; HOCQUENGHEM, Guy. *La dérive homosexuelle*. Paris, J-P Delarge, 1977; HOCQUENGHEM, Guy. *Race d'ep! Un siècle d'images de l'homosexualité*. Paris, Libres-Hallier, 1979.

identidade do gênero, conseqüências da ausência das figuras masculina e feminina juntas.

Em 1994, os Tribunais Supremos dos Estados Unidos encarregaram peritagem profissional, resultando apurado que a capacidade educativa das mães lésbicas podia ser maior que a dos pais heterossexuais¹⁷⁹, provavelmente porque as lésbicas, em sua maioria, chegam à maternidade após uma profunda reflexão sobre o tema e com grande consciência do que seus filhos necessitam para compensar a discriminação social – idêntica conclusão foi reconhecida pela Assembléia dos Estados Membros do Conselho da Europa no informe a respeito do assunto.

O Conselho Geral do Poder Judicial da Espanha tem suscitado a adequação dos estudos assim desenvolvidos, argumentando que a aprovação de regime jurídico das uniões homossexuais em algumas Comunidades Autônomas e em outras que têm projeto de lei em trâmite não implica, automaticamente, na aprovação da adoção de menores por casais homossexuais.

Em que pese a Resolução do Parlamento Europeu sobre "*a igualdade de direitos dos homossexuais e das lésbicas na Comunidade Européia*", de 1994, em que interessava a eliminação de obstáculos para ditas adoções, não é menos certo que o mesmo Parlamento aprovou em 14 de dezembro de 1994 a

¹⁷⁹ *Situación de los Gays y Lesbianas en los Estados Miembros del Consejo de Europa*, punto 48: "Han tenido lugar multitud de estudios en este sentido en los últimos veinticinco años. Ninguno ha podido determinar que el hecho de ser educado por padres homosexuales perjudique a esos niños ni que los padres homosexuales sean peores padres que los padres heterossexuales, ni que estos niños se vean expuestos a su vez a ser homosexuales."

Resolução sobre a proteção das famílias e unidades familiares ao final do Ano Internacional da Família, em que se descartou o parágrafo que pretendia incluir como família as uniões homossexuais¹⁸⁰, com numerosas análises que desaconselham a adoção no contexto de união homossexual do ponto de vista da conformação psicológica do menor¹⁸¹ – por exemplo, confusão da identidade sexual.

Neste sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH negou pedido de adoção conjunta por duas pessoas do mesmo sexo, fundamentando que *"não há discriminação em negar a uma pessoa homossexual a adoção de um menor, de forma que ante a falta de acordo acerca das conseqüências que para os menores possa comportar estas adoções, devem primar os direitos do menor em seu interesse superior"*.¹⁸²

Completando a linha desse raciocínio, o Conselho Geral do Poder Judicial da Espanha sugere mais reflexão para autorizar a adoção por casais homossexuais, pois não é prudente que a satisfação de um grupo minoritário implique que um instituto garantido, como é o matrimônio, perfeitamente delimitado em suas características jurídicas e que afeta a imensa maioria dos cidadãos, se

¹⁸⁰ Estudio del Consejo General del Poder Judicial sobre el matrimonio homosexual – DOCE C/18, de 23 de enero de 1995.

¹⁸¹ Segovia Arana, Grisolia, Mora, Polaino, Delgado, Castells y Portera, Asociación Española de Pediatría são os especialistas que analisaram o tema, cf. citação do *"Consejo de Estado sobre el proyecto de ley por la que se modifica el CC en materia del derecho a contraer matrimonio"*, publicado el Viernes 7 enero 2005, in <http://www.codigo-civil.net/blog>, acessado em 22.04.2005.

¹⁸² Sentença de 26 de fevereiro de 2002 (Fretté vs Francia).

altere, menosprezando um elemento substancial, como é a heterossexualidade, com as conseqüências que afetarão a formação de novos indivíduos.¹⁸³

O matrimônio entre pessoas homossexuais oferece sérias e fundadas dúvidas sobre sua constitucionalidade.¹⁸⁴ A possibilidade de que casais homossexuais adotem, implica em postergar o atendimento do interesse superior do menor, apresentando-se robustos os argumentos para que, em regulando o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, deveria excluir-se expressamente a adoção por esses casais.

No âmbito da adoção internacional, maioria na Europa, regida pelas normas de cada país de origem, destaca-se que nenhum dos países que mantém convênio com a Espanha permite a adoção por casais do mesmo sexo.

Independentemente da existência ou não de convênio bilateral, os dez principais países em número de adoções¹⁸⁵ proíbem a adoção de menores por casais homossexuais.

¹⁸³ JOSPIN, Lionel. Le Journal du Dimanche, 16 de mayo de 2004: "*a dualidade de sexos caracteriza nossa existência, é condição da procriação e, em conseqüência, continuidade da humanidade, ... estabelecida com relação a dois sexos.*"

¹⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1969, vol. 7, p. 366; OLIVEIRA, José Lamartine Correa de e MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. Curitiba, Juruá, 3ª ed., 2000, p. 215; AZEVEDO, Alvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. São Paulo, Jurídica Brasileira, 2001, p. 473; VELOSO, Zeno. *União estável*. Belém, Ed. Cejup, 1997, p. 78/79; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 17ª edição, 5º volume - Direito de família, 2002, *cit.*, p. 39/40.

¹⁸⁵ Rússia, China, Ucrânia, Colômbia, Bulgária, Bolívia, Etiópia, Índia, México e Peru representam 3.582 adoções, correspondente a 90% das adoções realizadas na Espanha durante o ano de 2004. Peru e Bolívia só admitem a adoção por casais heterossexuais, tanto em sua vertente civil como religiosa.

A Colômbia é o primeiro país ibero-americano em número de adoções internacionais na Espanha e é o único do continente que contempla a adoção quando o adotante tenha em união homossexual de fato, mas proíbe especificamente quando tal união esteja reconhecida, o que parece sem sentido ou, no mínimo, esvaziados os motivos dessa regulamentação, conquanto pouco importa se juridicamente houve reconhecimento da união homossexual, já que as conseqüências advêm do fato da convivência da criança em lar homossexual.

Ao largo das decisões favoráveis ao matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, proferidas pelo STC – Superior Tribunal Constitucional, os pronunciamentos do TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos não se dirigem à concepção do matrimônio que se dá, por suposto, por pessoas de sexos distintos pelo princípio da heterossexualidade do matrimônio.

O TEDH tem considerado os fatores relevantes para determinar o sexo de cada um dos membros que integram o matrimônio, tendo em conta, fundamentalmente, o elemento cromossômico, o fisiológico em torno do qual se produz a evolução jurisprudencial com atenção ao desenvolvimento científico e social, além do elemento psicológico necessário à filiação, sob estes aspectos negando a possibilidade de adoção conjunta por casais homossexuais.¹⁸⁶

¹⁸⁶ TEDH, Sentencia de 21 de diciembre de 1999, asunto Salgueiro da Silva Mouta: *"En el ámbito de las relaciones paterno-filiales, por una parte, la vulneración del Convenio en un caso en que se denegó la atribución de la patria potestad al padre sobre la base de su homosexualidad"*. TEDH, Sentencia de 26 de febrero de 2002, asunto Fretté: *"La no vulneración del Convenio por el hecho de que se rechazara una solicitud de adopción por parte de un homosexual por el hecho de serlo"*.

Em termos de discussão internacional, toma vulto admitir legalmente o casamento entre homossexuais em alguns países, a exemplo da Holanda, Bélgica, Canadá e Espanha e, com isso, admitir, então, a adoção de menores por casais *gays* ou *lésbicas* – assuntos que entendemos diversos.

A aceitação das relações homossexuais, como aspecto relevante da afetividade nos relacionamentos familiares, parece ser uma tendência mundial, mesmo que alguns países ofereçam grau maior de resistência, como se verifica nos Estados Unidos.

Entretanto, aceitar relações homossexuais não significa aceitar que se autorize que pessoas do mesmo sexo, casados ou conviventes, em conjunto possam adotar uma criança. Na adoção de menores não envolve apenas a relação afetiva entre dois adultos, cuja opção sexual pode ficar restrita a ambos, mas decisivamente irá afetar e refletir na educação da criança ou do adolescente tomados em adoção, com a responsabilidade de criar, educar e formar a personalidade com equilíbrio emocional.

No Brasil, já houve julgamento, pela Justiça de Catanduva que concedeu, aos 1º de julho de 2005, o direito de um casal homossexual adotar uma criança, favorecendo os cabeleireiros V.P.G., de 33 anos, e D.P.C.J., de 42 anos, que desde 1998 tentavam adotar uma menina.

O pedido inicial havia sido negado na primeira tentativa, mas nessa segunda tentativa, o Promotor de Justiça de Catanduva, Antônio Bandeira

Neto, manifestou-se com base na Resolução nº 1/99, do Conselho Federal de Psicologia, no sentido de que a adoção não pode ser negada, pois "a homossexualidade não constitui doença, distúrbio nem perversão"; ademais, nas duas instituições conveniadas de Catanduva há 56 crianças e adolescentes à espera de adoção e no Município há 45 casais esperando uma criança para adotar.¹⁸⁷

Também no Brasil, há muitos homossexuais com filhos adotados, já que juridicamente não se exige a verificação da inclinação sexual do adotante individual, como também não importa sua religião ou nível social.

Comumente os pretendentes homossexuais à adoção omitem a orientação sexual ou sua relação com pessoa do mesmo sexo, na tentativa de driblar o preconceito da sociedade e da Justiça, como pesquisa realizada durante a última "Parada Gay" em São Paulo¹⁸⁸.

Posto que a adoção de menor, no Brasil, ordinariamente é deferida a uma só pessoa, independentemente de sua opção sexual, parece-nos legítimo que a mãe biológica possa indicar e escolher o adotante, norteando-se nos critérios que entenda importantes para atingir a boa formação, educação e criação do filho que irá disponibilizar – critérios esses de ordem sexual, moral, cultural, racial, religioso, dentre outros; compreendendo-se que esse direcionamento adotivo ou adoção *intuitu personae* possa consistir no mais grave e último ato de amor e de responsabilidade.

¹⁸⁷ Jornal *O Estado de S.Paulo*, Vidas&, edição de 14.08.2005.

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Roberto de. Pátrio Poder. *Revista da Folha*, 14.08.2005.

3.3. CONTEXTO INTERNACIONAL - DISCUSSÕES E CONVENÇÕES

A comunidade internacional e a Organização das Nações Unidas (ONU) já se preocupavam com as adoções internacionais, culminando na realização de um seminário na cidade de Leysin em 1960, quando idealizados os "*Fundamental Principles for Intercountry Adoption - Leysin*"¹⁸⁹, que não se configurou norma que obrigasse os países signatários, mas tão somente conclusões, sendo a mais importante que a adoção internacional deveria ser medida excepcional autorizada desde que para o bem estar da criança, sugerindo-se que as adoções fossem preferentemente nacionais.

Aos 5 de outubro de 1961, em Haia¹⁹⁰, foi firmado pelos países participantes¹⁹¹ a Convenção relativa à competência das autoridades e à lei aplicável em matéria de proteção de menores.

Naquela época, não se previa a quantidade de adoções que se realizariam entre os cones norte-sul, razão pela qual disciplinou as relações de

¹⁸⁹ LEQUETTE, Yves. Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales, in *Recueil des cours de l'academie de droit international de la Haye*, 1994, tome 246, II, p. 51. VAN LOON, Johannes Hendrick Albert. The Increasing significance of International Cooperation for the unification of private international law, in *Forty years on: the evolution of postwar private international law in Europe*, *Centrum voor Buitenlands Recht en Internationaal Privaatrecht (Hrsg.)*, Amsterdam, 1990, p. 105.

¹⁹⁰ Data constante da íntegra da Convenção. LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção - adoção internacional - doutrina e jurisprudência*. São Paulo, Malheiros Editores, 2ª edição, 2003, *cit.*, p.42, informa que a Conferência sobre a Adoção Internacional foi realizada na cidade de Haia, em 15 de novembro de 1965, denominada "Convenção de Haia", 'cujo tema central das discussões versava sobre lei aplicável, jurisdição e reconhecimento em matéria de adoção' ... sendo 'a preocupação maior dos países signatários foi estabelecer e regular os "conflitos de leis" ... e 'estabeleceu que as regras sobre jurisdição versariam sobre a "residência habitual do adotante" (art.3º, a1, "a")'.

¹⁹¹ Estados participantes: Áustria, Espanha, França, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Alemanha, Suíça e Turquia (este último como Estado aderente).

adoção realizadas entre pessoas domiciliadas em países europeus, fixando, como regra de jurisdição, a residência habitual do adotante, o que fez com que somente a Áustria, Reino Unido e Suíça assinassem o texto da Convenção.

Os países membros do Conselho da Europa¹⁹², reunidos em Estrasburgo, no dia 24 de abril de 1967 elaboraram a Convenção Europeia em Matéria de Adoção de Crianças, objetivando unificar e regular algumas regras básicas sobre adoção, propiciando uma união maior entre os países membros e ajustando as divergências entre as legislações internas.

Novamente reunido em Luxemburgo, aos 20 de maio de 1980, o Conselho da Europa acordou a Convenção Europeia sobre o “reconhecimento e a execução das decisões relativas à guarda de menores e sobre o restabelecimento da guarda de menores”.

Ainda em Haia, aos 25 de outubro de 1980, os países signatários¹⁹³ firmaram a Convenção sobre os “aspectos civis do rapto internacional de crianças”, definindo as formas que garantam o regresso imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, com a atuação das autoridades centrais competentes.¹⁹⁴

¹⁹² Alemanha, Áustria, Dinamarca, Grécia, Irlanda, Itália, Liechtenstein, Malta, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suécia e Suíça. VAN LOON, Johannes Hendrick Albert. International cooperation and protection of children with regard to intercountry adoption, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 244, 1993 – VII, *cit.*, p. 203; VEERMAN, Philip E. *The Rights of the child and the changing image of childhood*. Dordrecht, 1992, p. 10.

¹⁹³ Estados signatários: Austrália, Canadá, Espanha, França, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido, Suíça e Hungria (este último como Estado aderente).

¹⁹⁴ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne – Cours général de droit international privé, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, p. 33.

No continente americano também foram realizadas convenções e conferências¹⁹⁵, das quais o Brasil participou e promulgou¹⁹⁶, sendo a mais recente a Convenção Interamericana sobre “tráfico internacional de menores”¹⁹⁷, ultimada em 18 de março de 1994, na Cidade do México, aprovada através do Decreto Legislativo nº 105, de 30 de outubro de 1996 e promulgada pelo Decreto nº 2.740, de 20 de agosto de 1998.¹⁹⁸

No âmbito mundial, a ONU - Organização das Nações Unidas instituiu a Resolução 3.028, XXVII, de 18 de dezembro de 1972, que recebeu o nome de “Conferência das Nações Unidas para uma Convenção Internacional sobre o direito da adoção”, visando estudar e pesquisar os diversos programas e legislação sobre proteção de menores.

A partir daí foi instituída a Resolução nº 41/85, de 3 de dezembro de 1986, sem caráter de vinculação, mas que serviu de parâmetro à “Declaração sobre os princípios sociais e jurídicos aplicáveis à adoção e ao bem-estar dos menores”,

¹⁹⁵ 7.3.1983, em Quito: Organização dos Estados Americanos - OEA - III Conferência Interamericana de Direito Privado (bases para um projeto de Convenção Interamericana sobre adoção de menores); 24.5.1984, em La Paz: Organização dos Estados Americanos - OEA - Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Adoção de Menores.

¹⁹⁶ 15.7.1989, em Montevideu, a 4ª Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado originou a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, promulgada, no Brasil, pelo Decreto Presidencial nº 1.212, de 3.8.1994, sem reservas ou ressalvas.

¹⁹⁷ Além das 'Disposições Gerais' e das 'Disposições Finais', a Convenção abordou os 'Aspectos Cívicos' e os 'Aspectos Penais' do tráfico internacional de menores. CHAVES, Antônio. *Adoção internacional e tráfico de crianças*. São Paulo, 1994, *cit.*, p. 35; SILVA, Artur Marques Filho. *O regime jurídico da adoção estatutária*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 112/113.

¹⁹⁸ GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, tutela e guarda*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2ª edição, 2003, *cit.*, p. 133/141.

inspirando a Assembléia Geral da ONU que, em 20 de novembro de 1989, proclamou a Convenção sobre os direitos da criança¹⁹⁹.

A Convenção sobre os direitos da criança, de caráter vinculante para todos os países membros, entrou em vigor internacional em 2 de setembro de 1990, sendo aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro²⁰⁰, exigível em solo brasileiro através do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

A Conferência de Haia de direito internacional privado, na sua 16ª reunião ocorrida em outubro de 1988, decidiu que a Organização deveria, em conjunto com os Estados membros, instituir uma nova Convenção sobre adoção internacional, formando-se a comissão especial²⁰¹ que apresentou as conclusões ao plenário da 17ª Seção da Conferência de Haia de direito internacional privado concluída em 29 de maio de 1993.

¹⁹⁹ De fundamental importância, a Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece, nos arts. 20, 21 e 35, a proteção especial dos menores sem família, a adoção nos níveis nacional e internacional, a venda, o tráfico e o seqüestro de menores. TRILLAT, B. and NABINGER, S. Intercountry adoption and traffic in children – truth and fictio, in *INTERPOL – International Criminal Police Review*, nº 428, 1991, p. 24; VEERMAN, Philip E. *The rights of the child and the changing image of childhood*. Dordrecht, 1992, *cit.*, p. 35.

²⁰⁰ Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990 - Convenção ratificada em 24 de setembro de 1990 e vigência brasileira a partir de 23 de outubro de 1990, permitindo a edição e publicação do Decreto 99.710/90.

²⁰¹ A "Commission spéciale sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger" reuniu-se de 11 a 21 de junho de 1990, de 22 de abril a 3 de maio de 1991 e de 3 a 14 de fevereiro de 1992 para discussão das questões de adoção internacional.

Referido texto chamou-se “Convenção relativa à proteção e à cooperação internacional em matéria de adoção internacional”²⁰², mais conhecida como Convenção de Haia²⁰³.

Embora o Brasil tenha participado apenas como membro *ad hoc*, o Congresso Nacional somente aprovou o texto da Convenção de Haia em 14 de janeiro de 1999, através do Decreto Legislativo nº 1, promulgado pelo Presidente da República através do Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999; designando as autoridades centrais administrativas encarregadas de dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção aos 16 de setembro de 1999, através do Decreto nº 3.174, no mesmo Decreto instituindo o “Programa nacional de cooperação em adoção internacional”, com criação do Conselho das Autoridades Centrais Administrativas Brasileiras.

A Convenção de Haia também pretendeu fornecer elementos e estabelecer instrumentos de uma convenção multilateral de escala mundial, com poder vinculante para todos os países, mesmo aqueles que não sejam Estados

²⁰² São signatários da Convenção de Haia: Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, China, Canadá, Chipre, Tcheco-Eslováquia, Dinamarca, Egito, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Países Baixos, Noruega, Polônia, Portugal, Espanha, Suriname, Suécia, Suíça, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Estados Unidos da América, Uruguai, Venezuela e Iugoslávia. O Brasil participou da Convenção de Haia apenas como membro *ad hoc*.

²⁰³ A respeito da Convenção sobre os direitos da criança e da Convenção de Haia, ver, por todos, CHAVES, Antônio. *Adoção internacional e tráfico de crianças*. São Paulo, 1994, *cit*; LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção - adoção internacional - doutrina e jurisprudência*. São Paulo, Malheiros Editores, 2ª edição, 2003, *cit*.; TRILLAT, B. and NABINGER, S. Intercountry adoption and traffic in children – truth and fictio, in *INTERPOL – International Criminal Police Review*, nº 428, 1991, *cit*.; VAN LOON, Johannes Hendrick Albert. The increasing significance of international cooperation for the unification of private international law, in *Fourty years on: the evolution of postwar private international law in Europe, Centrum voor Buitenlands Recht en Internationaal Privaatrecht (Hrsg.)*. Amsterdam, 1990, *cit*.; VAN LOON, Johannes Hendrick Albert. International cooperation and protection of children with regard to intercountry adoption, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 244, 1993 – VII, *cit*.

Membros da Conferência de Haia, bem como incrementar acordos bilaterais entre países, a exemplo da Filipinas e Áustria, El Salvador e Canadá, Filipinas e Suécia, Filipinas e Países Baixos (1975), Portugal e Cabo Verde, Portugal e São Tomé e Príncipe (1976), Noruega e Filipinas (1982), Portugal e França (1983).

Em síntese, a Convenção de Haia preocupou-se em estabelecer quatro prioridades a respeito da criança colocada em família substituta:

- "a) que, para o desenvolvimento harmonioso da personalidade da criança, ela deverá crescer em um meio familiar, em clima de felicidade, de amor e compreensão;*
- b) que devem ser tomadas todas as medidas para que a criança seja mantida em sua família de origem;*
- c) que a adoção internacional pode apresentar a vantagem de dar uma família a uma criança que não encontra família conveniente em seu país de origem;*
- d) que devem ser instituídas medidas para garantir que as ações internacionais, feitas no interesse superior da criança e com respeito a seus direitos fundamentais, assim como para prevenir o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças."*²⁰⁴

Apesar de o Brasil ter aderido à Convenção de Haia de 1993 somente em 1999, os debates sobre adoção no âmbito nacional já eram bastante acirrados, de tal forma que a discussão, mais direcionada aos magistrados e promotores

²⁰⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção - adoção internacional - doutrina e jurisprudência*. São Paulo, Malheiros Editores, 2ª edição, 2003, *cit.*, p. 48/57. No mesmo sentido, VAN LOON, Johannes Hendrick Albert. International cooperation and protection of children with regard to intercountry adoption, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 244, 1993 – VII, *cit.*, p. 119/127; LEQUETTE, Yves. Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales, in *Recueil des cours de l'academie de Droit International de la Haye*, 1994, *cit.*, p. 46/50.

públicos com assento nas Varas da Família e nas Varas da Criança e Adolescente, teve lugar no XII Congresso da Associação Internacional de Juízes de Menores e de Família, sob o tema "O menor separado de sua família", realizado no Rio de Janeiro entre os dias 24 a 29 de setembro de 1986, sendo aprovadas quatro recomendações:

1. Toda adoção, nacional ou internacional, deve ser judicialmente controlada, desde o momento da guarda e concedida por decisão judicial. Quando se tratar de adoção internacional, o juiz ou tribunal poderá contar com a colaboração de instituições especializadas públicas ou privadas, devendo estas últimas ter o reconhecimento, autorização e controle dos países envolvidos. Os Estados deverão estabelecer, por convenções bilaterais uma comunicação direta entre as autoridades judiciárias no curso do procedimento para adoção.
2. A adoção internacional deve ser utilizada somente depois de esgotadas todas as possibilidades de manter a criança em sua própria família ou em uma nova família em seu país de origem.
3. O Congresso recomenda que a inclusão de matéria relativa à adoção, numa perspectiva interdisciplinar, abranja todos os aspectos técnicos dessas especialidades na formação de magistrados, advogados, assistentes sociais, psicólogos e sociólogos.

4. O Congresso recomenda a todos os Governos²⁰⁵ aderirem à Convenção Interamericana sobre conflitos de leis em matéria de adoção de menores, firmada em La Paz, Bolívia, aos 24.5.1984, na 3ª Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP III), respeitadas as reservas de cada Estado signatário.

Na reunião seguinte, no XIII Congresso da Associação Internacional de Juízes de Menores e de Família, em Turim - Itália, entre os dias 16 a 21 de setembro de 1990, voltou a ser abordado o assunto com o tema "adoção internacional e famílias multiculturais"²⁰⁶, resultando em cinco conclusões:

1. Todas as crianças devem ter o direito de crescer em seu próprio país, no seio de sua família. A adoção internacional só deve ter lugar quando não possa ser respeitado este direito fundamental.
2. A adoção nacional nos países de origem deve ser estimulada.
3. A adoção internacional deve processar-se por organismos profissionais controlados pela autoridade pública.

²⁰⁵ Participaram da Convenção: Bolívia, Brasil, Colômbia, Chile, Haiti, México, República Dominicana, Uruguai e Venezuela, mas foi ratificada somente pelo México e Colômbia. O insucesso do acordo deveu-se ao fato regular os conflitos de leis internas referentes à adoção, deixando de lado a discussão sobre o estabelecimento dos princípios gerais e estruturas do quadro jurídico de cooperação internacional entre autoridades dos países aos quais pertencem adotantes e adotandos. LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção - adoção internacional - doutrina e jurisprudência*. São Paulo, Malheiros Editores, 2ª edição, 2003, *cit.*, p. 48/57.

²⁰⁶ VAN LOON, Johannes Hendrick Albert. International Cooperation and Protection of children with regard to intercountry adoption, in *Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye*, vol. 244, 1993 – VII, p. 203; JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne – Cours général de droit international privé, in *Recueil des Cours de l'académie de Droit International de la Haye*, 1995, *cit.*, p. 35/36; VEERMAN, Philip E. *The rights of the child and the changing image of childhood*. Dordrecht, 1992, *cit.*, p. 13.

4. Deve ser favorecida a coordenação entre os governos dos países de origem e de acolhida para que se fortaleça a autoridade competente e a luta contra o tráfico de crianças.
5. A criança deve ser informada do fato de ter sido adotada e ter acesso a todas as informações relativas à sua origem.

Em resumo, as discussões nacionais e internacionais deram preferência à adoção nacional, antes de deferir-se a internacional, em todos os casos com ênfase ao acompanhamento judicial do processo adotivo. Unânime o entendimento de que devem ser observados e atendidos os prioritários interesses da criança ou do adolescente, sobretudo buscando-se combater o tráfico de menores, contando com o auxílio profissional multidisciplinar.

Não houve uma regulação vedando uma forma ou outra para adoção de menores, de modo que a adoção *intuitu personae* não está descartada, sendo admitida mediante previsão legal já feita em alguns países. Assim, não encontramos óbice para que a adoção direcionada seja autorizada, desde que preenchidos os requisitos essenciais para a adoção de filhos, guarnecidos os critérios que atendam aos interesses do adotando.

4. ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*

Importante ressaltar que não se pode confundir adoção *intuitu personae* com outras formas ilícitas de colocação do menor em família substituta, a exemplo da "adoção à brasileira" e da "adoção pronta".

Na adoção à brasileira, o adotante registra como natural um filho alheio, sem se submeter à apreciação judicial; na adoção pronta, a entrega da criança ao adotante foi efetivada diretamente pela mãe ou pai biológicos antes do processo regular buscado apenas para regularizar ou homologar a situação fática.

Também não se confunde com outros institutos afins como o reconhecimento da paternidade ou maternidade, inseminação artificial ou filiação sócio-afetiva.

A adoção *intuitu personae* apresenta-se como questão tormentosa, que tem causado séria polêmica jurídica, não raramente confundida com as outras formas de filiação afetiva.

Concebemos adoção *intuitu personae* aquela em que a mãe (geralmente; ou também o pai, se conhecido) manifesta a vontade de disponibilizar o filho à adoção e, sem que tenha havido a suspensão ou a perda do poder familiar, indica, fundamentadamente, pessoa determinada para ser o adotante, antes que este tenha convivido com o adotando e, por isso, ainda não criado o vínculo de afeto (não se trata, pois, de regularizar situação fática anterior), desnecessário que o indicado

esteja previamente inscrito no cadastro de adotantes; embora deva ser submetido, antes da pronúncia de adoção, à avaliação psicossocial por equipe interdisciplinar.

Sustentamos que a adoção *intuitu personae* caiba apenas na adoção nacional, vedada esta forma à adoção internacional.

Entretanto, verificamos diversidade de soluções: ora o processo ou o pedido de tal natureza é indeferido, ora o juiz é radicalmente contra a quebra da rotina do cadastro. Por um motivo ou outro, há séria dificuldade em admitir-se a adoção direcionada ou *intuitu personae* no Brasil.

Marlize Vargas, psicóloga e psicoterapeuta de crianças e de família, concluiu que, geralmente, a "absoluta prioridade" dos interesses da criança não é questão devidamente trabalhada, havendo o risco de ser entregue ao primeiro da fila que declare aceitá-la com todas as suas características ou entregue para pessoa por vezes não preparada para uma adoção específica, em razão do longo tempo de espera ou pela dificuldade de enfrentar um processo que coloque sob exame questões não resolvidas, como a esterilidade.²⁰⁷

Tratando sobre a adoção *intuitu personae*, os autores, de modo geral, sustentam a necessidade de observância do cadastro de adotantes e sua ordem,

²⁰⁷ VARGAS, Marlize Maldonado. Adoção Pronta ou Adoção por Intuitu Personae, in *Infância & Cidadania*. Luiz Carlos B. Figueirêdo (organizador). São Paulo, Letra Livre design Editorial, 2000, p.61/67.

ainda que não se apresentem justificativas plausíveis para fixação do cabimento nem uma definição conclusiva.²⁰⁸

Por vezes apresentam argumentação ambígua, com afirmação de ser admissível a dispensa da inscrição no cadastro de adotantes em algumas hipóteses restritas, como na posse do estado de filho, quando já formados os vínculos de afetividade entre adotante e adotando – no nosso entendimento, não se confunde com a adoção *intuitu personae* como concebemos.

4.1. ADOÇÃO: CONTEXTO SOCIAL BRASILEIRO

Conforme pesquisa realizada com 400 pais adotivos, filhos adotivos e filhos biológicos, moradores de 17 estados e 105 cidades diferentes do Brasil, a psicóloga Lidia Weber²⁰⁹ retrata a realidade brasileira pertinente à adoção de menores, constatado que os adotantes brasileiros são geralmente casais de cor branca, idade média de 34 anos, renda familiar aproximada de 25 salários mínimos,

²⁰⁸ CURY, Munir, AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do e MENDEZ, Emílio García. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo, Malheiros Editores, 5ª edição, 2002, *cit.*, p.153/154; CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo, Editora LTr, 2ª edição, 1997, *cit.*, p. 32; SZNICK, Valdir. *Adoção - Direito de família, guarda de menores, tutela, pátrio poder, adoção internacional*. São Paulo, Leud Livraria e Editora Universitária de Direito, 3ª edição, 1999, *cit.*, p. 239/240; VIANA, Marco Aurélio S.. *Da guarda, da tutela e da adoção*. Belo Horizonte, ed. Del Rey, 1993, p. 74; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo, Ed. Atlas, vol. 6, 5ª ed., 2005, *cit.*, p. 326/327; SILVA, Artur Marques Filho. *O regime jurídico da adoção estatutária*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, *cit.*, p. 65 ss; FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato*. Rio de Janeiro, 1992, p. 73; ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1994, *cit.*, p. 19.

²⁰⁹ WEBER, Lúcia. *Laços de ternura*. Curitiba, Editora Santa Mônica, 1998, *cit.*.

nível superior na metade dos casos e 51% dos casais que não possuem filhos biológicos adotam duas ou três crianças.

A maioria adota bebês de até três meses de idade, brancos, saudáveis e com uma leve preferência pelo gênero feminino. Além disso, a psicóloga, coordenadora do Projeto Criança e membro da Comissão da Criança e do Adolescente da OAB-PR, acima citada, aponta a existência de adoções informais em número superior às legais, dado ao grande número de bebês abandonados, a imagem negativa que a população tem do Poder Judiciário e a falta de campanhas para conscientização para a adoção legal.

Domingos Abreu²¹⁰, comparando as adoções na França e no Brasil, menciona que na França há cerca de 30 mil pedidos anuais de adoção e que 20% das adoções deferidas vêm do Brasil, grande parte dessas adoções são de crianças com mais de quatro anos de idade, geralmente de cor mais escura e que possuem pequenas enfermidades motoras, lábio-leporino ou queimaduras que podem ser tratadas com intervenções cirúrgicas e plásticas muito mais facilmente, sem ônus financeiro para a família com probabilidade de sucesso maior que no Brasil.

Aqui, o número de adoções feitas anualmente não absorve o número de crianças já aptas a serem adotadas, confirmando que os casais brasileiros buscam crianças de até três anos de idade, de cor branca e saudável. O sistema judiciário brasileiro não está suficientemente aparelhado para processar a

²¹⁰ ABREU, Domingos. *Adotar uma Criança Brasileira: Um Verbo Conjugado de Várias Maneiras*. Disponível em Internet <http://www.brasil.terravista.pt/Ipanema/2172/domingos.htm>, acessado 01.05.2004, pág.5/7.

quantidade de pedidos de adoção, apontando a deficiente composição e preparo das equipes técnicas incumbidas de proceder a avaliação psicossocial e elaborar laudos conclusivos.

Questões igualmente preocupantes são a falta de registro de bebês e o não consentimento da mãe ou pai biológicos para adoção de seus filhos acolhidos, durante anos – muitos atingem a maioridade civil em abrigos ou instituições.

Embora institucionalizado, mas omissos o consentimento para disponibilizar o filho à adoção, grande parte da doutrina pátria sustenta que a destituição do poder familiar é condição para tornar a criança ou o adolescente aptos à adoção, conferindo ao Ministério Público a exclusiva legitimidade ativa para a propositura desta ação – são fatores que mais engrossam a fileira de crianças e de adolescentes à espera de adoção, mais agravando o contexto social, considerando que não há prazo para que a ação ministerial seja proposta e processada, observando o procedimento contraditório.

4.2. AFINIDADE, PARENTESCO E INSCRIÇÃO.

De um lado, verificamos os riscos e ilícitos praticados no Brasil, diante da morosidade dos órgãos auxiliares e da Justiça para consecução da adoção de crianças e de adolescentes. De outro lado, a prevalência da filiação sócio-afetiva em detrimento da biológica e as soluções adotadas em outros países para facilitar a colocação do menor em família substituta.

Para atendimento dos interesses prioritários das crianças e dos adolescentes, permite-nos sustentar a viabilidade da adoção *intuitu personae* como uma das formas legais para agilizar o processo de adoção no Brasil, minimizando os transtornos e problemas vivenciados pelos menores em busca de uma família, bem como pela família em busca de um filho.

Júlio Alfredo de Almeida²¹¹ argumenta que "*Enquanto a família natural decorre de um fato biológico, a família substituta deriva de um fato jurídico-social, e como tal, está subordinada ao império da lei*" e, citando o artigo 30 do ECA, sustenta a necessidade de controle do sistema que exige a prévia seleção da família substituta, sendo de rigor e cogente a observância da ordem no cadastro de adotantes, exceto nos casos do art. 28, §2º, do ECA (parentesco, afinidade ou afetividade, referendadas nos arts. 4º, 19 e 43, do ECA).

Permissa venia, discordamos com o enfoque dado pelo autor, pelos motivos e argumentos seguintes:

- A família natural e a substituta subordinam-se ao império da lei, irrelevante se decorrem de um fato biológico ou sócio-afetivo.

²¹¹ ALMEIDA, Júlio Alfredo de. *Adoção Intuitu Personae – Uma proposta de Agir*. Síntese da Monografia de Especialização em Direito Comunitário: Infância e Juventude, Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2002. Internet, disponível em <http://www.mp.rs.gov.br>, acessado em 30.04.2004, p. 4/7.

- O art.30, do ECA refere-se a momento posterior à colocação em família substituta²¹² – após a colocação, a família substituta não poderá, sem autorização judicial, transferir a criança ou o adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não governamentais.
- A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando e também do adotando, se for maior de doze anos de idade (art.45, ECA), devendo a adoção ser deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos (art.43, ECA); de forma que a manifestação de vontade dos pais biológicos ou do representante legal é de preponderante importância, não podendo ser desconsiderada, ainda que admitamos que a autorização judicial seja necessária porque fundamental o processamento judicial para constituição da filiação adotiva.

Muito embora concordando que o parentesco, a afinidade e a afetividade são causas de inexigibilidade da observância do cadastro de adotantes e hipóteses, *latu sensu*, de admissibilidade de adoção *intuitu personae*, entendemos que o alcance da afinidade e da afetividade pode decorrer da escolha dos pais biológicos que detenham o poder familiar – ou seja, a afinidade e a afetividade, já bastante amplos, não se limitam ao relacionamento restrito entre adotante e adotando.

²¹² ECA, art.30: "A colocação em família substituta não admitirá transferência da criança ou do adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não governamentais, sem autorização judicial."

Os argumentos de nossa contrariedade ao entendimento defendido pelo autor são extraídos do mesmo texto pesquisado e de sua autoria, em que a pesquisa de campo efetuada nas Comarcas do litoral norte do Rio Grande do Sul, entre abril e maio de 2002, para elaboração da monografia, o autor constatou que 35% dos casos não houve qualquer diligência de investigação social e em 95% não houve avaliação psicológica antecedente à inscrição no cadastro de adotantes.²¹³

Tais apontamentos conduzem ao questionamento da validade e eficiência do cadastro de adotantes, afigurando-se mais uma etapa burocrática ou obstáculo a ser vencido, porquanto apresenta-se-nos mais adequado que a avaliação psicossocial seja efetivada depois de iniciado o processo adotivo, ou seja, quando já identificados o adotante e o adotando no caso concreto.

Ainda, quanto ao cabimento da adoção *intuitu personae*, entendemos que as hipóteses previstas no artigo 28, §2º, do ECA, não se subsumem exclusivamente aos casos de adoção, como muito bem observado por Luiz Paulo Santos Aoki²¹⁴ e expressamente posto no *caput*²¹⁵ do comando legal em questão, lembrando que nem todos os parentes podem pleitear adoção, em razão de impedimento legal disposto no §1º do art.42, ECA²¹⁶.

²¹³ ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, *cit.*, p. 23.

²¹⁴ AOKI, Luiz Paulo Santos. Ministério Público de São Paulo, in CURY, Munir, AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do e MENDEZ, Emílio García. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo, Malheiros Editores, 5ª edição, 2002, *cit.*, p. 118/119.

²¹⁵ Caput do art.28, ECA: "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."

²¹⁶ ECA, art.42, §1º: "Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando."

Aos argumentos expostos, acrescente-se que a colocação do menor em família substituta pode ser feita mediante tutela, remetendo à disciplina do novo Código Civil que, como também já previa o anterior, a nomeação legítima ou dativa deve ter lugar quando inexistente a indicação testamentária ou, havendo, haja sério impedimento comprovado para a nomeação.

A nomeação de tutor testamentário é ato personalíssimo e unilateral, de exercício exclusivo dos pais, em conjunto ou isoladamente (caso morto um dos genitores ou um deles tenha sido destituído do poder familiar), que tenham o poder familiar; além de não depender de confirmação ou de aprovação judicial (CC, arts. 1.729, Parágrafo Único e 1.730).²¹⁷

Se na tutela testamentária²¹⁸ não há interferência do juiz na nomeação, conquanto a nomeação é feita pelos pais, através de testamento ou qualquer outro documento autêntico, para valer após a morte, ou seja, se as disposições de vontade dos pais é de observância obrigatória, devendo ser respeitada (exceto se removido por não ser idôneo) porque prevalente mesmo que a indicação do tutor pelos pais não seja de um dos parentes, quais razões fundamentariam proibir a indicação do adotante pelos pais biológicos (ou somente a mãe), no exercício do poder familiar?

²¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 17ª edição, 5º volume - Direito de família, 2002, *cit.*, p. 497; GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, tutela e guarda*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2ª edição, 2003, *cit.*, p. 27.

²¹⁸ CC, art.1.729: "O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto." c/c art. 1.730: "É nula a nomeação de tutor pelo pai ou pela mãe que, ao tempo de sua morte, não tinha o poder familiar."

A indicação do adotante pela mãe ou pais biológicos no exercício do poder familiar pode não ser aceita pelo Juízo, se após a oitiva dos requerentes, dos pais e do Ministério Público, além da avaliação psicossocial, restar apurado não ser adequado e não atender aos interesses do adotando.

Seguindo a mesma sistemática prevista para a tutela nos arts. 1.731 e 1.732 do novo Código Civil e observados os impedimentos parentais adequados para a adoção²¹⁹, deveria ser acolhida, preferencialmente, a indicação feita pela mãe ou por ambos os pais, no exercício do poder familiar, admitida a adoção *intuitu personae*²²⁰, podendo tal indicação recair sobre a pessoa do cônjuge ou companheiro da genitora (adoção unilateral) ou parentes do adotando²²¹, independentemente de prévia inscrição no cadastro de adotantes.

Não havendo a expressa e fundamentada indicação do adotante pela mãe ou pai que detenha o poder familiar, será aceito o estranho cadastrado, se este se apresentar como mais conveniente aos interesses do menor – tal assertiva é corroborada pelo projeto de lei de alteração do novo Código Civil que, acrescentando parágrafo único ao art. 1.731, estabelece textualmente que "*poderá o*

²¹⁹ NCCB, Art. 1731: "Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor..." (os ascendentes e os irmãos não podem ser adotantes). Art. 1732: "O juiz nomeará tutor idôneo ... I – na falta de tutor testamentário ou legítimo"

²²⁰ Referindo-se à tutela, RT 305/803; 566/56: "*se necessário, deve render-se aos interesses da criança ou adolescente*".

²²¹ NCCB, art. 1731: "Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem: ... II- aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor"

juiz, levando em consideração o melhor interesse do menor, quebrar a ordem de preferência, bem como nomear tutor terceira pessoa".²²²

4.3. FILIAÇÃO AFETIVA E FILIAÇÃO ADOTIVA

O art.1º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre o bem-estar da criança e do adolescente, determinando a incidência de proteção integral.

O art.6º do mesmo Estatuto dispõe que "*levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento*", asseverado por Limongi França que a expressão "fins sociais" significa que "*a aplicação da lei seguirá a marcha dos fenômenos sociais, receberá, continuamente, vida e inspiração do meio ambiente e poderá produzir a maior soma possível de energia jurídica.*"²²³

²²² No mesmo sentido, RT 194/48. Ver, ainda, GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, tutela e guarda*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2ª edição, 2003, *cit.*, p. 27; ANCEL, Marc. *Essai de synthèse comparative*, in *L'adoption dans les législations modernes – Essai de synthèse comparative suivi du relevé systématique des législations actuelles relatives à l'adoption*. Paris, Sirey, 2ª éd. Revue et complétée, 1958, p. 9.

²²³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: A situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*, São Paulo, Ed. revista dos Tribunais, 2003, p. 29; FRANÇA, R. Limongi. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: Comentários jurídicos e sociais*. 2ª edição; CURY, Munir, AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do e MENDEZ, Emílio García. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo, Malheiros Editores, 5ª edição, 2002, *cit.*, p.37.

Comentando o art.19, do ECA²²⁴, Belmiro Pedro Welter sustenta que esse artigo é inconstitucional porque *"trata a família socioafetiva como 'família substituta'",* uma espécie de 'família reserva', quando já reconhecida, constitucionalmente, a igualdade entre a família biológica e a sócio-afetiva, arrematando enfaticamente que deve preponderar os interesses da criança e do adolescente.

Complementando a linha de raciocínio, o Promotor de Justiça gaúcho sustenta a inconstitucionalidade do processo de adoção judicial, porquanto *"se há igualdade de direitos entre as filiações genética e sociológica; se o que importa é a proteção integral e absoluta da infância e da juventude, há razão jurídica para se agasalhar a manifestação consensual ou judicial da paternidade e da maternidade socioafetiva, nos exatos termos deferidos à filiação sangüínea."*²²⁵

O autor expõe uma série de razões que o levaram a sustentar tal inconstitucionalidade:

- A Constituição Federal não possui nenhum dispositivo que privilegie a paternidade genética em detrimento da sócio-afetiva;
- O registro livre e espontâneo de filho não necessita de comprovação genética;
- A igualdade entre as filiações biológica e sócio-afetiva vem sendo sustentada pacificamente pela doutrina e jurisprudência pátria, como também no direito comparado;

²²⁴ ECA, art.19: "Toda criança ou adolescente tem direito de ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes".

²²⁵ WELTER, Belmiro Pedro. *Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial*. São Paulo, Revista dos Tribunais, novembro de 2004, vol. 829, *cit.*, p. 6 e 252/253.

- Em se tratando de adoção, não há que se falar em “família substituta” porque não há distinção entre filhos naturais e adotados;
- Deve ser observada a igualdade de tratamento à filiação genética, às sociológicas e a adotiva (reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade afetiva, filho de criação e adoção à brasileira), posto que os pais afetivos, para obterem o registro do filho, não precisam adotá-lo, podendo ajuizar ação de investigação de paternidade sócio-afetiva (tendo o afeto como causa de pedir) ou admitir, voluntariamente, a paternidade e/ou a maternidade, por escritura pública, escrito particular, testamento, manifestação direta e expressa perante o juiz.

Semelhantemente ao raciocínio desenvolvido pelo autor gaúcho, defendemos a viabilidade da adoção *intuitu personae*, classificando como inconstitucional a exigência de prévia inscrição no cadastro de pessoas interessadas em adotar como condição *sine qua non*, posto que o texto constitucional trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a filiação sócio-afetiva²²⁶, não sendo a paternidade genética a única verdadeira:

"O Magistrado que adotar essa idéia, ouvido o Ministério Público, poderá extinguir os processos de adoção em curso, em que não haja litígio, homologando a vontade externada pelos pais afetivos (adotantes), determinando o registro da sentença no Cartório de

²²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros, 1995, 10ª ed., 1995, p. 118; FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, *cit.*, p. 25; BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade. Posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, *cit.*, p. 23/24; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, *cit.*, p. 340; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Família não fundada no casamento*. RT 771/69. São Paulo, 2000, *cit.*, p. 69.

*Registro Civil ... na forma dos artigos 1.593, 1.596, 1.597, V, 1.603 e 1.605, II, do Código Civil, e artigo 227, cabeça, da Constituição Federal.*²²⁷

Respeitosos os argumentos expendidos; entretanto, *permissa venia*, a filiação afetiva distingue-se da filiação adotiva na medida em que na filiação afetiva o vínculo de amor e solidariedade entre o filho e os pais afetivos já se encontra instalado há tempos em razão de convivência duradoura e, por lógico, excluído o vínculo de permanência entre o filho e os pais biológicos, cuja regularização se dá através da ação de reconhecimento da paternidade ou da maternidade afetiva.

Diferentemente, na filiação adotiva ainda não ocorreu a entrega do menor ao adotante, ausente a vinculação de apego e de dependência decorrente da filiação biológica ou da filiação afetiva (como ocorre nas adoções prontas ou tardias)²²⁸ – a intenção ou vontade é o antecedente, sendo o afeto concretizado com a convivência, posteriormente.

Entendemos que a perfilhação adotiva sempre necessitará do processo judicial de adoção²²⁹, exigindo a obrigatória avaliação da idoneidade do

²²⁷ WELTER, Belmiro Pedro. *Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial*. São Paulo, Revista dos Tribunais, novembro de 2004, vol. 829, *cit.*, p. 8/9.

²²⁸ CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*. Paris – França, P.U.F., 1979, 11ª ed, Tomo II, p. 317/318; SANTOS, Lucinete S.. Adoções Prontas, in *Abandono e adoção – Contribuições para uma cultura de adoção*. Fernando Freire organizador. Curitiba, Terra dos Homens, Vicentina, 2001, p.315.

²²⁹ HALDANE, John. Children, families, autonomy and the State, in *Constituting families: a study in governance*. Ed. Derek Morgan & Gillian Douglas, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1994, p. 118 ss; FREEMAN, Michael D. A.. Towards a critical theory of family law, in *Family Law*, v. I (Society and family). Aldershot/ Hong Kong/ Singapore/ Sydney. Ed. Harry D. Krause, Dartmouth, 1992, p. 133 (publicado originariamente em *Current legal problem*, v. 105, 1989, p. 244); TEITELBAUM, Lee E.. Family history and family law, in *Family law*, v. I (Society and family). Andershot/ Hong Kong/ Singapore/ Sydney. Ed. Harry D. Krause, Dartmouth, 1992, p. 113 ss.

adotante mediante estudo sociológico, com vista ao atendimento dos interesses prioritários do menor.

Defendemos a idéia de que, em havendo consentimento dos pais ou mãe biológica em colocar o próprio filho à adoção, expressamente elegendo quem preencha os requisitos e condições que entenda melhor atender às necessidades de seu filho – aqui caracteriza a adoção *intuitu personae* porque a adoção é direcionada a um adotante específico, com intenção a pessoa determinada.

E só neste caso. Não há que se exigir a precedência no cadastro de pessoas interessadas na adoção, embora não se deva dispensar a avaliação de idoneidade e estudo sociológico, processados, necessariamente, mediante processo judicial de adoção.

Na filiação afetiva, o afeto já é realidade, adquirida ao longo do tempo de convivência e decorrente da reciprocidade firmada entre adotando e adotante. Não há que se falar em afetividade relacionada à mãe biológica, isto é, pouco importa se a progenitora tem algum afeto para com o adotante, tampouco a adoção depende do seu consentimento – sequer genérico, uma vez que é possível a decretação da perda do poder familiar, na hipótese da mãe ou pai biológicos faltar com os deveres paternos.

Na filiação adotiva *intuitu personae*, o afeto é intenção, intrínseco, está pré-formado em função do elemento volitivo em adotar determinada pessoa em especial e da afinidade subjetiva sentida pelo adotante em relação ao adotando.

Considera-se também a vontade da mãe biológica em disponibilizar seu filho à adoção (consentimento no seu sentido amplo, genérico) com intenção a determinado adotante (*intuitu personae*, consentimento em sentido estrito, específico, direcionado).

4.4. NECESSIDADES E INTERESSES DO MENOR

Para que haja um bom desenvolvimento da criança ou do adolescente, há que se atender às necessidades de ordem material (alimentação e saúde, vestuário e moradia, educação, cultura e lazer) e, com maior importância dado ao seu caráter subjetivo, às de cunho emocional (afeto: amparo, motivação e estímulo), alçados às prioridades absolutas do menor e que devem ser atendidos também nos casos de adoção, incluindo-se a adoção *intuitu personae*.

O afeto, tido como o carinho com que as pessoas se tratam entre si em demonstração de amor e solidariedade, dá ensejo ao apego que se refere ao tom emocional que, em se tratando da relação entre pais e filhos, envolve a criança em desenvolvimento e seu provedor externo, que é a pessoa primariamente responsável pelos cuidados e a quem o bebê ou criança dirige suas energias emocionais e que motiva seu desenvolvimento, intelectual, psicológico e social²³⁰.

²³⁰ CORNEAU, Guy. *N'y-a-t-il pas d'amour heureux? (Momment les liens parents-enfants conditionnent nos amours)*. Paris, Editions Robert Laffont, 1997, p. 75; FREUD, Sigmund. *An outline of psychoanalysis*. New York, Norton, 1940, p. 45.

Para a formação do apego os psicanalistas identificam quatro fases²³¹:

- 1º Pré-apego ou "fase de orientação e sinais com discriminação limitada de figura": ocorre a partir do nascimento a 8 semanas, em que o bebê orienta-se conforme os estímulos externos, basicamente auditivos e olfativos, reagindo com movimento dos globos oculares e acalma-se ao ouvir uma voz ou ver um rosto.
- 2º Formação do apego ou "fase de orientação e sinais dirigidos para uma figura discriminada" (8-10 semanas a 6 meses de idade): o bebê apega-se a uma ou mais pessoas de seu ambiente, mas mantém comportamento amistoso com todas as pessoas ao seu redor.
- 3º "Fase de manutenção da proximidade com uma figura discriminada por meio de locomoção ou de sinais" (6-7 meses até o início do terceiro ano de idade): é vinculativa e dependente, caracterizada por ações tendentes a seguir a mãe que se afasta, de recebê-la efusivamente quando regressa e de usá-la como base para explorações, tornando evidente o apego da criança à figura materna. Os terceiros são tratados com crescente cautela, podendo, provavelmente, causar retraimento.
- 4º "Fase de formação de uma parceria corrigida pela meta": a criança passa a adquirir um discernimento intuitivo sobre os sentimentos e motivos da mãe, iniciando as bases para um relacionamento mútuo e muito mais complexo, a que se denomina "parceria" ou, como chamamos, a solidariedade e o afeto recíproco, conferindo capacidade de entendimento e compreensão dos fatos e nexos de causalidade. Tem maior ocorrência a partir do terceiro ano de idade,

²³¹ BOWLBY, John. *Apego, a natureza do vínculo*. São Paulo, Livraria Martins Fontes Editora, 1.990, p. 283/287. Ver mais em: ERIKSON, Erik. *Enfance et société*. Neuchâtel, delachaux et Niestle, 1976; BLOOM, Benjamin S. *Stability and change in human characteristics*. New York, Wiley, 1964; GOLDSTEIN, Josph, FREUD, Anna e SOLNIT, Albert. *Dans l'intérêt de l'enfant*. Paris, Les Editions ESF, 1973.

dependendo da intensidade do estágio anterior e do grau de maturidade da criança para sua faixa etária.

Kaplan e Sadock comentam que a separação não é um problema para o bebê nos dois primeiros estágios, desde que suas necessidades sejam satisfeitas, porém *"No próximo estágio, às vezes chamado de definição do apego (dos 6 meses até os 24 meses), o bebê chora e exhibe outros sinais de sofrimento, quando separado do responsável ou da mãe"*.²³²

Terry Faw, professor associado de Psicologia pela Lewis e Clark Colleges, também anota que *"com aproximadamente sete meses de idade é que surge a afeição específica e, com esta, um medo de estranhos (...) Muitas vezes a ansiedade de separação começa a surgir com cerca de dez meses, atinge um pico de intensidade entre treze e dezoito meses, diminuindo naturalmente depois dos dois anos"*.²³³

Bowlby ainda comenta que se a criança, entre a idade dos dez a dezoito meses, é separada da mãe ou de quem faz as suas vezes nos cuidados e carinho indispensáveis, a perda equivale à morte, como se o seu mundo desabasse,

²³² KAPLAN, Harold. SADOCK, Benjamin. *Compêndio de psiquiatria – Ciências comportamentais – Psiquiatria clínica*. Editora Artes Médicas, Porto Alegre, 6ª edição, 1993, p. 114/115. Ver também CONDON, J. T.. Psychological disability in women who relinquish a baby for adoption, in *Medical journal of Australia*, nº 144, feb. 1986, p. 117/119.

²³³ FAW, Terry. *Psicologia do desenvolvimento. Infância e adolescência*. Editora McGraw-Hill, 1981, p.143/145. No mesmo sentido, BRODZINSKI, D. M.. *The psychology of adoption*. New York, Oxford University Press, 1990, p. 294.

porque a necessidade permanece insatisfeita, podendo deixá-la desesperada de dor de tão esmagadora é a perda.²³⁴

Lucinete Santos, ao analisar a questão da circulação de crianças nos setores populares urbanos²³⁵, observa que mais da metade das mães tinha, em algum momento, dado um dos seus filhos para criação e também mais da metade das mulheres adultas, recebeu, em algum momento, uma criança de outrem para criar e, mais, dentre as mulheres pesquisadas, não foi informada nenhuma razão para acharem repugnante dar seu filho para outras criarem.

As pessoas que circularam quando crianças falam com tranqüilidade, aparentemente sem complexos, de suas idas e vindas entre um lar e outro, o que permite suprir as necessidades da criança, nos seus anos mais dependentes, de forma coerente e solidária.

Por estes motivos, sustenta-se a necessidade de desvendar e superar equívocos, não negando a importância da avaliação e orientação técnica, nem propondo que sejam aceitos, sem critérios, qualquer "adoção pronta" por respeito às escolhas da população, mas, sim, que os trabalhos técnicos visem favorecer a positividade das relações e evitar a ruptura, geralmente traumática, de vínculos,

²³⁴ BOWLBY, John. *Perda – tristeza e depressão*. Editora Martins Fontes, São Paulo, 1998, p.13. COLLUCCI, Cláudia. Trauma do abandono deve ser tratado logo. *Folha de S.Paulo*, Caderno Infância, in Internet, <http://www1.folha.uol.com.br>, acessado em 02.02.2006, esclarece que “A saúde mental do bebê com até 18 meses está sendo estudada por um grupo de especialistas brasileiros que trabalha na elaboração e validação de 31 indicadores clínicos da saúde psíquica infantil”.

²³⁵ SANTOS, Lucinete S.. Mulheres que entregam seus filhos para adoção – Os vários lados dessa história, in *Abandono e adoção – Contribuições para uma cultura de adoção*. Fernando Freire (organizador). Curitiba, Terra dos Homens, Vicentina, 2001, *cit.*, p.311/317.

cedição que a institucionalização tem, historicamente, produzido crianças sem perspectivas de vida autônoma, uma vez que o vínculo é aspecto fundamental à formação da personalidade.²³⁶

Relevante o comprometimento do adotante em dispensar, em caráter permanente e duradouro, os cuidados e atenções de que necessita o adotando. Neste tocante, consideramos válida a indicação do adotante feita pela mãe biológica, entendendo ter havido precedente verificação das afinidades e compatibilidades entre adotante e adotando que melhor atenda aos interesses do menor, razões pelas quais defendemos a viabilidade da adoção *intuitu personae*, senão desejável esta forma de adoção de menores, sempre que possível.

No lançamento, pela TV Câmara e pela Frente Parlamentar para Adoções, da campanha de apadrinhamento afetivo de crianças e de adolescentes abrigados, foi publicada a reportagem²³⁷ reconhecendo que é preocupante o tempo em que o menor passa em abrigos hoje, em média três anos para que o juiz decida

²³⁶ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo, Memória Jurídica, 2001, *cit.*, p. 56; PEREIRA, Sérgio Gisckow. *Tendências modernas do direito de família*. São Paulo, Revista dos Tribunais, fev.1988, nº 628, p. 19; PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro, Renovar, 1997, *cit.*, p. 244; FACHIN, Edson Luiz. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte, Del Rey, 1996, *cit.*, p. 98; MALDONADO, Maria Tereza. *Os caminhos do coração: pais e filhos adotivos*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2ª ed., 1995, *cit.*, p. 14.

²³⁷ JSBPMO Notícias – Agência Câmara, Rádio Câmara/PCS por Adriana Magalhães. Internet, disponível em <http://listas.rits.org.br/pipermail/jsbpmo/2003>, acessado em 21.01.2004. Para resolver o problema, a deputada Maria do Rosário (PT-RS) apresentou o projeto de lei 760/03, que prevê a redução do tempo de permanência das crianças em abrigo, enfatizando "*reduzir esses prazos, para o juiz ter um prazo, que eu proponho que seja de 6 meses, para decidir se a criança pode voltar para sua família biológica ou se ela deve ter direito a uma família adotante. O que não pode é ela ser abandonada, perder a família biológica e perder a segunda chance de ter uma família, não ser mais adotada porque ela cresceu*". Nilmário Miranda, Secretário Nacional de Direitos Humanos, revelou que a secretaria está preparando um mapeamento dos menores que vivem em abrigos no Brasil, em torno de 80.000.

pela destituição do poder familiar, tornando a criança apta para adoção – essa demora acaba afetando toda a vida da criança, uma vez que a maioria dos casais prefere adotar menores de 2 anos de idade.

4.5. CONSENTIMENTO E INDICAÇÃO DO ADOTANTE

A lei exige o consentimento²³⁸ dos pais, se conhecidos e não destituídos do poder familiar, ou do representante legal do adotando como único requisito objetivo que enseja a adoção. As legislações estrangeiras, em sua maioria, dispensam o consentimento da mãe ou do pai biológicos, quando o menor estiver em estado de abandono.²³⁹

Entretanto, impõe-se uma análise antecedente ao consentimento, posto que de essencial importância perquirir os motivos pelos quais determinaram que uma mãe biológica abandone seu filho ou o disponibilize à adoção.

Para validar a vontade dessa mãe ao encaminhar seu filho à adoção *intuitu personae*, centrando-nos na "mãe biológica" como expressão máxima da

²³⁸ Art.45, ECA: "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. §2º - Em se tratando de adotando maior de 12 (doze) anos de idade, será também necessário o seu consentimento."

²³⁹ COBELLI, Cristina Ebene. La convenzione di Strasburgo e l'adozione nel diritto interno, in *Rivista di Diritto Civile*, vol. XXI, 1975-II, p.694; CATTANEO, Giovanni. Convenzioni europee e leggi interne in tema di adozione dei minori e di trattamento dei figli naturali, in *Rivista di Diritto Civile*, vol. XXVII, 1981-II, p. *Rivista di Diritto Civile*, vol. XXI, 1975-II, p.338; GRANELLI, *Rivista di Diritto Civile*, vol. XXI, 1975-II, p. Carlo. Riforma o controriforma dell'adozione? (Appunti sul regime dell'adozione dopo l'entrata in vigore della Convenzione di Strasburgo), in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol. VII, 1978, p. 613.

filiação, colocada como referência fundamental da criança desde a mais tenra idade: ao tratarmos do consentimento para adoção e indicação do adotante, como "mãe biológica" inclui-se também o pai biológico e o representante legal, na ausência do pai ou da mãe biológicos.

Em todas as legislações estrangeiras verificam-se condições para a validade e a eficácia do consentimento, necessariamente perfeito e livre, porém com regulamentações específicas em relação à adoção de menores, consagrando um regime próprio.

Na maioria dos sistemas jurídicos, o consentimento é pessoal e apenas ocorre perante a autoridade judiciária – entretanto, casos há em que se admite possa ser declarado por escrito (art. 265º, CC suíço) ou numa fase anterior ao procedimento judiciário (art. 1981º, 1, al. "c", CC português – a prévia confiança judicial dispensa o consentimento dos pais), consentimento administrativo, oral ou por escrito, independentemente de processo de adoção se o menor já foi entregue a uma pessoa ou instituição (art. 1982º, CC português; art. 265º, CC suíço; art. 348-3º e 348-4º, CC francês, que permitem que o consentimento pode ser prestado antes mesmo da escolha do adotante).²⁴⁰

No direito comparado conhecem-se dois sistemas básicos para consentimento - (1) o da DECISÃO JUDICIAL (*Dekretsystem*) e (2) o do CONTRATO ou ADMINISTRATIVO (*Vertragssystem*) para acentuar o momento

²⁴⁰ SOUSA, Rabindranath Capelo de. *A adoção – Constituição da relação adoptiva*. Coimbra, 1973 (separata do v. XVIII do Suplemento do BFDUC), *cit.*, p. 66 e ss.; HEGNAUER, Cyril. *Droit suisse de la filiation et de la famille*, adaptação francesa por Bernard Schneider, 2ª éd., Berne, Staempfli & Cie SA, 1984, p. 76 e ss.

determinante na formação da relação adotiva ou, em outras palavras, para definir o elemento constitutivo da adoção²⁴¹.

Na maioria dos países que admitem que o consentimento materno e a manifestação de vontade possam estar formalizados num contrato, exigem que sejam integrados por uma intervenção pública que não se limita a uma verificação do preenchimento dos pressupostos legais, como ocorre no direito austríaco²⁴² e no direito belga²⁴³.

Casos há em que a recusa do consentimento para a realização do contrato converte-se num processo contencioso, adquirindo a natureza judiciária, para que a recusa seja superada mediante a pronúncia judicial da adoção, se o tribunal entender que a recusa é abusiva. Mas isso não descaracteriza a natureza contratual da adoção, havendo sustentação de que entre o sistema judicial (*Dekretsystem*) e o contratual (*Vertragssystem*) não existem, atualmente, diferenças

²⁴¹ No direito romano, protótipo da adoção contratual, era um ato eminentemente público e solene. Os códigos oitocentistas, de matriz voluntarista, exigiam, por vezes, para além da formalização solene do contrato, também a verificação da boa reputação do adotante (CC francês de 1.804, art. 355º). Vide, ainda, EHRENZWEIG, Albert e JAYME, Erik. *Private International Law – Special Part*. Vol.II, Leyden/ Dobbs Ferry. New York, A.W.Sitjthoff/ Oceana Publications, Inc., 1973, p. 233.

²⁴² ABGB, § 179º, 1 a § 181º, 3; RIEG, Alfred, Autriche – L'adoption dans les principales législations européennes (études de droit interne et de droit international privé), I – Droit interne, in *RIDC*, v. 37, 1985, p. 562/571: a adoção resulta de um contrato escrito celebrado entre o adotante e o adotado menor, este através da intervenção de seu representante legal – o contrato vincula as partes, submetendo à homologação judiciária.

²⁴³ CC belga, arts. 343º a 370º: a adoção produz efeitos a partir da outorga do contrato ou da interposição do recurso judicial para pronúncia de adoção quando tenha havido a recusa dos consentimentos necessários para a celebração do contrato - ver PAPANDREOU, Marie-France, Belgique – L'adoption dans les principales législations européennes (études de droit interne et de droit international privé), I – Droit interne, in *RIDC*, v. 37, 1985, p. 582/593; CASMAN, Hélène, La réforme de l'adoption, in *RTDF*, 1988, p. 9/13.

essenciais²⁴⁴, havendo o entendimento de que o procedimento judicial é de caráter extraordinário, não afastando a natureza contratual da adoção²⁴⁵.

No sistema contratual, tradicionalmente aceito, a troca de assentimentos dos contraentes (adotante e menor, através de seus pais biológicos ou de seu representante legal) é estritamente com base num contrato²⁴⁶, como ocorre na Áustria, na Bélgica e na Turquia, no âmbito europeu.

Alguns países exigem ou permitem que o contrato seja submetido à homologação judicial posterior, como ocorre na Bélgica, Áustria, Alemanha e França²⁴⁷ e outros países em que o contrato não está sujeito a qualquer tipo de aprovação administrativa ou homologação judicial, como ocorre na China, na República da Coreia, na Índia e em Madagascar.

Ainda com base contratual, em que se exige que os assentimentos têm de ser efetuados por escrito e junto a uma autoridade notarial, isto é, a decisão deve

²⁴⁴KRAUSE, Harry D., Creation of relationships of kinship, in *International encyclopedia of comparative law*, v. IV (Persons and family), cap. VI, Tübingen/ The Hague-Paris, J.C.B. Mohr/ Mouton, 1976, p. 73.

²⁴⁵RIEG, Alfred, Autriche – L'adoption dans les principales législations européennes (études de droit interne et de droit international privé), I – Droit interne, in *RIDC*, v. 37, 1985, *cit.*, p. 518. CASMAN, Hélène, La réforme de l'adoption, in *RTDF*, 1988, *cit.*, p. 27/30: o processo judicial era, então, assim como hoje, um mero procedimento contencioso de natureza extraordinária, tanto mais que o posterior levantamento da recusa dos consentimentos, ainda durante a fase judicial, provocava a suspensão do processo judicial – este é, parece-nos, apenas um incidente judicial enxertado num sistema de matriz contratual.

²⁴⁶Ver mais em: EHRENZWEIG, Albert; JAYME, Erik. *Private international law – Special Part*. Vol.II, Leyden/ Dobbs Ferry. New York, A.W.Sitjhoff/ Oceana Publications, Inc., 1973, *cit.*, p.233; SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão. A constituição da adoção de menores nas relações privadas internacionais: alguns aspectos., in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Coimbra Editora, agosto de 2000, p.67/68.

²⁴⁷Art. 349º do CC belga; § 179aº do ABGB; § 258aº da Lei austríaca de jurisdição graciosa; § 1750º do BGB alemão; art. 348-3º do CC francês.

ser formulada perante um órgão administrativo, encontramos a Dinamarca, a Hungria, a Irlanda, a Noruega e a Rússia.

São exceções legislações que, embora não sejam de matriz contratual, perfilham uma concepção clássica de certificação da vontade perante a autoridade notarial²⁴⁸ (§ 1750º do BGB; art. 348-3º do CC francês), comportando severas críticas aos ordenamentos que autorizam o consentimento através de procuração²⁴⁹.

O consentimento deve ser pessoalmente manifestado pelos pais biológicos ou pelo representante legal do adotando, permitindo seja de forma oral ou escrita (judicial ou notarial), ilegítimo o consentimento prestado mediante instrumento de procuração (Brasil: ECA, art. 39 e Alemanha: BGB, § 1750º, 3).

Conclui-se que, se os legisladores permitem que o consentimento por escrito dos progenitores, em alguns casos, possa ser feito perante a autoridade de natureza administrativa, maior abertura mostra a possibilidade de prévio consentimento, independentemente de um específico processo de adoção, legitimando o consentimento em branco, adiante abordado.

²⁴⁸ SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil alemão – Direito de família (BGB – Familienrecht)*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, Tradução da 9ª edição, 2002, p. 451/468.

²⁴⁹ SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão. A constituição da adoção de menores nas relações privadas internacionais: alguns aspectos., in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Coimbra Editora, agosto de 2000, *cit.*, p. 92.

No Brasil, Lucinete Santos²⁵⁰, Assistente Social e mestre em Serviço Social, apresentou as verificações extraídas de seu trabalho diuturno que, por mais de dez anos, vem desenvolvendo junto às mulheres que entregam seus filhos para adoção, chegando às seguintes premissas:

- Nem todas as mulheres que entregam seus filhos, o fazem por razões, exclusivamente, de natureza sócio-econômica, ou seja, porque são pobres e excluídas.
- Nem todas as mulheres que entregam seus filhos em adoção o fazem sofrendo intensamente a dor da perda e da impossibilidade de materná-los.

Neste aspecto, se há a escolha do adotante pela mãe biológica, ou seja, manifestada a intenção de adoção *intuitu personae*, não se vislumbra o enquadramento de "abandono" pela mãe biológica que, embora não se disponha a ser mãe ou por absoluta falta de condições estruturais ou financeiras, cuidou ela de averiguar melhores perspectivas ao filho gerado.

É importante respeitar as decisões da mãe ou dos pais biológicos e, a partir daí, tomar providências necessárias para assegurar o direito da criança ser acolhida pela pessoa capaz de amá-la e de protegê-la. Por conseguinte, o processo de adoção não é litigioso, cuja relevância será tratada no item próprio.

A crescente intervenção estatal, arrogando-lhe a vocação tutelar para definir o interesse familiar das pessoas tem suscitado a idéia de neutralidade do

²⁵⁰ SANTOS, Lucinete S.. Mulheres que Entregam seus Filhos para Adoção – Os Vários Lados dessa História, in *Abandono e Adoção – Contribuições para uma Cultura de Adoção*. Fernando Freire organizador. Curitiba, Terra dos Homens, Vicentina, 2001, p.189/196.

Estado e do direito, tendente a "desjudicializar"²⁵¹ as relações familiares e que marcam as numerosas reformas legislativas mais recentes em matéria familiar como um novo horizonte do desenvolvimento sócio-jurídico contemporâneo.

Daí sugerir-se a aceitação da adoção *intuitu personae* como instituto jurídico legal e aconselhado para, além de respeitar a manifestação de vontade da mãe biológica que não caracteriza abandono de filho, atender, com urgência e prioridade, as necessidades do menor, destinando-o ao adotante escolhido de maneira mais célere possível, agilizando o processo judicial da constituição adotiva.

Na maioria dos sistemas jurídicos, o conteúdo do consentimento é puro e simples, decorrente diretamente da lei e obstando a autonomia privada das partes.

No direito irlandês (*Adoption Act* de 1974, sec. 8^a), no cipriota (Lei sobre adoção, art. 5^o), no suíço (CC, art. 265^o), no português (CC, 1985^o) e no austríaco (Lei de jurisdição graciosa, § 259^o) permitem que os outorgantes do contrato de adoção possam subordinar o pedido de homologação do contrato a que as pessoas com direito a consentir renunciem ao conhecimento do nome e do domicílio do adotante, também verificado no direito inglês (*Children Act* de 1975, sec. 12^a). O direito inglês (sec. 13^a) e o cipriota (art.5^o) permitem que o consentimento esteja condicionado à educação da criança num certo rito religioso.

²⁵¹ GLENDON, M. A. La transformation des rapports entre l'état et la famille dans l'évolution actuelle du droit aux Etats-Unis, in *Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines*. Bruxelles/ Paris, Établissements Émile Bruylant – LGDJ, 1978, *cit*, p. 43 ss; MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. *Famille, Droit et chagement social dans les sociétés contemporaines – Rapport général de synthèse*. Bruxelles/ Paris, Établissements Émile Bruylant, LGDJ, 1978, *cit*, p.698 ss.; CLAUX, Pierre Jean. Faut-il supprimer le droit de la famille?, in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*. Paris, Litec, 1990, p. 53/60.

O direito alemão (§ 1747º, 3, do BGB) admite a *Inkognitoadoption* ou *adoption anonyme*, conferindo validade ao consentimento dado sem o conhecimento da identidade dos adotantes, embora a jurisprudência alemã condene o consentimento em branco (*Blankozustimmung*) ou consentimento abstrato, efetuado de um modo geral e independentemente da escolha do adotante.²⁵²

Na *Inkognitoadoption* ou *adoption anonyme*, a mãe e/ou pai biológicos disponibilizam o filho à adoção, ficando a escolha do adotante e da pessoa que os representará no procedimento adotivo delegada a um terceiro, pessoa física ou moral, podendo estar condicionada à previa verificação da idoneidade e da conveniência. Não há indicação de um adotante em especial, de modo a garantir o segredo da adoção e a preservação da identidade do adotante.

O consentimento em branco implica que a mãe e/ou pai biológicos renunciem ao conhecimento do nome e domicílio do adotante e na aceitação de qualquer que seja o destino do filho ou que tal futuro não lhes interessa ou não se importam a quem incumbirá os cuidados com a criança, daí resultando numa maior rapidez na colocação do menor em família substituta, por não haver qualquer resistência ou interferência dos pais biológicos na destinação da criança à adoção ou, se isso não for alcançado, à tutela, à guarda ou à institucionalização.

²⁵² FLORSCH, Michèle, Alemanha (République Fédérale) – L'adoption dans les principales législations européennes (études de droit interne et de droit international privé), I – Droit interne, in *RIDC*, v. 37, 1985, p. 530; SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil alemão – Direito de família (BGB – Familienrecht)*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, Tradução da 9ª edição, 2002, *cit.*, p.455/459.

Entretanto, tradicionalmente e cumprindo a bilateralidade que caracteriza o contrato, os consentimentos dos pais eram dados tendo em conta determinados adotantes. Indaga-se se é suprível judicialmente a renúncia do conhecimento de quem será o adotante e a aceitação de qualquer que seja o destino da criança ou se, ao reverso, o contrato é ineficaz e, por isso, impede a homologação judicial. Questiona-se, ainda, se tais imposições não implicariam violação à dignidade humana e à personalidade.

Rejeitado no direito alemão, o consentimento em branco é admitido no direito francês (art. 348-4º, CC), no português (art. 1982º, CC), no suíço (art. 265aº, CC) e em muitos outros países, pressupondo que o "consentimento" – melhor seria dizer declaração – em branco ou abstrato equivale ao abandono e, por conseguinte, conduziria à entrega da criança, geralmente à segurança social, instituição ou abrigo, público ou privado.

No direito espanhol, nas adoções que exigem proposta prévia de um serviço público, o consentimento não se refere ao determinado adotante, visando garantir o segredo da adoção (art. 177º, CC espanhol), mesmo quando se tratar de adoção de órfão parente do adotante em 3º grau, adoção do filho do cônjuge ou do concubino ou adoção da criança que vive há mais de um ano com o adotante.

No mesmo sentido, o Código Civil belga (art. 349º, 4), quebrando a tradição de um consentimento para adoção específica em que os adotantes apareciam individualizados, autoriza que os genitores, pai ou à mãe biológicos, deixem a terceiro, pessoa física ou moral, a escolha do adotante e da pessoa que os

representará no procedimento adotivo, submetido à posterior homologação pelo "Tribunal de Jeunese".²⁵³

Há uma crescente admissibilidade de situações em que os progenitores podem consentir validamente num momento anterior ao processo adotivo, o que implica num consentimento em branco, constituindo numa forma inequívoca de facilitar a realização da adoção, acelerando os procedimentos e permitindo um reforço do segredo da identidade dos intervenientes e adotantes.

Entretanto, o consentimento abstrato consiste num regime jurídico especial, em geral estabelecendo a impossibilidade do reconhecimento da paternidade (art. 124-1º do Código de Família polaco), a entrega da criança à segurança social ou instituição privada de adoção (art. 348-4º do Código Civil francês; art. 1982, nº 2 do Código Civil português na redação anterior à Reforma de 1998) e a irrevogabilidade do consentimento compreendido como dispor do filho biológico ou perder o poder familiar (art. 48 do Código de Família húngaro).²⁵⁴

Tais situações permitem o consentimento em branco porque submetido ao regime jurídico especial acima descrito, conferindo rapidez no processo adotivo.

²⁵³ MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. Rapport belge, in *La vérité et le droit (journées canadiennes)*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXXVIII, 1987, p. 65/69; CASMAN, Hélène, La réforme de l'adoption, in *RTDF*, 1988, *cit.*, p. 19 e ss.: aponta-se a inidoneidade do instrumento, impropriamente chamado de adoção "em branco", posto que, dependente da intervenção dos pais biológicos para homologação judicial da adoção, em verdade estar-se-á tratando de adoção anônima.

²⁵⁴ SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão. A constituição da adoção de menores nas relações privadas internacionais: alguns aspectos., in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Coimbra Editora, agosto de 2000, *cit.*, p. 95/100.

Todavia, a disponibilidade para adoção não decorre sempre do estado de carência da criança, como nos casos de filhos de pais desconhecidos, filhos de pais falecidos, situações graves de desamparado material ou moral, entrega da criança à seguridade social ou instituição, perda ou destituição do poder familiar – hipóteses em que, corretamente, dispensar-se-iam o consentimento dos progenitores na colocação do filho em família substituta ou institucionalização do menor.

Num e noutro caso não se dispensa a manifestação do adotando, sempre que for possível a sua oitiva – neste sentido, citando jurisprudência francesa que determinou a nomeação de representante *ad hoc* para efetuar o consentimento do menor que já tinha atingido idade legal para consentir, mas acometido por doença ou deficiência que impeça a manifestação do adotando.²⁵⁵

No direito belga, o adotando maior de 15 anos de idade, mas interdito, é substituído por um representante para sua manifestação; porém, em sentido contrário, o Tribunal Constitucional italiano²⁵⁶ decretou a inconstitucionalidade da norma que dispunha que antes dos 14 anos o consentimento do adotando deveria ser efetuado pelo seu representante legal (Lei da adoção de 1983, arts. 45, 2º e 56, 2º), dado o caráter pessoal do consentimento.²⁵⁷

²⁵⁵ HUET-WEILLER, Danièle, France – L'adoption dans les principales législations européennes (études de droit interne et de droit international privé), I – Droit interne, in *RIDC*, v. 37, 1985, p. 616.

²⁵⁶ Sentença nº 182, de 18 de fevereiro de 1988.

²⁵⁷ SOUSA, Rabindranath Capelo de. *A adoção – Constituição da relação adoptiva*. Coimbra, 1973 (separata do v. XVIII do Suplemento do BFDUC), *cit.*, p. 59 e ss.

Em alguns casos, a adoção pode assentar-se no consentimento personalizado dos progenitores – neste caso específico não há perda ou destituição do poder familiar anterior, divisando a possibilidade de adoção *intuitu personae*.

Queremos, com isso, diferenciar os conceitos e os respectivos procedimentos adequados ao consentimento em branco e ao consentimento personalizado; embora, na prática, as legislações, que atualmente admitem o consentimento personalizado, não definam distinções consideráveis nos procedimentos voltados à adoção do menor em que não se pode adotar criança de religião diferente, a não ser mediante expresse acordo dos pais biológicos²⁵⁸, como ocorre na Irlanda, no Chipre, na Grécia, em Israel e na Inglaterra, de modo que o procedimento adotivo com consentimento personalizado é bastante semelhante ao daquele com consentimento em branco ou abstrato.

A indicação ou escolha do adotante, notadamente por questões culturais²⁵⁹, tem merecido especial cuidado, principalmente no âmbito internacional, freqüentemente citada uma sentença cantonal de Tunis, de 26 de dezembro de 1974, em que, a propósito de saber se uma criança tunisiana poderia ser adotada por estrangeiro, se afirmou a necessidade de se tratar de candidato muçulmano ou

²⁵⁸ Irlanda: *Children Act*, 1974, sec. 4^a; Chipre: Art. 27, Lei sobre Adoção, de 1954; Grécia: Decreto Lei de 1970, art. 14; Israel: Sec. 5^a, Adoption of Children Law, 1981; Inglaterra: *Children Act*, sec. 14^a, de 1984 – cf. SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão. A constituição da adoção de menores nas relações privadas internacionais: alguns aspectos., in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Coimbra Editora, agosto de 2000, *cit.*, p. 101.

²⁵⁹ A respeito, consulte-se DÉPREZ, Jean. Droit international privé et conflicts de civilisations. Aspects méthodologiques (Les relations entre systhèmes d'Europe occidentale et systhèmes islamiques en matière de statut personnel), in *Recueil des Cours*, t. 211, 1988 – IV, p. 140 ss.; MEZIOU, Kalthoum, Pérennité de l'Islam dans le droit tunisien de la famille, in *Le statut personnel des musulmans (droit comparé et droit international privé)*, sous la direction de Jean-Yves Carlier et Michel Verwilghen, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 274.

convertido ao Islão, posto o choque cultural e religioso como fundamental ao respeito do direito à identidade pessoal e à observância do princípio do interesse da criança.

Dentro desse espírito, o art. 20 da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança orienta atender à origem étnica, religiosa, cultural e lingüística quando destinada à adoção.

A declaração judicial ou administrativa de disponibilização como condição para adoção do menor (*Blankzustimmung* ou consentimento em branco) constitui-se uma das marcas distintivas do novo direito de adoção e revela-se portadora de inegáveis vantagens, à primeira vista aparentando ser um mecanismo mais rápido e eficaz de resolução das situações de desamparo da criança, através da sua entrega a um particular ou a uma instituição pública ou privada, independentemente da pronúncia de adoção, evitando as dificuldades emergentes do confronto²⁶⁰.

²⁶⁰ Neste sentido, SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão. A constituição da adoção de menores nas relações privadas internacionais: alguns aspectos., in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Coimbra Editora, agosto de 2000, *cit.*, p. 100; MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. Rapport belge, in *La vérité et le droit (journées canadiennes)*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXXVIII, 1987, p. 65/69; CASMAN, Hélène, La réforme de l'adoption, in *RTDF*, 1988, *cit.*, p. 19; HEGNAUER, Cyril. *Droit suisse de la filiation et de la famille*, adaptação francesa por Bernard Schneider, 2ª éd., Berne, Staempfli & Cie SA, 1984, *cit.*, p. 76; ELROD, Linda D., e WALKER, Timothy B.. Family law in the fifty states, in *FLQ*, vol. XXVII, 1994, *cit.*, p. 524, HOWE, Ruth-Arlene. Adoption, practice, issues and laws – 1958-1983, in *FLQ*, v. XVII, 1983, *cit.*, p. 186, BROMLEY, P. M., Droits et devoirs des parents à l'égard de leurs enfants, in *Mariage et famille en question (l'évolution contemporaine du droit anglais)*, sous la direction de Schwarz-Liebermann von Wanhlendorf, Paris, CNRS, 1979, *cit.*, p. 126; SOUSA, Rabindranath Capelo de. *A adoção – Constituição da relação adoptiva*. Coimbra, 1973 (separata do v. XVIII do Suplemento do BFDUC), *cit.*, p. 59.

Contudo e ainda assim, sustentamos a viabilidade do consentimento personalizado e pessoal dos pais biológicos, quando não destituídos do poder familiar ou do representante legal, ouvido o próprio adotando sempre que possível, como a melhor forma de atender os prioritários interesses do menor, entregando-o à família previamente escolhida para atender às suas necessidades e potencialidades, mediante indicação consciente e livre, não se dispensando a averiguação e diligências por parte do Juízo, do Ministério Público e da equipe técnica incumbida das avaliações psicológica, social e econômica. Entendemos que a adoção *intuitu personae* melhor atende aos interesses do menor, mesmo que mais demorada porque o direcionamento exige maior cuidado e diligências para confirmar-se a autenticidade da escolha e direcionamento, que não se escondem simulações.

Neste sentido também orienta o direito internacional a respeito do direito familiar, sustentando-se o princípio da autonomia da vontade dos pais ou, mais especificamente da mãe biológica.²⁶¹

As regras procedimentais devem supor a comunhão da finalidade de facilitar a constituição de uma relação jurídica adotiva, inspirada na idéia de favorecimento do filho²⁶², viabilizando a harmonia e coesão do regime jurídico

²⁶¹ OVERBECK, Alfred, E. Von. Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents - Cours général de droit international privé, in *Recueil des cours*, p. 176, vol. II, 1982, 87; CARLIER, Jean-Ives. *Autonomie de la volonté et statut personnel*. Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 377 ss.

²⁶² "*Favor adoptionis*", cf. JUENGER, Friedrich K.. General course on private international law, in *Recueil des Cours*, t. 193, vol. IV, Dordrecht/ Boston/ London, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p.279; CAMPIGLIO, Cristina. *Il rapporto di filiazione nel diritto internazionale privato italiano – Il momento costitutivo*. Padova, CEDAM, 1990, p. 147; PATOCHI, Paolo Michele. *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel – De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*. Genève, Librairie de 'Université Georg & Cie S.A., 1985, p.119/121.

familiar, conferindo o mérito inegável de colocar, nas mãos das partes envolvidas, a integração do menor numa nova comunidade jurídica.

Consagra-se, ainda, o princípio da autonomia da vontade da mãe ou dos pais biológicos como um veículo, por excelência, de recuperação da idéia de um estatuto familiar único²⁶³ para solucionar os conflitos de aplicação da lei nacional ou da lei do domicílio, bem como para a diluição das desvantagens e das dificuldades que lhe estão, geralmente, ligadas; muito embora a exclusão da autonomia da vontade das partes seja um indício claro de conferir um tratamento não contratual ao instituto da adoção de menores na maioria das legislações²⁶⁴.

Corroboram em defesa da prevalência da autonomia da vontade da mãe ou dos pais biológicos, também os princípios da boa fé e da dignidade humana.

A boa fé, que sobeja sistematizada no Código Civil, tem aplicação nas funções interpretativas, na criação de deveres de conduta e na limitação dos direitos subjetivos, *"que demanda o cumprimento daquilo que foi prometido em bases honestas e confiáveis, que se concretiza progressivamente à medida que tais comportamentos se convertam em necessidades práticas"* porque traz, como

²⁶³ GANNAGÉ, Pierre. La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille, in *Revue Critique*, vol. 81, 1992, p. 428; CARLIER, Jean-Ives. *Autonomie de la volonté et statut personnel*. Bruxelles, Bruylant, 1992, *cit.*, p. 13; FALLON, Marc. Une chronique anticipé du droit international privé de la famille (1980-2000), in *RTDF – Revue Trimestrielle de Droit Familial*, 1991, p. 482.

²⁶⁴ Numa antiga decisão alemã do *Kammergericht* – Tribunal de Apelação de Berlim, de 8 de novembro de 1935, rejeitou-se liminarmente o princípio da autonomia da vontade das partes e a susceptibilidade do estatuto da adoção a ser escolhido por elas, afirmando o caráter imperativo do art. 22 da EGBGB, cf. KRUSCH, Walter. L'adoption – Droit allemand, in *Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne*. Tübingen/ Paris, J.C.B. Mohr Paul Siebeck, Recueil Sirey, 1954, p. 343, nota 2.

standard e parâmetro de correção, honestidade e bons costumes que emanam de anseio ético, convergindo em uma mesma linha moral.²⁶⁵

Nesta linha de raciocínio, insere-se a boa fé como regra de conduta incidente no exercício dos direitos subjetivos, "*facultando uma possibilidade histórica ímpar de penetrar no conteúdo material do vago dever de agir segundo a boa fé*", afetando os fatos jurídicos, em especial as decisões decorrentes do poder paternal que, geralmente, são carregados de importância particular porque trazem, no íntimo e por direito, a necessidade de proteger as pessoas sob esse singular poder, de forma que não pode ser preterido pelos expedientes técnicos de ocasião.²⁶⁶

O princípio da dignidade humana, insculpida como fundamento no artigo 1º, inc. III, da Constituição Federal brasileira, tem como pressuposto a boa fé e, "*destinado a dar conteúdo à personalidade ... é especial, constituindo o 'minimum' necessário e imprescindível ao seu conteúdo*"²⁶⁷, "*podendo ser hauridas em uma complexidade de hipóteses, como direitos potestativos, faculdades, ônus e outras categorias*"²⁶⁸.

²⁶⁵ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2005, p. 130, 165 e 193; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo, Malheiros, 2ª ed., 2003, p. 74; DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 488/489.

²⁶⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra, Livraria Almedina, 1997, p. 477/481 e 527.

²⁶⁷ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa, Ed. Moraes, 1961, p. 17.

²⁶⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999, p. 155.

Por isso, a dignidade da pessoa humana deve ser considerada mais que um princípio, elevando-se à categoria de valor²⁶⁹, na medida em que, intersubjetivamente, expressa o caráter preferencial dos bens jurídicos quando analisados comparativamente.

Assim, entendemos que a indicação do adotante pela mãe ou pai biológicos, quando não destituídos do poder familiar, deve ser respeitada em função, não só do princípio da autonomia da vontade, mas também em observância aos princípios da boa fé e da dignidade da pessoa humana, albergando tanto a pessoa do adotando como a dos seus pais biológicos, no contexto em que a dignidade humana incide nos direitos da personalidade como um direito absoluto, posto que "o sujeito e o objeto representam o "ser", já que a pessoa é o ponto de referência da relação e a sua tutela não admite fracionamento".²⁷⁰

Evidentemente e conforme já sustentamos, o fato de o progenitor indicar o adotante não exime este de submeter-se à avaliação psico-social para aferir a adequação e conveniência de ser-lhe deferida, ou não, a adoção, a critério do Juízo, ouvidos o Ministério Público e equipe multiprofissional, permitindo "uma

²⁶⁹ Valores são bens atrativos, enquanto que princípios são normas em potencial: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 81/138; ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 217, p. 74/75; ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo, Landy Editora, 2000, p. 222; CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. de Antônio Mendes Cordeiro. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 88 e 205/206; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 6ª ed., 1999, *cit.*, p. 166/167; ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. de J. Batista Machado. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 318/325; GRAU, Eros Roberto. *La doble desestructuración y la interpretación del derecho*. Trad. de Barbara Rosenberg. Barcelona, Bosh, 1998, p. 100/104.

²⁷⁰ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2005, *cit.*, p. 23.

*pequena dose de relativização do princípio da dignidade em decorrência do irrecusável respeito à igual dignidade de outras pessoas, ... Contudo, jamais essa relativização poderá atingir o núcleo essencial da pessoa, vale dizer, os seus direitos de personalidade, a ponto de reduzi-la à condição de objeto.*²⁷¹.

Em não sendo respeitada e, ao menos, verificada a escolha e indicação do adotante, feita pelos progenitores do adotando – isto é, se obrigatória a observância da ordem de inscrição no cadastro de adotantes e não admitida a adoção *intuitu personae*, ensejar-se-ia a instalação da massificação social, em que a pessoa humana se integra como um ser anônimo e despersonalizado, colocado numa uniformidade capaz de suprimir as distinções que especifica e caracteriza cada indivíduo.²⁷²

Parece-nos que a massificação social afronta os ditames de observância dos interesses do menor que, necessariamente, exige sejam individualizados, aferidos segundo as características e peculiaridades pessoais e circunstanciais, variáveis conforme a realidade particular de cada caso. Se tratada como uma questão específica, descurando-se de seus requisitos diferenciadores, deixaríamos de atender os prioritários interesses da criança e do adolescente inaugurados na Convenção de Haia e concebidos no ECA.

²⁷¹ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2005, *cit.*, p. 57.

²⁷² DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho y masificación social*. Madrid, Ed. Civitas, 1999, p. 23: a massificação social conduz à perda de referência do ser humano imerso na massa.

4.6. AVALIAÇÃO PSICOSSOCIAL

Muitos são os fatores que influenciam no perfil psicológico do adotando, como já visto antes: tempo de institucionalização, desagregamento familiar, carência econômica, heranças genéticas, discriminações sociais, cultura ou costumes da família de origem, deficiências físicas, fatores que exigem especial atenção, havendo de se levar em conta também os sonhos e ideais que a criança, a partir da idade apropriada, passa a nutrir ou fomentar. Cada criança ou adolescente apresenta necessidades e interesses individuais, particularizados que precisam ser avaliados para que se identifique quem melhor possa atendê-los.

Os motivos que determinam o desejo e a intensidade com que um sujeito dedica sua atuação voltada ao atingimento dos seus objetivos são fundamentais para definir a permanência da conduta e a seriedade dos princípios morais que regram sua personalidade; entretanto a volatilidade do comportamento do adulto invariavelmente pode distorcer a percepção das reais intenções do agente.

São fatores intrínsecos que exigem especialização e treinamento para que o profissional possa detectar tais particularidades subjetivas na pessoa do candidato à adoção, tão ou mais importante que verificar seu perfil psicológico propriamente dito que o torne apto a dar orientação espiritual, amparo nas dificuldades e energia para corrigir o rumo diante das tentações e desvios típicos da juventude que irá vivenciar com o adotando.

Existem, ainda, fatores objetivos que precisam estar presentes para que o candidato possa atender às necessidades e interesses do adotando: ter condições sociais mínimas que permitam criar, no sentido de guarnecer alimentação, vestuário, lazer, convivência num lar estruturado e fornecer formação suficiente para garantir autonomia na fase adulta. Umas são necessidades emergenciais e imediatas, outras perduram no tempo e exige perspicácia e intuição profissional para estimar sua viabilidade.

As psicólogas Niva e Liana²⁷³, estudando a concepção de família idealizada no processo de adoção sob o ponto de vista dos profissionais técnicos que elaboram as avaliações psicossociais para inscrição, preparação e seleção de adotantes, obtiveram os dados de natureza objetiva (factuais, concretos) e subjetiva (valores, atitudes e crenças) a partir das falas dos psicólogos e assistentes sociais entrevistados, implicando na grande dificuldade em definir o melhor interesse da criança e do adolescente²⁷⁴:

- Não existem características, modelos ou perfis subjetiva e socialmente idealizados ou estabelecidos para as famílias adotantes;
- Para cada critério de seleção proposto pelos técnicos, há uma discussão e uma relativização do mesmo, sugerindo que cada caso e/ou situação estudada são

²⁷³ COSTA, Liana Fortunato. CAMPOS, Niva Maria Vasques. *A família nos estudos psicossociais de adoção: experiência em uma Vara da Infância e da Juventude*. São Paulo, Editora RT, vol. 813, 2003, *cit.*, p. 114/128.

²⁷⁴ ALPA, Guido. I principi generali e il diritto di famiglia, in *Diritto famiglia*, vol. XXII, 1993, p.261/271; DIEREN, Benoît Van. L'intérêt de l'enfant: alibi, piège ou nécessité?, in *RTDF – Revue Trimestrielle de Droit Familial*, 1994, p. 113 ss; DONNIER, Marc. L'intérêt de l'enfant, in *Recueil Dalloz-Sirey*, chr XXVI, 1959, p. 180.

particularizados, não existindo uma "família ideal", mas diversas possibilidades. Percebe-se a crença na existência de famílias contra-indicadas, ou seja, "*algumas características que não favorecem a adoção*" indica a existência de critérios de exclusão, como a desestruturação familiar e psicológica e, em contra-partida, a existência de determinadas condições de saúde mental, funcionamento, dinâmica e organização familiar que poderão propiciar um ambiente favorável ao bom desenvolvimento da criança, "*mesmo porque, ela pode não ser indicada neste momento e a partir de todo um trabalho de orientação, de esclarecimento, ela pode se tornar plenamente indicada ...*".²⁷⁵

- Motivação para adoção: o aspecto volitivo e voluntário da adoção são os fatores mais importantes na avaliação, conquanto o engajamento e a vontade transpõem obstáculos,²⁷⁶ não se descuidando da possibilidade de manipulação ou condução das vontades expressadas pelos adotantes.
- Indicação mútua: família/criança, criança/família, onde os perfis de ambas devem se encaixar ou compatibilizar.²⁷⁷ Um dos princípios gerais que devem pautar a assistência psicológica nos processos de adoção é o de realizar uma avaliação criteriosa das pessoas que se habilitam para adotar, procurando garantir que os

²⁷⁵ No mesmo sentido, COELHO, Francisco M. Pereira. *Curso de Direito de Família*, Coimbra, Ed. Policiopiada, 1986, p. 99; DOLTO, Françoise. *Tout est langage*. Paris, Le Livre de Poche, 1987, p.80; CORNEAU, Guy. *Pai ausente, filho carente. O que aconteceu com os homens?*. São Paulo, Ed. Brasiliense, 1997, *cit.*, p. 63/65; LAMMERANT, Isabelle. *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*. Bruxelles, Bruylant/ Paris, L.G.D.J., 2001, *cit.*, p. 661.

²⁷⁶ COSTA, Liana Fortunato. CAMPOS, Niva Maria Vasques. *A família nos estudos psicossociais de adoção: experiência em uma Vara da Infância e da Juventude*. São Paulo, Editora RT, vol. 813, 2003, *cit.*, p. 122.

²⁷⁷ GESELL, Arnold. *A criança dos 0 aos 5 anos*. São Paulo, Martins Fontes, 1996; MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção*. São Paulo, Editora Cortez, 2001; KNOBEL, Maurício. *Orientação familiar*. Campinas, Papirus, 1992; TULKENS, F.. Le placement des mineurs et le droit au respect de la vie familiale, in *Rev. Trim. dr. h.*, 1993, p. 564.

pais adotivos possam oferecer à criança condições favoráveis ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades. Simultaneamente, investigar as características psicológicas do adotando e do adotante, já que as personalidades da criança e dos pais adotivos influenciam o resultado do processo.²⁷⁸

- O momento vivido pela família é um importante critério de indicação da família para adoção, embora relativo porque uma crise momentânea não deve implicar em exclusão, podendo haver acompanhamento técnico e oportuna reavaliação²⁷⁹
– As circunstâncias se alteram tanto quanto os momentos vividos, razão pela qual parece-nos que a orientação dada não seja a mais adequada, não só em função das constantes alterações dos momentos, mas principalmente pelo tempo de expectativa durante a espera para uma nova reavaliação após os trabalhos de adequação, mantendo-se a criança sob guarda provisória do pleiteante da adoção e que certamente criará o vínculo afetivo, conforme abaixo abordado.
- O vínculo entre a família adotante e o adotando é de fundamental importância, que se sobrepõe a possíveis inadequações e dificuldades, impondo-se uma postura que permita a aceitação de diferenças existentes entre a família real e suas concepções de adequação ou sua família idealizada, a partir do reconhecimento da competência das famílias, enquanto sistemas que se auto-

²⁷⁸ A respeito, vide BOULANGER, François. *Droit civil de la famille*. Paris, Economica, t. 1 (Aspects internes et internationaux), 2ª éd., 1992; t. 2 (Aspects comparatifs et internationaux), 1994, *cit.*, p.80; NEVES, António Castanheira. O papel do jurista no nosso tempo, in *Digesta – Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra, Coimbra Editora, vol. I, 1995, p. 9; do mesmo autor, O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito, *cit.*, p. 287/302.

²⁷⁹ COSTA, Liana Fortunato. CAMPOS, Niva Maria Vasques. *A família nos estudos psicossociais de adoção: experiência em uma Vara da Infância e da Juventude*. São Paulo, Editora RT, vol. 813, 2003, *cit.*, p. 123.

organizam. Semelhantemente, no direito comparado sustenta-se que há a polarização de duas finalidades, que ainda hoje servem de base à adoção²⁸⁰ – por um lado, o estágio de convivência assegura a continuidade familiar e permite a concretização de uma paternidade ou maternidade desejadas e, por outro lado, garante aos menores uma assistência.

- A intersubjetividade do profissional²⁸¹ no processo de estudo psicossocial²⁸². Este aspecto fundamental diz respeito à preparação do técnico, que nos leva a pensar na importância de uma formação continuada, na possibilidade de estar sempre se renovando, estudando e se atualizando. Os esforços da Administração no sentido do oferecimento de cursos, supervisão, congressos, seminários, cursos e programas de especialização e pós-graduação são de extrema importância para uma melhor formação e preparação do profissional no contexto jurídico, a fim de que as diferentes vivências possam ser assimiladas pelos técnicos envolvidos na avaliação.

²⁸⁰ NOVA, Rodolfo de. Adozione (diritto internazionale privato), in *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, p. 601 ss. ; DIEREN, Benoît Van. L'intérêt de l'enfant: alibi, piège ou nécessité?, in *RTDF – Revue Trimestrielle de Droit Familial*, 1994, *cit.*, p. 111.

²⁸¹ GANNAGÉ, Pierre. La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille, in *Revue Critique*, vol. 81, 1992, *cit.*, p. 432; CARLIER, Jean-Ives. *Autonomie de la volonté et statut personnel*. Bruxelles, Bruylant, 1992, *cit.*, p. 420; OVERBECK, Alfred E. Von. Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents - Cours général de droit international privé, in *Recueil des cours*, . 176, vol. II, 1982, *cit.*, p. 88; JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne – Cours général de droit international privé, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, *cit.*, p. 152 – sustentam que os critérios subjetivos para avaliação psicossocial justificam a escolha do adotante, como critério volitivo, segundo o conceito pessoal dos pais biológicos em melhor atender aos interesses do adotando.

²⁸² COSTA, Liana Fortunato. CAMPOS, Niva Maria Vasques. *A família nos estudos psicossociais de adoção: experiência em uma Vara da Infância e da Juventude*. São Paulo, Editora RT, vol. 813, 2003, *cit.*, p. 124/126.

- O reconhecimento da competência das "novas" organizações familiares e o processo de autoconhecimento a partir da relação com o objeto de estudo: a reflexão de cada profissional sobre suas próprias experiências em sua família e determinada classe social e cultural, em confronto com cada caso analisado, determinam a melhor capacitação para elaborar a avaliação técnica que autorize a adoção pretendida e o atendimento das necessidades e dos interesses do adotando²⁸³.

As avaliações psicológicas e sociais atualmente desenvolvidas para fins de adoção carecem de aprimoramento e de estrutura bastante que permitam a análise judicial necessária, urgente a melhoria neste aspecto, com maiores investimentos públicos para a formação e especialização dos profissionais encarregados pelos estudos conclusivos e desejável haja parceria e colaboração do setor privado sem fins lucrativos, visando aumentar o número de profissionais dedicados a este mister.

Entendemos indispensável a verificação da idoneidade do adotante para assumir a responsabilidade definitiva e irrevogável da adoção, imprescindível também quando se tratar de adoção *intuitu personae* de crianças e de adolescentes, mesmo que dispensável a prévia inscrição no cadastro de adotantes. Apenas na hipótese da avaliação psicossocial concluir pela comprovada e fundamentada incompatibilidade do perfil do adotante *intuitu personae* aos interesses e

²⁸³ CARBONNIER, Jean. Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille, in *Les notions à contenu variable en droit*, études publiées par Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1984, p. 99/112; BOULANGER, François. *Droit civil de la famille*. Paris, Economica, t. 1 (Aspects internes et internationaux), 2^a éd., 1992; t. 2 (Aspects comparatifs et internationaux), 1994, *cit.*, p. 80.

necessidades de determinado adotando, autorizar-se-á a não homologação judicial da adoção como consentida e proposta.

4.7. CADASTRO DE ADOTANTES

No tópico relativo à infância e juventude, o Corregedor-Geral da Justiça do Estado do Paraná expôs as conclusões do III Encontro dos Corregedores-Gerais das Justiças Estaduais e do Distrito Federal e Territórios, no sentido de que a criação e manutenção de um cadastro centralizado de adotantes visa evitar múltiplas adoções²⁸⁴.

Não concordamos sobre este aspecto de se evitar múltiplas adoções, conquanto nada obsta a possibilidade de um mesmo adotante adotar várias crianças, se preencher os requisitos legais e desde que tenha condições para oferecer estímulo ao desenvolvimento da criança.

O Provimento nº 494/93, do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo dita, em seu art.7º, que *"A adoção será sempre assistida pelo Poder Público (...)"* – Evidentemente, o registro determinado pelo art. 50 é de natureza diferente: irá permitir uma mais fácil consulta dos candidatos a adotante, antes das entrevistas pessoais, sempre frustrantes para as crianças não aceitas.

²⁸⁴ Ofício Circular n. 64, publicado em 06.11.1995 – Boletim Informativo COAD, *Direito Imobiliário* nº 35, pág. 489. A propósito, ilustrativo julgado: TJSP – AC 32.214-0 – Catanduva – Câmara Especial – Rel. Des. Prado de Toledo, j. 20.02.1997 – v.u.: *"Comprovação satisfatória da capacidade de adotar – Possibilidade de inscrição junto ao cadastro de adoções da Comarca – Ressalva do magistrado bem colocada, no sentido de que, por possuírem filhos, serão preteridos por aqueles que não os tem – Recurso não provido."*

O preceito não estabelece que deva ser seguida a ordem cronológica dos candidatos inscritos, o que resultaria contraproducente, no deferimento dos pedidos. Consultar o cadastro de adotantes possibilita melhor adequação às preferências com relação a sexo, idade, raça ou saúde das crianças.

No nosso sentir, houve distorção nos princípios que primeiro devem nortear a adoção, posto que apenas o interessado na adoção deve ser entrevistado para se aferir o legítimo interesse e sua idoneidade para atender aos interesses prioritários do adotando (a ordem cronológica não precisa ser seguida), embora concordemos que a prioridade dos interesses é da criança e, não as preferências do adotante.

Referido Provimento nº 494/93 conduziu ao Provimento nº 12, de 06.07.1995, baixado pelo Desembargador Antônio Carlos Alves Braga, Corregedor da Justiça do Estado de São Paulo, posteriormente incorporado nas Normas de Serviços da Corregedoria Geral²⁸⁵, conforme transcrito:

“45. Todo juízo da Infância e da Juventude no Estado fica obrigado a criar e/ou adaptar o cadastro de pessoas interessadas em adoção e de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas.

45.1. Os interessados deverão apresentar requerimento solicitando sua inscrição, juntamente com os documentos exigidos no art.165 da Lei 8.069/90, o qual será autuado, numerado e registrado em livro próprio, após o que será dada vista ao setor técnico que, em quinze

²⁸⁵ CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo, Editora LTr, 2ª edição, 1997, *cit.*, p. 210/211 – são nossos os grifos na transcrição.

dias, apresentará avaliação psicossocial e, em seguida, à Promotoria da Infância e Juventude para parecer, após o qual serão conclusos ao Juiz.

46. Os pretendentes à adoção (brasileiros e estrangeiros residentes no País) deverão cadastrar-se junto ao Juízo da Infância e da Juventude de seu domicílio, como dispõe o art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

(...)

50. O cadastro centralizado de pretendentes à adoção funcionará junto à Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional (CEJAI), destinando-se exclusivamente a serviço de apoio aos Juízes da Infância e da Juventude do Estado, sem qualquer interferência, prévia ou posterior, nas colocações feitas.

51. O Cadastro Central, quando consultado, fornecerá ao Juiz dados referentes às dez primeiras pessoas que estejam cadastradas, observando a ordem cronológica da inscrição.

51.1. Quando nenhuma das pessoas cadastradas atender aos requisitos específicos, poderá ser solicitada relação das seguintes até o exaurimento dos inscritos."

Parte dos motivos que deram ensejo à não admissão da adoção *intuitu personae* pela doutrina e pela jurisprudência pátria estão nas disposições acima transcritas, que indicam ser obrigatória a inscrição no cadastro de pessoas interessadas em adotar (item 45.1 e 46) como condição para avaliação da idoneidade, além de, no item 51 mencionar "*observando a ordem cronológica da inscrição*", dando o equívoco entendimento de que a adoção deve seguir tal ordem.

Não concordamos com o enfoque dado, às vistas das menções contidas nos itens 50 e 51.1, dispondo que o cadastro funcionará junto à CEJAI – destaca-se para adoção internacional e destinará exclusivamente a apoio aos Juízes, sem qualquer interferência, prévia ou posterior, nas colocações feitas, ressaltada a possibilidade de nenhuma das pessoas cadastradas atender aos requisitos específicos, permitindo seja consultada a relação até o exaurimento dos inscritos.

A respeito, Luiz Antonio Miguel Ferreira²⁸⁶ menciona que o principal objetivo dos serviços auxiliares, conforme o artigo 150 do ECA, é assessorar a Justiça da Infância e da Juventude, fornecendo subsídios através de laudos escritos ou informações verbais, devendo desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação e acompanhamento, não havendo um modelo ou critério pré-estabelecido para tanto.

Porém, os laudos técnicos são prescindíveis, ou seja: obrigatório é o estudo, a avaliação psicossocial, não sendo obrigatória a formalização documental com a estrutura de laudo, se o procedimento reúne elementos suficientes para o julgamento. Por outro lado, pode ocorrer a intervenção social ou psicológica, ou as duas em conjunto, dependendo da necessidade revelada pela situação em concreto.²⁸⁷

²⁸⁶ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. Aspectos Jurídicos da Intervenção Social e Psicológica no Processo de Adoção, in *Justitia* – Órgão do Ministério Público de São Paulo. Procuradoria-Geral da Justiça e Associação Paulista do Ministério Público, vol. 196, 2001, pág.2/3.

²⁸⁷ ECA, art. 161, §1º, art. 162, §2º e art. 167 (estudo social) c/c art.186, §4º (relatório da equipe interprofissional).

Aplica-se o CPC – Código de Processo Civil brasileiro quanto aos prazos e procedimentos, incluindo-se suspeição e impedimento do profissional dos serviços auxiliares, por disposição do art. 152 do ECA²⁸⁸ e, sob este aspecto, ousamos criticar, entendendo que, em havendo indícios de suspeição ou impedimento de profissional técnico, impunha-se a imediata substituição por outro profissional mediante ordem do Juízo sem necessidade do procedimento judicial de suspeição ou de impedimento, porquanto as avaliações psicológica e social haveriam de ser mais céleres, a fim de atender aos interesses urgentes e prioritários do menor.

Em razão do Estatuto da Criança e do Adolescente ter estabelecido a obrigatoriedade da autoridade judiciária manter, em cada Comarca ou Foro Regional, um registro de pessoas interessados na adoção como condição procedimental para os estudos sócio-psicológicos, regulamentado pela Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo através do Provimento CG-12, de 06.07.1995, conduziu-se à conclusão de que seria obrigatório o cadastro como pessoa interessada em adotar.²⁸⁹

Contudo, considerando o conjunto das Normas de Serviços da Corregedoria Geral da Justiça, em especial os itens 50 e 51.1, o E. Tribunal de

²⁸⁸ A respeito, ver V. Acórdãos do E. TJSP, na Apelação Cível nº 17.626-0, Campinas, Rel. Des. Lair Loureiro, j. 13.05.1993 e na Apelação Cível nº 38.241-0, Ribeirão Pires, Rel. Des. Cunha Bueno, j. 28.08.1997.

²⁸⁹ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. Aspectos jurídicos da intervenção social e psicológica no processo de adoção, in *Justitia* – Órgão do Ministério Público de São Paulo. Procuradoria-Geral da Justiça e Associação Paulista do Ministério Público, vol. 196, 2001, *cit.*, p. 7 e 10; No mesmo sentido, PACHI, Carlos Eduardo. A Atuação do Setor Técnico junto às Varas da Infância e Juventude, in *Infância e Cidadania*, vol. 2, Munir Cury (organizador). São Paulo, 1998, pág.25.

Justiça do Estado de São Paulo tem decidido que o cadastro serve apenas de auxílio, não sendo requisito essencial para o processo de adoção.²⁹⁰

A interpretação deve considerar os objetivos visados na adoção, observando as disposições constantes no ECA a que visa regulamentar, evidentemente, prevalecendo os superiores interesses da criança ou do adolescente, permitindo inferir que não se impõe, necessariamente, a ordem cronológica dos cadastrados como interessados perante o juízo.

Neste sentido, apesar de referir-se a regularização de situação fática, mencionamos as jurisprudências gaúchas:

"A ordem cronológica do art.50. do ECA comporta flexibilidade, quando dois casais, em igualdade de condições, disputam a adoção de menor, especialmente em caso de chamada "adoção dirigida", em que a mãe escolhe os adotantes, desde já, entregando-lhes o filho, confiada na melhor guarda e no futuro da criança, que pretende proteger, para que tenha um futuro garantido e não venha a sofrer como ela as vicissitudes da vida, madrasta para mãe e para seus outros filhos. Agora, quer proteger a sua cria e nada impede que assim o faça."

(TJRS – AI 598023919 – RS – 8ª C.Cív. – Rel. Des. Roque Miguel Fank, j. 26.03.1998)

"ADOÇÃO – Tendo a genitora da menor entregue sua filha em adoção a um casal determinado (adoção 'intuitu personae'), não se pode desconsiderar tal vontade, em razão da existência de listagem de casais cadastrados para adotar. A lista serve para organizar a

²⁹⁰ AI nº 43.239-0 – São Paulo – Câmara Especial, Rel. Des. Alves Braga, j. 04.06.1998 e Embargos de Declaração nº 40.748-0 – São Paulo – Câmara Especial, Rel. Des. Alves Braga, j. 30.07.1998.

ordem de preferência na adoção de crianças e adolescentes, não podendo ser mais importante que o ato da adoção em si."

(Ap. Cível 70006597223, 7ª Câm. Cível, TJRS, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 13.08.2003)

Em outro V. Acórdão prolatado pelo E. TJRS, através de sua Sétima Câmara Cível, admitiu-se a adoção *intuitu personae* para regularizar situação fática, em razão de o casal recorrente alega que, na prática, adotaram o menor ainda no ventre materno, eis que acompanharam a mãe biológica durante toda a gestação, com os cuidados e proteção necessários, acompanhando-a inclusive nas ecografias e que juntos ficaram sabendo o sexo do bebê; mas nunca tiveram a intenção de burlar a lista de adoções, bem como não pagaram para ter o menor consigo, enfatizando que, pela soma dos contracheques do casal, pode-se verificar que não há condições financeiras para tanto.²⁹¹

O E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através de sua Câmara Especial, prolatou o V. Acórdão mantendo a criança no convívio da família adotante, até que, provando a existência de fortes laços afetivos com a criança, e o preenchimento dos demais requisitos legais, regularmente obtenham a adoção *intuitu personae*.

Também este caso refere-se, em verdade, a regularização de situação fática – adoção afetiva para atender aos superiores interesses da criança que, nascida em novembro de 2002 e desde então entregue pela mãe biológica aos

²⁹¹ ACÓRDÃO, Agravo de Instrumento nº 70.006.480.453, 7ª Câmara Cível do TJRS, Relator Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, v.u., j. 13.08.2003.

cuidados e muito carinho dos adotantes, só em março de 2003 ingressaram com pedido de adoção após a concessão da guarda provisória, tendo o Juízo ordenado a busca e apreensão da infante, com transferência para entidade de abrigo de menores desamparados, *"atento à falta de regular inscrição no cadastro, com ofensa ao que dispõe o artigo 30 do Estatuto da Criança e do Adolescente, concluiu pela carência, com a extinção do processo, sem exame do mérito"*.²⁹²

Na Declaração de Voto, no mesmo V. Acórdão, o Desembargador Roberto Vallim Bellocchi, acompanhando o voto do Desembargador Relator Mohamed Amaro, expressa que considerou *"a questão do cadastro, na hipótese, não constitui obstáculo imediato à pretensão, já que a própria mãe da criança os elegeu como aqueles que poderiam assumir tal responsabilidade, à semelhança da adoção 'intuitu personae'"*.

As discussões acerca da adoção *intuitu personae* giram em torno das seguintes questões:

- A genitora tem o direito de escolher o casal ou interessados na adoção do seu filho?
- Deve-se validar essa escolha ou deve-se considerar que a genitora que abre mão do seu filho não mais tem esse direito?

²⁹² ACÓRDÃO, Agravo Regimental nº 103.327-0/5-01, Comarca de São Paulo, Câmara Especial do E. TJSP, j. 14.07.2003, v.u. – Voto 18.880 do Des. Rel. designado Mohamed Amaro, registrado sob nº 00595542.

A Assistente Social Lucinete Santos²⁹³ admite a imbricação da adoção *intuitu personae* com as "adoções prontas". Compartilhamos o entendimento exposto apenas no que pertine defender o princípio de que a escolha da genitora deve ser considerada e priorizada, desde que os interessados escolhidos apresentem condições básicas necessárias ao bem-estar geral da criança, nos seguintes termos por ela expostos:

“...partir do princípio de que a genitora que abre mão do filho, independentemente das suas razões e do seu sofrimento, tem suprimido automaticamente o direito de escolha sobre quem poderá lhe substituir na vida do filho que gestou durante nove meses, significa adotar-se uma visão moralista do seu ato, partindo-se neste caso de uma concepção de mundo que não leva em conta o contexto sócio-histórico e as suas determinações sobre as condições de vida e escolhas dos indivíduos. É reduzir a leitura da realidade à esfera individualmente e moralizante o que possibilita julgar negativamente essa mãe e excluir da sua vida mais um, e último, direito em relação ao ser que gerou.

Ora, se partirmos de outra perspectiva de análise que contemple as múltiplas determinações sócio-históricas e culturais, assim como as inter-relações entre o universo objetivo e subjetivo dessa mãe que abre mão do seu filho, certamente teremos uma outra postura e poderemos adotar do ponto de vista técnico uma conduta de apoio e que seja facilitadora do processo, excluindo dele a culpa, o constrangimento, o julgamento moral reducionista e que a primeira perspectiva certamente contempla.

É preciso ainda, sensibilizar os requerentes de adoções – “prontas”, ou não – para uma visão positiva dos pais biológicos, considerando as motivações objetivas e subjetivas da sua decisão de abrir mão ou abandonar seus filhos, de modo a evitar-se que a desqualificação, da origem social, ou do perfil dos pais biológicos venha a trazer sérios

²⁹³ SANTOS, Lucinete S.. Adoções prontas, in *Abandono e adoção – Contribuições para uma cultura de adoção*. Fernando Freire (organizador). Curitiba, Terra dos Homens, Vicentina, 2001, *cit.*, p.316/317.

problemas relacionais e emocionais para a criança (...) importa fugir da armadilha dos modelos ideais e adotar uma postura de tolerância (respeito) com as diferenças e com as alternativas encontradas pela população, especialmente dos setores populares, para responder às suas necessidades, pois assim como o saber não é uma obra acabada, também as pessoas não o são ...”

Aliás, quanto ao cadastramento dos menores disponibilizados à adoção, bem assim quanto ao cadastramento, ou não, dos candidatos a adotante, orienta o Projeto de Lei 1.756/2003²⁹⁴, do Deputado João Matos, em trâmite no Congresso Nacional:

Art. 7º. A Autoridade Judiciária, definindo os critérios de preferência para adotar dentre os pretendentes cadastrados, ...

...

§2º. A inscrição de pretendentes será precedida por um período de preparação pedagógica e emocional, orientado pela equipe do Juizado da Infância e da Juventude, ou por organismo credenciado, nos termos do art.60 desta Lei.

...

§4º. O cadastramento como adotáveis das crianças e adolescentes cujos pais são desconhecidos, ou decaíram do poder familiar deverá ser providenciado, no prazo de cinco dias, após o trânsito em julgado da sentença que declarou tal circunstância.

§5º. O cadastramento como adotáveis das crianças e adolescentes órfãos que se encontrem em regime de Abrigo se fará imediatamente após a comunicação escrita da instituição ao Judiciário, acompanhada de documentação comprobatória da orfandade e de declaração desta de que não compareceram parentes reclamando o desabrigo e da juntada de certidão da distribuição do não ajuizamento de pedido de colocação em família substituta por parte

²⁹⁴ Íntegra do PL-1.756/2003 em <http://www.camara.gov.br>, acessado em 01.10.2005.

dos seus familiares, ouvido o Ministério Público, não condicionado a qualquer lapso temporal.

...

Art. 8º. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não inscrito no cadastro a que alude o art.7º desta Lei quando se tratar de pedido de adoção unilateral, ou formulada por parente próximo, ou com adesão expressa dos genitores, ou quando se tratar de guarda fática, em que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade.

§1º. A adesão expressa dos genitores, ou de um deles, deverá ser devidamente justificada, podendo a Autoridade Judiciária determinar dilação probatória, de ofício, para comprovação do que for afirmado.

§2º. A Autoridade Judiciária deverá determinar as diligências necessárias para verificar se os futuros pais adotivos são adequados, se estão aptos e se estão devidamente preparados para a adoção.

4.8. PROCESSO DE ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*

A colocação do menor em família substituta através da concessão da guarda, tutela ou adoção é medida sempre preferível ao abrigo em entidade de atendimento, toda vez que não for possível ou for inconveniente que o menor permaneça com sua família biológica.

O abrigo em entidade de atendimento é medida provisória e excepcional porque, na prática brasileira, é visto como verdadeira internação que inviabiliza relacionamentos afetivos e impede a aquisição de princípios sociais e morais, dificultando a boa formação da personalidade e preparo para a vida adulta

saudável, à vista da massificação do atendimento decorrente do significativo número de crianças recolhidas na mesma entidade.²⁹⁵

Não raramente a colocação em família substituta tem, como objetivo, regularizar a posse de fato do menor – regularização essa que pode se dar mediante pedido judicial de guarda, de tutela ou, geralmente, de adoção.

Em que pese entendermos que adoção "pronta" não se confunde com adoção *intuitu personae*, o entendimento jurisprudencial pátrio tem admitido a adoção *intuitu personae* quando já formado o vínculo afetivo decorrente da posse de fato, a que se tem denominado adoção afetiva:

"ADOÇÃO – Guarda de infante a casal para fins de adoção, com inobservância da ordem de antiguidade dos cadastros dos pretendentes adotantes – Inexistência de determinação legal para observância de tal ordem (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 50) – Guardiões que obtiveram habilitação judicial, para fins de adoção – Permanência do infante por mais de dez meses na companhia dos pretendentes adotantes – Manutenção desse status quo, conveniente aos interesses da criança. (...)

não se pode deslembrar que o infante se acha na companhia dos guardiões há mais de sete meses, noticiando os autos que, nesse período, o casal vem cuidando, e bem, de sua criação, custeando a assistência médica de que tanto necessita." (g.n.)²⁹⁶

²⁹⁵ Decorre daí o entendimento generalizado, notadamente no direito comparado, que o processo de adoção é um procedimento de natureza graciosa, ainda quando admitida certa característica de natureza contenciosa, cf. SOUSA, Rabindranath Capelo de. *A adoção – Constituição da relação adoptiva*. Coimbra, 1973 (separata do v. XVIII do Suplemento do BFDUC), *cit.*, p. 153; REIS, José Alberto dos. *Processos Especiais*, vol. II. Coimbra, Coimbra Editora, 1982, p. 397; VARELA, João Antunes. Os tribunais judiciais, a jurisdição voluntária e as conservatórias do registro civil, in *RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 128º, p. 131.

²⁹⁶ LEX 182/196-198, JTJ, AI 33.328-0, Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Luís de Macedo, v.u., 25.julho.1996 (grifos nossos)

"A ordem cronológica do art. 50, do ECA, comporta flexibilização, quando dois casais, em igualdade de condições, disputam a adoção de menor, especialmente em caso de chamada "adoção dirigida", em que a mãe escolhe os adotantes, desde já, entregando-lhes o filho, confiada na melhor guarda e no futuro da criança, que pretende proteger, para que tenha um futuro garantido e não venha a sofrer como ela as vicissitudes da vida, madrasta para mãe e para seus outros filhos. Agora, quer proteger a sua cria e nada impede que assim o faça." (g.n.)²⁹⁷

"1. Estatuto da Criança e do Adolescente. Extinção do pátrio poder. Sentença formal e substancialmente correta.

2. Adoção intuitu personae. Assistência judicial.

1. Como regra geral a perda do pátrio poder, e isto resta claro na lei de regência, será decretada judicialmente em procedimento contraditório. Estando todavia os pais concordes com a sua extinção, comparecendo em juízo e isto declarando de forma inequívoca e expressa, "inexistirá lide ou pretensão resistida e a questão passa a ter caráter meramente administrativo ou de jurisdição voluntária".

2. Quando, à luz da atual legislação menorista, não se pode negar a possibilidade da ocorrência da adoção intuitu personae, é inegável também que ao Judiciário cumpre o dever de assisti-la, não passivamente, mas nela interferindo, até mesmo para obstá-la, de modo a resguardar, em sua inteireza, os superiores interesses do perfilhado. Assim determina a regra constitucional inserta no § 5º do art. 227, da CF." (g.n.)²⁹⁸

²⁹⁷ AI 598023919, 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Des. Miguel Fank, j. 26.03.1998, in <http://www.filhosadotivos.com.br> (grifos nossos).

²⁹⁸ TJPR – Recurso de Apelação nº 96.629-6, Rolândia, Rel. Juiz Convocado Milani de Moura, ac. nº 13000, 1ª Câmara Criminal, j. 08/02/2001 (trata, entretanto, da concordância dos pais biológicos na extinção do poder familiar) , in www.mp.rs.gov.br (grifos nossos).

Os requisitos para a petição inicial de colocação em família substituta, dispostos no art. 165, do ECA, configuram condição para concessão²⁹⁹, acrescentando-se os requisitos especiais para o pedido de adoção³⁰⁰, podendo, com procedimento contraditório e cumprimento dos requisitos postos no art. 156, do ECA, cumular, com o pedido de adoção, os de destituição de tutela, de perda ou de suspensão do poder familiar e com o de guarda provisória, mediante iniciativa do interessado através de advogado constituído ou do representante do Ministério Público.

Na generalidade dos sistemas, a decisão adotiva tem natureza constitutiva, mesmo que os pedidos sejam cumulados com os de destituição de tutela, de perda ou de suspensão do poder familiar e com o de guarda provisória.³⁰¹

Prevalece a natureza constitutiva da decisão também nos países em que a homologação judicial é uma mera condição de eficácia do contrato

²⁹⁹ Art. 165, ECA: "São requisitos para a concessão de pedidos de colocação em família substituta: I – qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge, ou companheiro, com expressa anuência deste; II – indicação de eventual parentesco do requerente e de seu cônjuge, ou companheiro, com a criança ou adolescente, especificando se tem ou não parente vivo; III – qualificação completa da criança ou adolescente e de seus pais, se conhecidos; IV – indicação do cartório onde foi inscrito o nascimento, anexando, se possível, um cópia da respectiva certidão; V – declaração sobre a existência de bens, direitos ou rendimentos relativos à criança ou ao adolescente. Parágrafo Único: Em se tratando de adoção, observar-se-ão também os requisitos específicos."

³⁰⁰ ECA, arts. 40 e 42, §§ 1º, 2º e 3º, referentes à idade; art. 44, quanto à aprovação das contas do requerente tutor ou curador; art.45, do consentimento dos pais, do representante legal ou do adotando; art. 51, quando o requerente for estrangeiro.

³⁰¹ SOUSA, Rabindranath Capelo de. *A adoção – Constituição da relação adoptiva*. Coimbra, 1973 (separata do v. XVIII do Suplemento do BFDUC) SOUSA, Rabindranath Capelo de. *A adoção – Constituição da relação adoptiva*. Coimbra, 1973 (separata do v. XVIII do Suplemento do BFDUC), *cit.*, p. 156; ANDRADE, Manuel Domingues de. *Noções elementares de processo civil*, vol. I. Coimbra, Coimbra Editora, 1956, p.71; VARELA, João Antunes. BEZERRA, J. Miguel. NORA, Sampaio. *Manual de processo civil*, 2ª edição. Coimbra, Coimbra Editora, 1985, p. 69; CASTRO, Artur Anselmo de. *Lições de processo civil*, vol. I. Coimbra, Livraria Almedina, 1970, p.250; MENDES, João de Castro. *Direito Processual Civil*, vol. I. Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1980, p. 79/80.

previamente realizado, embora não se resuma à verificação do cumprimento das condições legais, permitindo e até aconselhando uma apreciação da conveniência da adoção, mediante averiguação dos relatórios e inquéritos dos organismos sociais que colaboram na fase preparatória da adoção e colocação pré-adoptiva.

Interessante observar a necessidade de anuência expressa do cônjuge ou do companheiro, quando o requerente da adoção for casado ou mantenha união estável, *more uxorio*, pois "*seria contrário aos princípios fosse o menor posto no seio de família que o não aceita de todo*"³⁰², exceto se comprovada a separação de fato, para que o menor seja colocado numa família com a qual possa conservar ou estabelecer vínculos afetivos.

O processo judicial para adoção de menores tem se mostrado, em muitos casos, por demais moroso, podendo se arrastar por anos a fio, o que impinge imenso sofrimento e expectativas às partes, não raro afetando, pela via direta ou indiretamente, o próprio menor.

Ilustra a situação o V.Acórdão em que relata que a mãe biológica "*deixou o filho com Lúcia Helena que comprometeu-se a dele cuidar por alguns dias; entretanto, logo em seguida, Lúcia Helena veio a entregar a criança para o casal João e Lucélia, e estes, por sua vez, passaram-no para os requerentes.*" – a mãe biológica disse que permitiu que o filho ficasse com Lucélia por apenas quinze dias e

³⁰² PELUSO, Antônio César. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, Munir Cury e outros (coordenadores), São Paulo, Malheiros Editores, 5ª edição, 2002, p. 508/509: entretanto, os divorciados e os judicialmente separados podem adotar em conjunto, desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal e acordado sobre a guarda e o regime de visitas (art.42, §4º, ECA).

isto para que fosse levado a um médico, mas não se concluiu, com firmeza, se a entrega, a pessoa diversa dos requerentes da adoção, foi definitiva ou temporária. O processo de adoção se arrastou por mais de dez anos e ainda não havia decisão definitiva.³⁰³

Na adoção *intuitu personae* proposta na presente tese, ocorre quando, com concordância dos pais biológicos, a adoção for requerida para pretendente específico, que ainda não tenha formado vínculo de afetividade em decorrência de convivência anterior com o menor (não se trata, pois, de regularização da posse de fato ou da guarda irregular do menor), cabendo o processo de adoção *intuitu personae* propriamente dito.

E esta é a única hipótese verdadeiramente *intuitu personae* ou direcionada, não comportando cumular pedido de destituição ou suspensão do poder familiar – é efetivamente mais célere, embora prevista a oitiva dos pais em audiência, como uma providência a mais, não exigida no processo de adoção comum, conforme se extrai do Parágrafo Único do artigo 166, do ECA:

Art. 166: Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do pátrio poder, ou HOUVEREM ADERIDO EXPRESSAMENTE AO PEDIDO DE COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA, ESTE PODERÁ SER FORMULADO DIRETAMENTE em cartório, em petição ASSINADA PELOS PRÓPRIOS REQUERENTES.

³⁰³ Recurso Especial nº 100.294-SP (1996/0042191-9), Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, v.u., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior.

Parágrafo Único: Na hipótese de CONCORDÂNCIA DOS PAIS, eles serão ouvidos pela autoridade judiciária e pelo representante do Ministério Público, tomando-se por termo as declarações.

Neste aspecto, Granato entende que se o poder familiar estiver suspenso, poderá ocorrer a destituição e, então, o procedimento se torna contraditório (art. 169), devendo os interessados terem assistência de advogado.³⁰⁴

Ousamos discordar desse entendimento, já que o *caput* do artigo 166, do ECA, dispensa a intervenção de advogado, permitindo que o pedido seja assinado diretamente pelos próprios requerentes da adoção quando, no exercício do poder familiar, os pais biológicos houverem aderido expressamente ao pedido ou quando forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar – implica dizer que a suspensão ou a destituição do poder familiar é anterior ao pedido de acolhimento em família substituta formulada pelo requerente, não podendo haver cumulação com o pedido de adoção.

Com efeito, se os pais biológicos aderirem expressamente com a colocação em família substituta específica e determinada, o pedido, assinado pelos próprios requerentes, poderá ser formulado diretamente em cartório.

A sistemática disposta no art. 166 e Parágrafo Único, do ECA, confere maior celeridade ao processo de adoção, posto que dispensa a intervenção de advogado regularmente constituído, não há contraditório porque inexistente lide e, por isso, permite seja apresentado o pedido diretamente em cartório judicial, como se

³⁰⁴ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. A destituição do poder familiar e os procedimentos da adoção, in *Grandes temas da atualidade – adoção*. Rio de Janeiro, Ed. forense, 2005, *cit.*, p. 175.

pode extrair do comentário do Desembargador Antônio César Peluso, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"(...) Esta concordância pode ser manifestada na mesma petição ou em documento que a instrua; mas, para efeito de controle da eficácia de ato de tamanha magnitude jurídica, que, como declaração de vontade, só basta quando seja veraz, consciente, livre e firme, os pais serão ouvidos logo, em audiência especial mas reservada (art. 206, caput), mediante termo de declarações, pelo juiz e, por intermédio dele, pelo representante do Ministério Público.

A audiência há de ser imediata, precedendo, de qualquer modo, a deliberação das diligências instrutórias (art. 167), porque concerne a pressuposto de simplificação do procedimento: retratando-se os pais, ou não bastando a concordância, o juiz assinará prazo de 10 dias para que seja a inicial emendada e subscrita por patrono legalmente habilitado, com adoção do rito contraditório (art. 284 do CPC).

2. Como se percebe, a dispensa de representação responde à conveniência de simplificação do procedimento, em hipótese onde, não existindo lide atual nem virtual, desaparece a necessidade do contraditório e da atuação técnica conseqüente (art.5º, LV, da CF, a contrario). Daí não quadrar aos casos de cumulação objetiva (cf. comentário nº 1, art. 169), cujo pedido prejudicial necessário impõe sempre a adoção de procedimento sujeito ao princípio da bilateralidade da audiência (art. 169, caput).

Essa a razão por que a regra não se aplica a pedido de adoção de criança ou adolescente contra a vontade de pais que estejam suspensos do exercício do pátrio poder: há aí, sob pena de inépcia, cúmulo obrigatório (rectias, ônus de cumular) com pedido de destituição (art. 45, § 1º). Nem a pedido de guarda a que se oponha qualquer dos genitores: há, aqui, conflitualidade latente."³⁰⁵

³⁰⁵ PELUSO, Antônio César. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, Munir Cury e outros (coordenadores), São Paulo, Malheiros Editores, 5ª edição, 2002, cit., p. 510.

A procura do ponto de equilíbrio entre autonomia da vontade dos pais *versus* família-instituição, privado *versus* público tem sido objeto de inúmeras discussões jurídicas e de reformas legislativas, acentuadamente nos Estados Unidos e em alguns países europeus.³⁰⁶

A necessidade de audiência reservada é específica para os casos de adoção *intuitu personae* – não exigida para a adoção comum – e tem, por fundamento, exatamente verificar se a declaração de vontade, tanto dos pais biológicos como também do pretendente da adoção, é verdadeira, consciente, livre, firme e fundado em motivos legítimos³⁰⁷, aqui mais se acentuando a perspicácia, a sabedoria e a experiência do juiz e do representante do Ministério Público, a fim de coibir eventual tentativa de negociações ou interesse ilícito por parte dos adultos.

O pedido de adoção *intuitu personae* pode ser formulado juntamente com o de guarda provisória e estágio de convivência, desde já podendo ser deliberado pelo juiz.

A partir desta etapa procedimental, o processo de adoção *intuitu personae* segue o mesmo procedimento previsto para a adoção comum, com avaliação psicossocial, a ser realizada por equipe interprofissional, procedida no

³⁰⁶ PAUWELS, J.M.. Les leçons du droit comparé pour un droit aux dimensions européennes, in *La réforme du droit de la filiation – perspectives européennes*. Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 281/293; DUTOIT, Bernard. L'évolution récente du droit de la filiation en France, en République Fédérale d'Allemagne, en Autriche et en Italie, in *Familienrecht im wandel – Festschrift für Hans Hinderling*. Basel/ Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1976, p. 1/19; BOULANGER, François. *Droit civil de la famille*. Paris, Economica, t. 1 (Aspects internes et internationaux), 2^a éd., 1992; t. 2 (Aspects comparatifs et internationaux), 1994, *cit.*, p. 3 ss.

³⁰⁷ ECA, art. 43: "A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos."

momento oportuno, determinado de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, antes que seja deferida a adoção em definitivo.

A tese ora defendida, apesar dos respeitáveis argumentos contrários despendidos pela maioria dos doutrinadores pátrios, afigura-se respaldada pela previsão expressa contida no artigo 166, do ECA, embora a jurisprudência nacional ainda não tenha admitido a possibilidade lícita da adoção *intuitu personae* naqueles casos em que, não se tratando de regularização de situação fática ou posse do estado de filho, não houve configuração do vínculo de afetividade criado pela convivência por tempo considerável entre adotante e adotando.

O V. Acórdão abaixo colacionado aponta para possibilidade jurídica da adoção *intuitu personae*, acolhido o procedimento simplificado do processo adotivo com esta peculiaridade – mesmo que se refira a pretendentes à adoção que já estavam convivendo com o adotando desde o nascimento, portanto, formado o vínculo afetivo: disto talvez se possa explicar a demora dos recorrentes em pleitear adoção tão logo a criança lhes foi entregue, justamente porque ainda não há firme jurisprudência nacional claramente admitindo a adoção dirigida ou *intuitu personae*:

ADOÇÃO – Intuitu personae – Possibilidade jurídica do pedido – Validade da manifestação de vontade da genitora, em ver seu filho adotado pelo casal recorrente – Interpretação do artigo 166 da Lei Federal n. 8.069, de 1990 – Prosseguimento do feito ordenado – Recurso provido para esse fim.

Apelação Cível n. 21.010-0.

(...)

Como colocado por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança n. 20.561-0-6, a jovem A.N., logo depois do nascimento

do filho, manifestou, ainda na maternidade, a intenção de entregá-lo em adoção. O fato chegou ao conhecimento da Vara da Infância e da Juventude de ... e, por isso, uma assistente social daquele Juízo foi entrevistá-la. A intenção foi ratificada.

Os avós maternos do infante acabaram pleiteando sua guarda, que lhes foi deferida. Entretanto, passados apenas quinze dias, a genitora da criança compareceu perante o Juízo da Infância e da Juventude para manifestar seu consentimento com a adoção de seu filho por parte dos apelantes.

Os recorrentes foram rapidamente entrevistados pelo setor técnico da Vara, restando inequívoca a intenção deles de pleitearem a adoção. Sobreveio, então, a respeitável sentença guerreada, que apreciando de plano o pedido dos apelantes, indeferiu-o.

(...)

Na Justiça Especializada da Infância e da Juventude não se reclama o rigor do processo civil. É muito comum, por isso, que os pedidos de adoção sejam deduzidos perante o setor técnico dos Juízos Menoristas, por ocasião do atendimento dos interessados. Foi o que ocorreu.

O caso sob exame, de qualquer forma, versa peculiaridade: é que não existe, de fato, conflito de interesses a ser dirimido. A.N. concorda com a adoção de seu filho por parte dos recorrentes. Do mesmo modo, os avós maternos do infante.

A divergência repousa, apenas, na discussão acerca da possibilidade jurídica de os genitores de uma criança elegerem seus adotantes.

Como também já colocado por ocasião do julgamento do mandado de segurança antes referido, pode-se levantar, até com certa facilidade, inúmeros argumentos contrários à chamada **adoção intuitu personae**. Mas à vista da letra do artigo 166 da Lei Federal n. 8.069, de 1990, não se pode negar sua recepção pelo ordenamento jurídico.

Decorre daí que nada impedia que a genitora do pequeno R. manifestasse, validamente, sua pretensão de ver seu filho acolhido, para fins de adoção, pelo casal apelante.

Com isso não se transforma o Juízo da Infância e da Juventude em mero homologador de decisões já tomadas pelos interessados, como pareceu ao Doutor Juiz de Direito.

E isso porque cabe ao Juiz verificar se o casal escolhido para adoção não esbarra no óbice de que trata o artigo 29 da lei de regência. Se esse o caso, a pretensão de adoção deve, sem dúvida, ser indeferida. Caso contrário, vale dizer, inexistindo obstáculo à pretensão manifestada, deve ela ser acolhida.

O caso de que se cuida, é certo, está cercado de circunstâncias que acabaram mesmo não esclarecidas (verbi gratia, não se sabe porque os avós maternos do infante não manifestaram, desde logo, ao Juízo a impossibilidade de assumirem a criação e educação do neto; não se sabe por qual motivo os apelantes não se apresentaram, também desde logo, ao mesmo Juízo, para postularem a adoção, uma vez que tudo demonstra que a criança lhes foi entregue logo depois do nascimento).

Mas essas circunstâncias não apontam para a "fraude" a que se refere o douto Magistrado.

O próprio relatório de fls. 16-17 observa que, a princípio, nada há em relação ao casal apelante que o inabilite para a pretendida adoção. Ao que tudo indica, por outro lado, a criança está bem amparada, recebendo dos apelantes o afeto, os cuidados e a educação de que é merecedora.

O apelo, portanto, merece acolhida, para o fim de afastar o indeferimento de plano do pedido de adoção. Reconhecida, assim, a legitimidade do pleito, caberá ao douto Juízo de origem promover os estudos técnicos necessários sobre a convivência, para a criança, da pretendida adoção (Lei Federal n. 8.069, de 1990, artigo 43). Em outras palavras, apurar-se-á, de um lado, sobre a adaptação do infante no lar substituto e, de outro, sobre a efetiva disponibilidade dos apelantes para exercerem, definitivamente, as funções parentais, considerando-se, inclusive, o tempo já decorrido desde o acolhimento do pequeno R. no lar dos recorrentes.

(...)." (g.n.)³⁰⁸

³⁰⁸ LEX 177/14-17, Apelação Cível n. 21.010-0, Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Dirceu de Mello, 19.10.1995, v.u.

Defendemos a possibilidade jurídica, a licitude e a previsão legal da adoção *intuitu personae*, notadamente nos casos em que, além de não se cumular pedido de extinção do poder familiar³⁰⁹, ainda não houve formação do vínculo de afetividade, ou seja, não se tratando de regularização de situação fática em que há anterior posse de menor.

Entendemos que, a partir da serena admissão da adoção *intuitu personae*, como mais uma forma de adoção lícita, não mais persistem motivos ou receios de os pretendentes, em conjunto com os pais biológicos, deduzirem a intenção de adoção consentida e direcionada.

Não deve haver receios por parte dos pais biológicos em defender um futuro melhor para seu filho, mesmo que isso implique na manifestação consciente de entregá-lo para adoção; não há ilicitude alguma na coragem de o pretendente apresentar-se com a intenção de adotar determinado menor, submetendo-se à posterior avaliação psicossocial e obter autorização judicial para iniciar o estágio de convivência.

³⁰⁹ Importante ressaltar que o Projeto de Lei nº 1.756/2003 – Lei Nacional da Adoção, dispõe, no seu art. 21, §3º que "Para a promoção do pedido de adoção é DISPENSÁVEL A PRÉVIA DECRETAÇÃO DO PODER FAMILIAR em relação aos pais falecidos ou que ADERIRAM EXPRESSAMENTE AO PEDIDO, caracterizando hipóteses de extinção previstas na lei civil, ou quando os pais forem desconhecidos." (grifos nossos)

Nas "Conclusões do I Encontro Estadual de Juízes da Infância e Juventude"³¹⁰, da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, deliberou-se que "*Adoção de recém-nascido (adoção direcionada/admissão da adoção 'intuitu personae') – Conveniência do ajuste de um procedimento entre hospitais e Judiciário (modelo de Porto Alegre), retirando o Conselho Tutelar do circuito do processo de adoção, ressalvadas as hipótese de provocação do Poder Judiciário*" – APROVADO POR UNANIMIDADE: indica a tendência brasileira de reconhecer a possibilidade legal de adoção *intuitu personae*, nos moldes como defendemos.

As disposições contidas no Projeto de Lei 1.756/2003 reforçam nossa tese de que a adoção *intuitu personae* é mais uma forma de adoção legal e que dispensa o prévio cadastramento do adotante, semelhantemente previsto para as adoções unilaterais, requeridas por parente próximo e aquelas em que já vínculo de afetividade formada, visando regularizar situação fática de convívio prolongado:

DAS HIPÓTESES DE DISPENSA DE PRÉVIO CADASTRAMENTO

Art. 8º. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não inscrito no cadastro a que alude o art. 7º desta Lei quando se tratar de pedido de adoção unilateral, ou formulada por parente próximo, ou com adesão expressa dos genitores, ou quando se tratar de guarda fática, em que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade.

§1º. **A adesão expressa dos genitores, ou de um deles, deverá ser devidamente justificada, podendo a Autoridade Judiciária**

³¹⁰ Realizado em Bento Gonçalves, os dias 1, 2 e 3 de dezembro de 2.002, divulgado pela Internet, <http://www.tj.rs.gov.br>, acessado em 22.03.2005.

determinar dilação probatória, de ofício, para comprovação do que for afirmado.

§2º. A Autoridade Judiciária deverá determinar as diligências necessárias para verificar se os futuros pais adotivos são adequados, se estão aptos e se estão devidamente preparados para a adoção.

...

ADOÇÃO COM DISPENSA DE PRÉVIO CADASTRAMENTO

Art. 41. Somente serão admitidos pedidos de adoção com dispensa de prévio cadastramento quando o requerente, além dos requisitos previstos nos incisos I a IV do artigo nº 29 desta Lei, comprovar na petição inicial que se inclui em uma das hipóteses do artigo 8º, também desta Lei.

§1º. **Nos casos de adoção unilateral, de parente próximo ou com adesão expressa, será obrigatória a realização de audiência, na presença da Autoridade Judiciária e do Promotor de Justiça, para oitiva dos genitores, salvo se falecidos, decaídos do Poder Familiar, desconhecidos ou declarados judicialmente ausentes³¹¹, ocasião em que deverão ser advertidos da irrevogabilidade da medida. Se os genitores forem menores de dezoito anos, ainda que assistidos ou representados pelos pais, a Autoridade Judiciária lhes dará curador especial, consignando no termo que a concordância se dá em relação à adoção e não exclusivamente para aquele pedido que está sendo processado.**

§2º. Nos casos de adoção de criança ou adolescente que se encontre sob a guarda de fato do adotante por lapso de tempo que permita confirmar a formação de vínculos de afinidade e afetividade, será obrigatória a formação do contraditório, aplicando-se, no que couber, as regras do artigo subsequente.

³¹¹ No nosso sentir, a ressalva deveria referir-se às adoções unilateral e a parente próximo, sendo impertinente tal ressalva quando se tratar de adoção com adesão expressa (*intuitu personae*), posto que obrigatória a manifestação da mãe e/ou do pai – impossível se falecidos, sem exercício do poder familiar, desconhecidos ou ausentes.

§3º. Havendo necessidade, a requerimento da parte, do Ministério Público ou de ofício, a Autoridade Judiciária poderá determinar a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional, bem como a oitiva de testemunhas.³¹²

O Projeto de Lei é claro nas hipóteses de dispensa de prévio cadastro de adotantes brasileiros: (1) adoção unilateral, (2) formulada por parente próximo, (3) com adesão expressa dos genitores (adoção *intuitu personae* proposta), (4) quando se tratar de guarda fática, em que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade.

Na adoção decorrente da prolongada guarda de fato temos a filiação afetiva já construída entre adotante e adotando; mas tal convívio não precisa, necessariamente, que o adotante tenha sido precedentemente indicado pela mãe e/ou pai biológicos, vale dizer, nem sempre é com antecedente intenção a determinada pessoa ou *intuitu personae*.

Expresso o procedimento diferenciado para a adoção em que o adotando se encontre sob guarda de fato do adotante, por tempo suficiente a configurar a afetividade - §2º do art. 41, do PL 1.756/2003, o que reforça nossa sustentação de que adoção para regularização de guarda de fato (posse do estado de filho) NÃO se confunde com adoção *intuitu personae* que defendemos ocorrer

³¹² Íntegra do Projeto de Lei nº 1.756/2003 – Lei Nacional da Adoção, do Deputado João Matos – PMDB/SC na Internet, <http://www.camara.gov.br>, acessado em 09.04.2005.

antes da formação do vínculo de afetividade entre adotante e adotando, i. é., não visa regularizar situação fática anterior³¹³.

Tratando-se de adoção *intuitu personae*, a adesão expressa deverá ser devidamente justificada, sujeita à comprovação da afirmação. O processamento da adoção *intuitu personae*, da unilateral e a parente próximo é de jurisdição voluntária por não exigir a antecedente perda do poder familiar (§1º do art. 41), diferenciado do processamento da adoção para regularização da guarda de fato, que exige prévia destituição do poder familiar mediante formação do contraditório (§2º do art. 41).

Como se depreende, a adoção para regularizar guarda de fato não se confunde com a adoção com adesão expressa do(s) genitor(es), sendo esta a única hipótese verdadeiramente *intuitu personae*, posto que a mãe e/ou o pai biológicos, com a adesão, indica(m) o adotante que manifesta sua vontade e intenção de assumir a filiação, antes mesmo da formação do vínculo de afetividade entre adotante e adotando.

³¹³ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Adoção pronta X adoção pelo cadastro, in *Grandes Temas da Atualidade – Adoção*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005, p. 248: "*Intuitu personae é o nome dado ao ato em que a mãe biológica determina para quem deseja entregar seu filho ... configurando um caso das chamadas 'adoções pronta' ou o popular 'prato feito' ... para que se legalize uma situação já definida, um fato, de certo modo, consumado*", com o que não concordamos com a 2ª parte.

5. ADOÇÃO DE MENORES NO DIREITO COMPARADO

Neste capítulo, abordando, notadamente, as peculiaridades da adoção de menores em outros países, procuraremos focar os elementos e os subsídios que nos permitiram defender a viabilidade da adoção *intuitu personae*, como sendo mais uma das formas legais de adoção e que, sobretudo, pode melhor atender aos prioritários interesses da criança ou do adolescente, quando sua criação e sua formação não puderem ser feitas no seio de sua família de origem biológica.

5.1. PRECEDENTES HISTÓRICOS DO DIREITO ROMANO

O Direito Civil brasileiro adotou a maioria dos conceitos e princípios fundados no direito romano, que, aliás, transcendeu os limites do Mundo Antigo, servindo de base para a maioria das legislações estrangeiras, desde os primórdios dos tempos.³¹⁴ No direito romano estavam previstos dois tipos de adoção: a *adrogatio* e a *adoptio*.³¹⁵

³¹⁴ SOUSA, Rabindranath Capelo de. *A adoção – Constituição da relação adoptiva*. Coimbra, 1973 (separata do v. XVIII do Suplemento do BFDUC), *cit.*, p. 11 ss.

³¹⁵ BRANCA, Giuseppe. Adozione – Diritto romano, in *Enciclop. Dir.* v. I, p. 580/581, fala sobre a *adoptio naturam imitatur* – no mesmo sentido, SOUSA, Rabindranath Capelo de. *A adoção – Constituição da relação adoptiva*. Coimbra, 1973 (separata do v. XVIII do Suplemento do BFDUC), *cit.*, p. 40 ss: "... a adoção não copia, ficticiamente, a consangüinidade. As causas de uma e outra são diferentes, os efeitos é que tendem a assemelhar-se, sem porém se confundirem ...".

A *ad rogatio*³¹⁶ era um ato de direito público, em que um chefe de uma família podia adotar outra família inteira, desde que o *ad rogante* não tivesse descendência (não podia ter filhos, não ter capacidade para gerá-los e impossibilidade de ser castrado), de forma que o *ad rogado* entrava, com toda a sua família, seus bens e riquezas, para a família do *ad rogante*.³¹⁷

Como a *ad rogatio* também extinguiu os cultos da família do *ad rogado*, era necessária audiência junto ao pontífice e em presença do povo romano. Caso todos (*ad rogante*, *ad rogado* e povo) estivessem de acordo, a ação era aceita³¹⁸, permitindo um ganho de poder ao *ad rogante* dentro da comunidade.

A *adoptio* somente se processava perante autoridade do magistrado³¹⁹. Os direitos do pai natural não se dissolviam, nem se transferiam para o pai adotivo e, mesmo que concedidos ao adotado os direitos sucessórios *ab intestado*, o pátrio

³¹⁶ EHRENZWEIG, Albert; JAYME, Erik. *Private international law – Special Part*. Vol.II, Leyden/Dobbs Ferry. New York, A.W.Sitjhoff/ Oceana Publications, Inc., 1973, *cit.*, p. 232; BRANCA, Giuseppe. Adozione – Diritto romano, in *Enciclop. Dir.* v. I, *cit.*, p. 580.

³¹⁷ GUALAZZANI, Ugo. Adozione (Diritto intermedio), in *Novissimo Digesto*, vol. I, p.288/290; VISMARA, Giulio. Adozione (Diritto intermedio), in *Enciclopeida Diritto*, vol. I, p. 581/584 – a *adoptio plena* ou "forte", conferia a transmissão familiar.

³¹⁸ Na *adoptio per populum* eram feitas três perguntas: uma ao *ad rogante*, uma ao *ad rogado* e uma ao povo. Se todos estivessem de acordo, a família toda do *ad rogado*, extinta, submetia-se ao poder do *ad rogante*, de forma que se alterava, inclusive, a estrutura da *urbe* (cidade): VOLTERRA, Edoardo. Adozione (Diritti orientali; diritti greci; diritti romano), in *Novissimo Digesto*, vol. I. Italia, p. 286/288; VISMARA, Giulio. Adozione (Diritto intermedio), in *Enciclopeida Diritto*, vol. I, *cit.*, p. 581/584.

³¹⁹ Treze séculos de evolução interna desde a fundação de Roma até a compilação das coleções do direito romano pelo Imperador Justiniano, em 23 de novembro de 529 D.C., entrando em vigor aos 30 de Dezembro de 529 da Era Cristã. Título XI – De Adoptionibus, §1. - "A adopção se opera de dois modos: em virtude de rescripto imperial, ou da autoridade do magistrado. Em virtude da autoridade do imperador, adoptamos aquelles ou aquellas que são 'sui juris'; e esta especie de adopção se chama adrogção. Em virtude da autoridade do magistrado, adoptamos aquelles ou aquellas que se acham em poder dos ascendentes, quer no primeiro grau, como o filho ou a filha, quer em grau inferior, como o neto ou a neta, o bisneto ou a bisneta."

poder não era transferido ao pai adotivo, exceto se a adoção fosse feita a um dos avôs³²⁰.

Os filhos indesejados³²¹ (os ilegítimos, os advindos depois do quarto nascimento, os doentes) eram abandonados à própria sorte nas vias públicas, como forma de controlar o tamanho da família e manter a qualidade de vida do núcleo familiar existente.

Os abandonados eram denominados *expositus* (expostos) e os que sobreviviam comumente eram recolhidos por alguém, não para dar uma família ao desamparado, mas, sim, para redistribuição de crianças e de mão-de-obra ou para serem vendidas como escravas ou como prostitutas. Essa idéia é absolutamente contrária à moderna concepção do instituto e objetivos da adoção.

Na evolução do direito romano, a *adoptio* passou a ser um ato de direito privado, realizado por meio de escritura em tabelionato (*adoptio tabulis*

³²⁰ VAMPRÉ, Spencer. *Institutas do Imperador Justiniano Traduzidas e Comparadas com o Direito Civil Brasileiro*. São Paulo, Ed. Livraria Magalhães, 1915, pág.26/27: "§2.- ... quando o filho de família é dado por seu pae por natureza em adopção a um extranho, os direitos do pae de modo algum se dissolvem, nem se transferem para o pae adoptivo, nem fica o filho em poder deste, ainda que nós lhe concedamos os direitos successorios ab-intestado. Si, todavia, o pae por natureza der em adopção o filho, não a um extranho, mas ao avô materno do filho, ou si o proprio pae fôr emancipado, ou si fôr dado em adopção ao avô paterno, ou ao bisavô paterno ou materno, neste caso, porque concorrem na mesma pessoa os direitos naturais e os de adopção, fica estavel o direito do pae adoptivo, unido já pelo laço natural, já pela força legal da adopção, de modo que o filho entra para a familia e poder do pae adoptivo."; EHRENZWEIG, Albert; JAYME, Erik. *Private international law – Special Part*. Vol.II, Leyden/ Dobbs Ferry. New York, A.W.Sitjthoff/ Oceana Publications, Inc., 1973, *cit.*, p. 232: a *adoptio minus plena* ou adoção restrita ou "fracá", o adotado permanecia na família de origem .

³²¹ Nos Estados Unidos, em meados do século XIX, os filhos indesejados eram eliminados por meio do infanticídio.

copulata),³²² pelo qual um romano adotava alguém de um *pater familia*. O *pater familia* vendia duas vezes seu filho ao candidato à adoção e este o devolvia ao pai biológico por duas vezes – na terceira vez, o candidato a pai adotivo reivindicava a criança e seu pai biológico perdia o direito de reclamá-la.

Se houvesse arrependimento por parte do pai biológico, bastava não vender a criança pela segunda ou terceira vez, posto que se o filho que fosse vendido por três vezes, ficava alforriado do poder do pai natural (este rito tinha relações com uma interpretação da Lei das Doze Tábuas, em que se condenava o abuso dos pais que vendiam seus filhos).

A transação tinha lugar entre o pai de sangue e o adotante, sem intervenção da assembleia pública, já que tinha menor importância política, econômica e religiosa que a *ad-rogatio*, uma vez que a família do adotado não ficava vinculada ao ato, submetendo apenas o adotado ao pátrio poder do adotante.³²³

A *adoptio tabulis copulata* era, pois, um instrumento de índole substancialmente comercial, produtor de limitados efeitos jurídicos e idôneo para assegurar a continuação do nome e a transmissão do patrimônio a quem não tivesse descendência natural – ante o caráter constitutivo do negócio adotivo, a intervenção

³²² ANCEL, Marc. Essai de synthèse comparative, *L'adoption dans les législations modernes – Essai de synthèse comparative suivi du relevé systématique des législations actuelles relatives à l'adoption*. Paris, Sirey, 2^a éd. Revue et complétée, 1958, *cit.*, p.1/70; VOLTERRA, Edoardo. Adozione (Diritti orientali; diritti greci; diritti romano), in *Novissimo Digesto*, vol. I. Italia, *cit.*, p. 286/288; VISMARA, Giulio. Adozione (Diritto intermedio), in *Enciclopedia Diritto*, vol. I, *cit.*, p. 581/584.

³²³ BRANCA, Giuseppe. Adozione – Diritto romano, in *Enciclop. Dir. v. I*, *cit.*, p. 580 ss.; DAVÍ, Angelo. *L'adozione nel diritto internazionale privato italiano, I – Conflitti di leggi*. Milano, Giuffrè editore, 1981, p.3/4.

meramente homologatória da autoridade pública era apenas um mera condição da eficácia do negócio.³²⁴

Assim, apesar de a transferência operar-se por venda do filho e sem a supervisão de autoridade de magistrado – o que se admitia em razão de se conferir ao chefe de família romana (*pater familia*) os poderes de decidir o destino de sua família e de seu patrimônio, acreditando-se que o melhor estava sendo feito.

O instituto da *adoptio tabulis copulata* do direito romano, efetivada por meio de escritura em tabelionato, trazia, em seu núcleo, a viabilidade de adoção *intuitu personae* ou personalíssima (pessoa indicada), conquanto havia a expressa indicação do adotante, mediante o consentimento manifestado pelo pai biológico, consentimento esse direcionado e reiterado, porque por três vezes confirmada a intenção de entregar o filho à adoção pelo candidato a pai adotivo.

O instituto da adoção de menores, como aplicado na atualidade, apresenta uma mescla da *ad rogatio* e da *adoptio* do direito romano, conquanto operam-se os efeitos da *ad rogatio*, embora sem sua extensão aos demais integrantes da família do *ad rogado*, porém agora exigidas as formalidades procedimentais perante o magistrado, inicialmente previstas para a *adoptio*, deixando de ser ato negocial e de direito privado.

³²⁴ DAVÍ, Angelo. Adozione (V – Diritto comparato e straniero), in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, v.I, p. 4/6; LISBOA, Sandra Maria. *Adoção no estatuto da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1996, p. 13/18.

Da *adoptio tabulis copulata* do direito romano, extraímos a previsão da adoção *intuitu personae*; contudo, sem a conotação negocial lá conferida, para estender-lhe os efeitos atuais da adoção de filhos.

5.2. CONFIANÇA ADMINISTRATIVA NA ADOÇÃO PORTUGUESA

Até 1977, a maioria das adoções em Portugal era restrita, mas a partir desse ano a tendência inverteu-se profundamente, havendo radical alteração com a ratificação da Convenção das Nações Unidas de 1989 sobre os direitos da criança e da Convenção do Conselho da Europa em matéria de adoção de crianças.³²⁵

As primeiras mudanças decorrentes das Convenções ratificadas vieram com o Decreto Lei nº 189, de 17.05.1991, que desenvolveu um sistema já instituído anteriormente na OTM – Organização Tutelar de Menores, de proteção administrativa da infância, planejada e executada por instituições oficiais não judiciárias. Destaca-se também o Decreto Lei nº 153, de 23.07.1992, que isenta de preparo e custas do processo de adoção, estabelecendo a gratuidade das certidões de registros necessários à instrução processual.³²⁶

³²⁵ SOUSA, Rabindranath Capelo de. A adoção no Código Civil português. Propostas de alteração, in *Scientia*, t. XXVI, 1977, p. 442/452; BARBOSA, Alfredo Menéres Cunha. *A nova disciplina do instituto da adoção no Código Civil português – Reforma do Código Civil*. Lisboa, Ordem dos Advogados, 1981, p. 221/241; AMARO, Fausto. *Aspectos sociológicos da adoção em Portugal – Um estudo exploratório*. Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1992, p. 15. Convenção das Nações Unidas assinada em 26.01.1990 e ratificada pela Resolução 20, de 08.06.1990. Convenção Européia assinada em 04.07.1978 e ratificada pela Resolução 4, de 20.12.1989.

³²⁶ VARELA, Antunes. Os tribunais judiciais, a jurisdição voluntária e as conservatórias do registro civil, in *RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 128º, p.130.

As principais alterações introduzidas na legislação portuguesa atinente às adoções de crianças vieram com o Decreto Lei 185, de 22.05.1993, que introduziu profundas mudanças no Código Civil, de forma a agilizar e intensificar a adoção nacional e, por outro lado, dificultar, senão incompatibilizar, a adoção internacional³²⁷, ainda que a criança não seja portuguesa bastando que esteja residindo em Portugal, notadamente no que respeita à confiança que, ao adotante estrangeiro, necessariamente será judicial e cumpridos os consentimentos exigidos pela lei portuguesa.³²⁸

As alterações do Código Civil introduzidas pelo DL 185/93 não mudaram a concepção de adoção instituída em 1966 e acentuada em 1977, aprofundando-se o modelo já consagrado: as inovações referem-se à eficácia e à celeridade do direito, correspondendo às práticas do modelo consensual adequado às expectativas da sociedade atual.

São requisitos para a adoção de crianças:

- Adotando de até 15 anos de idade
- Na adoção plena, o adotante não poderá ter mais de 50 anos de idade e, na adoção singular, a idade do adotante não poderá ter mais de 30 anos

³²⁷ A legislação portuguesa procura dificultar a adoção internacional das crianças residentes em Portugal, com a nítida intenção de preservar sua população dentro do território português, considerando a tendência dos países europeus em incentivar a adoção internacional e, com isso, incrementar a fixação de jovens nos seus respectivos territórios para viabilizar o crescimento interno.

³²⁸ RODRIGUES, Almiro. O novo regime jurídico da adopção, in *RMP – Revista do Ministério Público*, ano 14, nº 56, 1993, p. 79/97; LEANDRO, Armando. *O novo regime jurídico da adopção – Decreto-Lei nº 185/93, de 22 de maio*. Lisboa, Textos – Centro de Estudos Judiciários, 1993, p. 265/280.

- Se conjunta, os adotantes deverão estar casados há, pelo menos, 4 anos
- Obrigatoriedade do decurso de um prazo de 6 semanas após o parto, para que o consentimento da mãe possa ser considerado e a audiência obrigatória dos ascendentes ou, na sua falta, dos irmãos maiores do progenitor falecido (quando o adotando for filho do cônjuge do adotante, o consentimento dos ascendentes ou irmãos maiores não será necessário)
- Reforço do segredo da identidade e alargado o leque de intervenientes com legitimidade para solicitar a tutela
- Criação da confiança administrativa, além da judicial já existente.

A mais significativa destas alterações foi a criação do instituto da confiança da criança com vistas à adoção, que constitui uma das figuras centrais do procedimento, correspondendo à necessidade de uma especial cautela na fase anterior à pronúncia da adoção, a fim de que a criança, caso manifesta a impossibilidade de sua permanência no meio familiar de origem, seja integrada num quadro social de natureza substitutiva – sobretudo quando se atribui a confiança do menor aos possíveis futuros adotantes, configurando, claramente, numa maneira de "ir adiantando serviço".³²⁹

O Decreto Lei 185/93 impôs às instituições públicas e particulares o dever de comunicarem, em 5 (cinco) dias, às comissões de proteção de menores ou ao Ministério Público o acolhimento de menores realizados nos termos do art. 1918º

³²⁹ A respeito da confiança administrativa e judicial, ver: LIMA, F. Pires de . Filiação, poder paternal, tutela de menores, emancipação e maioridade – Projeto de reforma, in *BMJ – Boletim do Ministério da Justiça* 89, 1959, p. 23/37; SILVA, Manuel Gomes da. JORGE, Fernando Pessoa. *O direito de família no futuro Código Civil – Terceira parte*. Lisboa, BMJ 90, 1959, *cit.*, p.323/342; PATACAS, António. A adoção no direito civil português, in *Scientia*, t. XXIII, 1974, p. 275/349.

do Código Civil, bem como a possibilidade de ser concedida a confiança administrativa, mesmo que pendente processo tutelar e o esclarecimento de que a guarda de fato da confiança administrativa constitui a assunção, com continuidade, das funções essenciais próprias do poder paternal.

Conjugando as disposições do DL 185/93, criou-se o "Programa Adopção 2000", de 19.04.1997, para dinamizar o instituto adotivo nacional. Com isso, buscou-se a reestruturação dos serviços de segurança social de adoção, propondo celeridade dos procedimentos, melhor fundamentação das decisões, criação de núcleos interdisciplinares e formação dos técnicos, além da articulação dos serviços públicos e privados. Para tanto, houve alteração dos institutos da confiança judicial e da confiança administrativa, para acelerar a entrega da criança aos candidatos.

Neste sentido, previu-se a possibilidade de atribuição da confiança administrativa, podendo a indicação ser feita pela mãe e/ou pai mediante prévio consentimento (aqui vislumbrada a admissão da confiança *intuitu personae* para fins de adoção, por conseguinte, adoção *intuitu personae*) ou, se inexistente tal consentimento, este será dado pela Segurança Social ou pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, restando clara a regulamentação da intervenção das instituições particulares de segurança social.

Através da confiança administrativa, confere-se a guarda do menor ao candidato à adoção, unicamente nacional, com dispensa da citação dos pais, equivalendo a uma curadoria provisória dos menores nos processos de confiança

judicial, delegada a representação da criança durante os procedimentos administrativos e judiciais.

Instituída esta sistemática, ocorre diminuição da morosidade dos processos, criando-se e instalando-se os Tribunais de Família e Menores, conforme as necessidades das várias circunscrições judiciais, reduzindo a oposição à guarda de fato e a simplificação do procedimento de citação dos progenitores.³³⁰

Com a possibilidade da guarda concedida mediante confiança administrativa antecedente ao processo de adoção, verifica-se a administrativização dos procedimentos, verificado relevante crescimento das atividades dos organismos públicos e privados de segurança social; ressalvada, naturalmente, a competência do Poder Judiciário em tudo que respeita à restrição dos direitos dos pais e à pronúncia da adoção propriamente dita.

Permitiu-se a prestação do consentimento prévio da mãe e/ou pai e família biológica em qualquer tribunal³³¹, conferindo legitimidade aos organismos públicos ou privados de segurança social para marcação do dia da prestação do

³³⁰ Ver: LIMA NETO, Francisco Vieira. *Biodireito* (org. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos). São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, *cit.*, p. 23 ss; SILVA, Manuel Gomes da. JORGE, Fernando Pessoa. *O direito de família no futuro Código Civil – Terceira parte*. Lisboa, BMJ 90, 1959, *cit.*, p. 323 ss; SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão. A constituição da adoção de menores nas relações privadas internacionais: alguns aspectos, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Coimbra Editora, agosto de 2000, *cit.*, p. 45/56.

³³¹ Código Civil português, art. 162º, nº 1. Neste propósito, o art. 163º, nº 1 investe o candidato a adotante na guarda do menor (art. 166º), na qualidade de curador provisório até a pronúncia da adoção e, no art. 164º, nº 1, referente à confiança judicial, dispensa-se a citação da mãe para contestar, quando previamente tiver consentido na confiança administrativa.

consentimento da mãe e/ou pai e familiares³³². Essa medida garante que os consentimentos sejam de forma livre, pessoal e esclarecida.

Justificando as alterações introduzidas na legislação portuguesa, buscou-se – notadamente no consentimento prévio e na confiança administrativa, que vislumbramos conformação do *intuitu personae* objeto do nosso estudo – soluções que proscurem qualquer efeito estigmatizante ou excessivamente responsabilizante da adoção, suprimindo o conceito de indignidade, bem como diminuindo o confronto entre o candidato a adotante e o progenitor do menor.

As adequações normativas foram preordenadas em função da propagação das famílias monoparentais, o fato de a maturidade se atingir mais cedo, as circunstâncias de as relações matrimoniais serem cada vez menos duradouras, as questões psicológicas no desenvolvimento social e a prática costumeira dita "direito vivido", dando especial relevo aos interesses e necessidades dos menores atendidos com a rápida inserção em família substituta nacional, ainda que se demore o processamento judicial da adoção.³³³

Entendemos conveniente a sistemática instituída para a adoção de menores por portugueses, porquanto é mais importante que a criança e o adolescente estejam inseridos no convívio familiar o mais rápido possível, combatendo e minimizando os efeitos de longo tempo de institucionalização e da

³³² Art. 162º, nº 2, do CC português. Caso o futuro adotante ou o organismo, público ou privado, de segurança social não o tiver requerido, o Ministério Público tem legitimidade para requerer a curadoria provisória a quem foi conferida a confiança administrativa (art. 163º, nº 2).

³³³ SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão. A constituição da adoção de menores nas relações privadas internacionais: alguns aspectos, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Coimbra Editora, agosto de 2000, *cit.*, p.55.

demora decorrente do regular processamento da ação judicial adotiva³³⁴: a tramitação pode ser perfeitamente suportada pelos adultos nacionais, não havendo reflexos à criança que estará representada em todos os procedimentos administrativos e judiciais, mediante delegação.

5.3. ACOLHIMENTO PRÉ-ADOTIVO DO MENOR NA FAMÍLIA ESPANHOLA

De acordo com o art. 175, do Código Civil espanhol, os adotantes devem reunir os seguintes requisitos:

- Ser maior de 25 (vinte e cinco) anos – basta que um dos cônjuges tenha alcançado dita idade,
- Diferença de idade, entre adotante e adotado, no mínimo de 14 anos e máxima não seja superior a 40 (quarenta) anos,
- Apresentar o correspondente requerimento perante o Registro de Adoções,
- Possuir condições psico-pedagógicas e sócio-econômicas mínimas e adequadas à atenção do menor³³⁵, com referência à sua saúde física e

³³⁴ Portugal não admite a adoção de maiores, assim como Holanda, Inglaterra, África do Sul e Guatemala (México admite adoção de maiores, se for incapaz). Países que passaram a admitir apenas a adoção de menores, mas permitem que a adoção seja formalizada quando o adotando já for maior, se a guarda tiver sido deferida antes da entrada em vigor das novas disposições, em regime transitório: Argentina (Lei 13.252/1948) e França (CC, art. 345º). Permitem a adoção de maiores, porém com efeitos restritos ou limitados, fruto da desconfiança com que é olhada pelo legislador e em razão da duvidosa utilidade social: Alemanha (BGB, § 1767º), Itália (CC, art. 291º) e Suíça (CC, art. 266º). A adoção, de menores ou de maiores, é sempre restrita: Turquia (CC de 1983, art. 257º).

³³⁵ A Espanha (CC, art. 175, nº 2) é um dos poucos países que ainda admitem a adoção de maiores, desde que a relação afetiva já exista antes da maioridade, i.é., subordina-se à convivência do adotante e do adotado durante a menoridade, a exemplo do direito brasileiro (ECA, art. 40) e do direito do Quebec (CC, art. 597º).

psíquica, situação sócio-econômica, habitabilidade da moradia, disponibilidade de tempo para a sua educação,

- No caso de cônjuges ou pessoas que convivam habitualmente de direito, que exista uma relação estável e positiva por, no mínimo, dois anos,
- Que existam motivações e atitudes adequadas para a adoção e educação de um filho,
- Que ambos os cônjuges ou companheiros compartilhem da vontade de adotar,
- É vedado aos requerentes condicionar a adoção às características físicas, ao sexo ou à procedência sócio-familiar dos menores, assim como proibida a ocultação ou falsidade de dados relevantes para a avaliação de idoneidade dos solicitantes.

A partir da entrada em vigor da Lei 21/1987³³⁶, de 11 de novembro, a Espanha acolhe radical conceito do instituto jurídico da adoção³³⁷, com a configuração de ser um elemento de plena integração familiar e de que os interesses

³³⁶ Atualmente vigente a Lei 11/1990, de 15 de outubro de 1990, esta lei não fez mais do que corrigir alguns lapsos que constavam no art. 9º da Lei 21/1987 – a verdadeira reforma, pois, ocorreu em 1987, quando o legislador se afastou das regras anteriores, divergindo os autores: BRIOSO DIAZ, Pilar. *La constitución de la adopción en derecho internacional privado*. Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Centro de Publicaciones, 1990, p. 106 e RODRÍGUEZ-MATEOS, Pilar. *La adopción internacional*. Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 1988, p. 95, no sentido de ser um regime tributário de uma abordagem jurisdicional. Contrariamente, MARÍN LÓPEZ, Antonio. *Derecho internacional privado español*, 6ª ed., vol. II (parte especial), Granada, 1990, p.209 concluiu por um regime de enfoque unilateralista, enquanto FLOREZ-VALDES, Joaquim Arce y, El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987, in *RGLJ*, v. CXXXVI, 1987, p. 741 e CASTÁN VASQUEZ, José Maria. Luces y sombras de la adopción en España (reflexiones ante el nuevo regimen legal), in *Razón y fé*, vol. 217, 1988, p. 133, defendem que as alterações modernizaram o instituto, não só sobre o ponto de vista material, mas também nas questões procedimentais.

³³⁷ Art.176º, CC espanhol: "*La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interes del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.*" – somente a mãe biológica (idem Portugal, Malta e Inglaterra) pode consentir validamente com a adoção 30 (trinta) dias após o nascimento da criança, cf. art. 177º, 2.

da criança adotada se sobrepõe a outros interesses legítimos, buscando proporcionar uma família à criança que dela necessita.³³⁸

Desde a Lei 21/1987, a adoção³³⁹ na Espanha é irrevogável, necessitando que os pais biológicos sejam destituídos do pátrio poder, porque incursos em causa de privação do poder no caso de a adoção processar-se contra a sua vontade ou porque acordaram com a adoção. Uma vez constituída a adoção, desaparecem os vínculos jurídicos entre o adotado e sua família anterior, subsistindo esses vínculos unicamente para fins de impedimentos matrimoniais.

De outro lado, a legislação espanhola potencializa o papel das entidades públicas para conferir-lhes competência na proteção dos menores³⁴⁰, quando se tratar de adoção internacional, que é a maioria dos casos.

Na atualidade, há um número cada vez menor de crianças espanholas postas à adoção e que atenda às expectativas dos solicitantes que preferem a pouca idade da criança, ao lado de um número crescente de casos de esterilidade, além de não mais se tratar de assunto tabu.

³³⁸ Hoje, na Espanha, a adoção é um procedimento de caráter exclusivamente judicial (CC espanhol, art. 176º, nº 1 c/c L. 21/1987): FLOREZ-VALDES, Joaquim Arce y, *El acogimiento familiar y la adopción en la ley de 11 de noviembre de 1987*, in *RGLJ*, v. CXXXVI, 1987, *cit.*, p. 776; CASTRO LUCINI, Francisco, *Notas sobre la nueva Ley de Adopción 21/1987, de 11 de noviembre*, in *ADC*, 1987, p. 1238.

³³⁹ O Código Civil espanhol de 1958 previa a adoção plena, para os menores de 14 anos de idade abandonados ou expostos, que estivessem por mais de três anos nessa situação ou que tivessem sido acolhidos antes dos 14 anos de idade pelo candidato à adoção. Aos maiores de 14 anos de idade havia a adoção menos plena ou revogável. O Código Civil espanhol de 1970 alterou o nome da adoção menos plena para adoção simples, mantida essa distinção na Lei 21/1987.

³⁴⁰ A Lei Orgânica 1/1996, de 15 de janeiro de 1996, dispõe sobre a proteção jurídica do menor, exige o requisito de idoneidade dos adotantes, que deve ser apreciado por entidade pública quando se tratar de adoção internacional.

Neste aspecto, ainda que aprovada a recente lei espanhola que permite o casamento entre homossexuais e, conseqüentemente, permitida a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo³⁴¹, há óbices na efetivação da adoção internacional por parte de países, de onde provierem crianças, que não permitem entregá-los a homossexuais.³⁴²

Contudo, se a família espanhola (heterossexual ou homossexual) deseja adotar a nível nacional deve apresentar o correspondente requerimento aos Serviços de Proteção de Menores da Comunidade Autónoma, que se incumbirá da análise de idoneidade do candidato a adotante.

O cadastro de candidatos a adotantes, na Espanha, é feito exclusivamente na região onde domiciliado o requerente – cada Comunidade Autónoma possui sua agência de Serviços de Proteção de Menores, de natureza administrativa e vinculados ao Poder Judiciário, com competência para avaliação da

³⁴¹ Código Civil espanhol, artículo 175: "1. La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. Em la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. Em todo caso, el adoptante habrá de tener, pó lo menos, catorze años más que el adoptado. 2. Unicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados. Por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivência, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorze años. 3. No puede adoptarse: 1º A um descendiente. 2º A um pariente em segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad. 3º A um pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela. 4. Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado com posteridade a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Em caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista em el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado." – não há expresso impedimento de adoção de menores por casal homossexual.

³⁴² ALFAGEME, Ana. El matrimonio homosexual – Los hijos, in jornal *El Pais*, Madrid, Caderno Sociedad, de 30.06.2005, Internet, <http://www.elpais.es/articulo>, acessado em 01.07.2005.

idoneidade dos candidatos a adotante até a colocação provisória da criança no lar substituto.³⁴³

A inscrição cadastral para adoção e a colocação do menor em família substituta são feitos, geralmente, na instância administrativa; entretanto, quando os pais, sendo conhecidos e não estando destituídos do poder familiar, ou o tutor, não comparecem ou recusam o consentimento, o cadastro será, obrigatória e exclusivamente, feito pela via judicial.³⁴⁴

O processo de avaliação da idoneidade para adoção nacional se faz mediante uma série de entrevistas, visitas domiciliares e apresentação de documentos. As autoridades administrativas estudarão os citados informes e decidirão reconhecer ou recusar a idoneidade dos solicitantes.

As relações com a Administração, durante a fase de avaliação da idoneidade para adoção é regulada pela Lei de Procedimento Administrativo e, na prática, o problema surge quando há denegação da idoneidade, caso em que a doutrina espanhola³⁴⁵ orienta a solução conforme o caso concreto.

Em algumas ocasiões valerá a pena solicitar novamente a avaliação, passado um tempo e modificando alguma circunstância pessoal que possa ter

³⁴³ BOUZA VIDAL, Nuria. La nueva Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción y su proyección en el Derecho internacional privado, in *RGLJ – Revista General de Legislación y de Jurisprudencia*, vol. CXXXVI, 1987, p. 897/931; MARÍN LÓPEZ, Antonio. *Derecho internacional privado español*, 6ª ed., vol. II (parte especial), Granada, 1990, *cit*, p.110 ss.

³⁴⁴ FLOREZ-VALDES, Joaquim Arce y, El acogimiento familiar y la adopción en la ley de 11 de noviembre de 1987, in *RGLJ*, v. CXXXVI, 1987, *cit.*, p. 756.

³⁴⁵ PUEYO, Teresa. *Aspectos jurídicos de la adopción*. Internet, disponível em <http://www.afada.org>, acessado em 06/04/2004, p. 8.

influído negativamente nessa valoração: falta de acordo entre os cônjuges, convivência com algum familiar enfermo, instabilidade no emprego, trauma decorrente da perda recente de um filho.

Se a recusa de idoneidade origina-se de divergências ou contradições existentes nos laudos de avaliação, caso é o de solicitar um terceiro laudo de avaliação por parte do psiquiatra ou psicólogo da DGA – Diretoria Geral Administrativa e, persistindo a inidoneidade para adoção, cabe recorrer administrativamente e, por último, recurso judicial.

Esgotado o contencioso administrativo, passa-se à via judicial ante os "Juzgados de Família" – o art.748, LEC, dispõe que se aplicam as normas por ela previstas, relativas tanto aos julgados civis como as que tenham por objeto a oposição às resoluções administrativas em matéria de proteção de menores e as que versem sobre o consentimento na adoção³⁴⁶.

Uma vez avaliados e reconhecidos como idôneos para a adoção nacional, os requerentes integram uma lista de selecionados para fins de recebimento de um menor para acolhimento familiar pré-adoptivo, que pode ser administrativo ou judicial. Evidentemente, o procedimento administrativo para acolhimento familiar pré-adoptivo é muito mais célere e ágil do que o procedimento judicial, mais burocrático.

³⁴⁶ FLOREZ-VALDES, Joaquim Arce y, El acogimiento familiar y la adopción en la ley de 11 de noviembre de 1987, in *RGLJ*, v. CXXXVI, 1987, *cit.*, p. 774.

O processo de adoção é posterior ao acolhimento familiar pré-adoativo, devendo ser proposta perante o Poder Judiciário que analisará a documentação e informes fiscais para julgar o pedido de adoção, determinando a inscrição no Registro Civil, a fim de modificar os apelidos familiares.³⁴⁷

Na Espanha, o acolhimento de menor em lar substituto é medida de proteção e se dá em razão de dois motivos distintos:

1º) não pré-adoativo, quando os pais biológicos descumprem seus deveres e põem em risco os direitos do menor e, por isso a criança é entregue ao acolhimento provisório: neste caso, há um regime de visita pelos pais biológicos e estes devem remunerar o trabalho prestado pelo acolhedor;

2º) pré-adoativo, quando verificado que o descumprimento dos deveres e obrigações dos pais biológicos não vão melhorar ou quando se desconhece por completo a identidade ou o paradeiro dos pais: neste caso, não há remuneração a ser paga ao casal que pretende adotar o menor, não há permissão de visita pela família biológica e já se inicia a integração da criança à nova família.

Implica dizer que o direito de requerer acolhimento pré-adoativo desencadeia procedimento adotivo, comumente através de declaração administrativa de idoneidade do adotante e posterior valoração judicial sobre a

³⁴⁷ A respeito, ver mais em: *Título preliminar do Código Civil* – formulação dada pelo Decreto 1836, de 31 de maio de 1974. In *Revue Critique*, vol. 65, 1976, p. 898 ss; *Lei Orgânica do Poder Judicial*, de 1 de julho de 1985. Disposições relevantes na *REDI – Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXVIII, 1986, p. 413 ss. Na mesma *REDI*, ver também "Código Civil com as modificações introduzidas pela Lei de 13 de maio de 1981 – Adoção de menores", p. 661 ss.

capacidade dos adotantes e a utilidade da adoção para o menor, embora não haja, em termos absolutos, um direito de adotar.³⁴⁸

Tal sistema parece ser bastante eficiente, porquanto as avaliações psicológica, moral, social e econômica do pretendente, bem como a seleção, cadastro e acolhimento familiar pré-adotivo pode ser processado administrativamente, de forma muito célere e, somente depois de configurada a formação do vínculo afetivo entre adotante e adotando, processa-se judicialmente a adoção definitiva, semelhantemente à adoção "pronta" brasileira, porém de maneira institucionalizada e com as avaliações antecedentes ao acolhimento.

Entretanto, através de recente Resolução da DGRN – Dirección General de Registros y Del Notariado, admite-se que o candidato se inscreva à adoção, criando vínculo de filiação irrevogável, permitindo-nos concluir que o acolhimento pré-adotivo administrativo direciona o menor a um determinado candidato à adoção, assumindo feições *intuitu personae* definida também administrativamente, dada à irrevogabilidade da filiação adotiva.

5.4. ADOÇÃO DE NASCITURO E AVALIAÇÃO DE ADOTANTES CHILENOS

A Lei 19.620/1999, atual legislação chilena a respeito da adoção, unifica a adoção simples e a plena, passando a ser uma única modalidade de

³⁴⁸ PUEYO, Teresa. *Aspectos jurídicos de la adopción*. Internet, disponível em <http://www.afada.org>, acessado em 06/04/2004, *cit.*, p. 2 - traduzi.

adoção, conferindo ao adotado o estado civil de filho com relação aos adotantes, como se fosse filho biológico, mediante a perda ou destituição do poder dos genitores sobre o infante.³⁴⁹

Nos termos do artigo 20, da Lei 19.620/1999, outorga-se a adoção de menores a cônjuges chilenos ou estrangeiros com residência permanente no país; que tenham dois ou mais anos de matrimônio; que tenham sido considerados idôneos, física, mental, psicológica e moralmente, por alguma das instituições credenciadas pelo SENAME – Serviço Nacional de Menores; que sejam maiores de vinte e cinco anos e menores de sessenta anos de idade e com diferença de idade superior a vinte anos com o menor adotando.

Os cônjuges deverão atuar sempre em comum acordo, podendo, o juiz, através de decisão fundamentada, reduzir os limites de idade ou a diferença de anos entre adotantes e adotado, desde que a redução não exceda a cinco anos.

Os requisitos de idade e de diferença de idade com o menor não serão exigíveis se um dos adotantes for ascendente por consangüinidade do adotado, como também não será preciso o mínimo de anos de duração do matrimônio quando um ou ambos os cônjuges estejam afetados por infertilidade.

³⁴⁹ Lei 18.703/1988: a adoção simples vigorava até que o adotado atingisse a maioria de idade ou quando se perdia a finalidade da adoção, a família biológica tinha direito à regulação de visitas e não se constituía vínculo de filiação entre adotante e adotado; a adoção plena era irrevogável, constituía vínculo de filiação entre o adotado e seus pais adotivos, cessando o vínculo de parentesco e direito de visita e de herança à família biológica. Identicamente no Brasil, a adoção simples do maior de 18 anos de idade regulada pelo Código Civil de 1916 "*realçava a natureza negocial do instituto, como contrato de direito de família, tendo a singela solenidade da escritura pública que a lei exigia (art.375)... sem necessidade de intervenção judicial*", cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo, Ed. Atlas, vol. 6, 5ª ed., 2005, *cit.*, p. 300.

A avaliação de aptidão dos pretendentes à adoção é feita unicamente por uma das instituições credenciadas pelo Serviço Nacional de Menores – SENAME, que são as corporações ou fundações que tenham, dentre seus objetos, a assistência ou proteção de menores de idade, demonstrem competência técnica e profissional para executar programas de adoção e sejam dirigidas por pessoas idôneas³⁵⁰, podendo haver, na mesma localidade, várias corporações e fundações credenciadas pelo SENAME.

Assim, havendo mais organismos autorizados para realizar as avaliações de idoneidade dos adotantes, as diligências e as verificações são mais céleres que as efetuadas exclusivamente por órgão vinculado ao Poder Judiciário, como ocorre no Brasil.

Dentre os menores que podem ser adotados³⁵¹, estão os menores, cujos pais não se encontrem capacitados ou em condições de criá-los e que expressem a vontade de entregá-los à adoção, válida e licitamente indicando que esta entrega seja feita diretamente ao futuro proponente da adoção³⁵², o que indica a admissibilidade da guarda *intuitu personae* com vistas à formalização da adoção.

Neste caso, no prazo máximo de dez dias contados da declaração de vontade dos pais ou do pai ou da mãe, o juiz ouvirá o outro genitor que não tenha

³⁵⁰ Art. 6º, da Lei 19.620/99.

³⁵¹ Art. 8º, da Lei 19.620/99 – Os menores de 18 anos adotáveis são os seguintes: a) O menor cujos pais não se encontram capacitados ou em condições de exercer o cargo responsabilmente e que expressem sua vontade de entregá-lo em adoção ante o juiz competente; b) O menor que seja descendente consanguíneo de um dos adotantes, de conformidade com o art.11; c) O menor que tenha sido declarado suscetível de ser adotado por decisão judicial do tribunal competente, de acordo com o disposto nos arts. 12 e seguintes.

³⁵² Art.8º, alínea "a", da Lei 19.620/99, disciplinado no art.9º e 10 do mesmo diploma.

previamente se manifestado, bem como requisitará informações do SENAME, no prazo que não exceda a trinta dias, a respeito das condições necessárias à criação e educação do menor e, em igual prazo de trinta dias, julgará a suscetibilidade da adoção sugerida.

A legislação chilena inova nesta hipótese, também permitindo que o procedimento previsto tenha início antes mesmo do nascimento do filho, desde que patrocinado pelo SENAME ou instituição por ele credenciada, exigindo, apenas, que a mãe ratifique, no prazo de trinta dias contados do parto, a intenção de entregar, *intuitu personae*, o seu filho, reduzindo o prazo para quinze dias para disponibilizar à adoção.

Esta permissão legal antecedente ao nascimento³⁵³ agiliza o processo de adoção, conferindo maior guarida aos interesses da criança, ao colocá-lo mais rapidamente sob os cuidados de sua nova família, de forma a melhor estruturar seu desenvolvimento emocional e intelectual, cujo ápice se dá a partir dos três meses de idade.

Também fica disponível à adoção o menor que o pai, a mãe ou o tutor entrega a uma instituição pública ou privada de proteção de menores ou a uma terceira pessoa física, com ânimo manifesto de liberar-se de suas obrigações legais, presumindo-se este ânimo quando a manutenção do menor a cargo da instituição ou do terceiro não obedeça a uma causa justificada ou quando o responsável não

³⁵³ Art.10, Lei 19.620/99.

visite³⁵⁴ o menor pelo menos uma vez no prazo de seis meses (se a idade da criança for inferior a dois anos, o prazo será de três meses e, se o menor tiver menos de seis meses de idade, o prazo é reduzido para quarenta e cinco dias)³⁵⁵.

Interessante notar que a legislação chilena permite que o filho seja entregue, por seu genitor, diretamente a uma terceira pessoa, já direcionando a vontade de que a criança seja cuidada por pessoa específica – aqui consubstanciada a possibilidade de adoção *intuitu personae* no Chile, como se vê do art.12, item 3, Lei 19.620/99:

"Procederá la declaración judicial de que el menor es susceptible de ser adoptado, sea que su filiación este o no determinada, cuando el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado se encuentren en una o más de las siguientes situaciones: ... 3. Lo entreguen a una institución pública o privada de protección de menores o a um tercero, com ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales. (...) Los que reciban aun menor em tales circuntacias, deberán informar al juez competente del hecho de la entrega y de lo expresado por el o los padres, o por las personas que lo tenían a su cuidado." (grifos nossos)

A nova lei de adoção chilena apresenta várias mudanças importantes, facilitando a adoção ao agilizar os procedimentos necessários para levá-la a cabo, propondo um procedimento prévio no qual se estabelece que a criança está em condições de ser adotada, podendo a declaração de abandono iniciar-se antes do

³⁵⁴ A visita do pai, mãe ou tutor é a realizada quando o menor é posto sob proteção do Serviço Nacional de Menores, devendo a instituição credenciada registrar todas as visitas feitas ao menor.

³⁵⁵ Art.12, item 2, Lei 19.620/99 – a legislação chilena dispôs que a atenção pessoal, afetiva e econômica deva ser proporcionada no prazo máximo assinalado (havendo a presunção de um tempo superior ao previsto, sem justificativa plausível, presume abandono do menor pelo pai, mãe ou tutor).

nascimento do filho, condicionado à ratificação da intenção (caso a mãe não a ratifique, presumir-se-á que desistiu da idéia de abandonar seu filho), ampliando a possibilidade que a criança cresça em uma família e não em uma instituição.

No Brasil, a adoção de nascituro era expressamente prevista no art. 372, do Código Civil de 1916. Parte da doutrina nacional entendia que essa possibilidade fora revogada pela nova ordem constitucional que iguala os filhos legítimos, ilegítimos e adotivos, determinando que a adoção deve ser processada judicialmente, além de o Estatuto da Criança e do Adolescente impor uma série de exigências estritas para adoção de menores, na idade entre 0 a 18 anos, que se perfaz somente por decisão judicial.³⁵⁶

Entretanto, omissos os legisladores do novo Código Civil brasileiro, de 2002, bem como do antecedente Estatuto da Criança e do Adolescente, perderam a oportunidade para deixar clara e completa a possibilidade de adoção de nascituro, o que o posiciona numa situação de inferioridade perante os menores e, se admitida, deveria ser feita, por analogia, conforme previsto no ECA.³⁵⁷

Concordando com este posicionamento, entendemos que, se expressamente fosse admitida adoção de nascituro, poderia ser feita nos moldes da adoção *intuitu personae* neste estudo proposto, acreditando ser solução melhor que a de aguardar o nascimento e privar o bebê do carinho e dos cuidados da família

³⁵⁶ GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, tutela e guarda*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2ª edição, 2003, *cit.*, p. 35/36; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil; direito de família*. Rio de Janeiro, Ed. Saraiva, v. 6, 1996, *cit.*, p. 330; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. V, 15ª ed., 2005, *cit.*, p. 229.

³⁵⁷ MARMITT, Arnaldo. *Adoção*. Rio de Janeiro, Aide, 1993, p. 26. No mesmo sentido, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo, Ed. Atlas, vol. 6, 5ª ed., 2005, *cit.*, p.301/302.

adotante³⁵⁸ ou, pior, correr-se o risco de abortamento ilegal³⁵⁹, desde que judicialmente confirmada a consciente e deliberada intenção da mãe biológica em não maternar seu filho ou dependendo de ratificação da mãe no prazo razoável de 30 (trinta) dias após o parto, a exemplo da previsão chilena, confirmando ou não a disponibilização da criança à adoção.

Interessante observar que, no Chile, país latino-americano e em desenvolvimento como o Brasil, a adoção de menores também pode ser *intuitu personae*, direcionada pela mãe ou pais biológicos, antes do nascimento ou quando já nascido o filho, agilizado o procedimento adotivo com a substancial redução dos prazos previstos nas sucessivas etapas até a efetiva adoção de filhos.

5.5. DESNECESSIDADE DE CADASTRO DE ADOTANTES NA ARGENTINA

Na Argentina, há distinção entre cadastro de adotantes e avaliação psicológica, para fins de adoção de menores impúberes, havendo a previsão da

³⁵⁸ Aldo Lucion, fisiologista do Instituto de Ciências Básicas da Saúde da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em entrevista (PAIVA, Fred Melo. Assim acontece com os ratos – A ciência ajuda a compreender o incompreensível: a cabeça da mãe que maltrata o filho. *O Estado de São Paulo*, Caderno Aliás, edição de 05.02.2006, p. J3), afirma que “*o feto percebe, sente e responde aos estímulos da mãe que o está gerando. Mães que não querem a gravidez em geral têm um comportamento inadequado para a gestação. O estresse de uma mãe que está contrariada imprime uma mudança no sistema neuroendócrino do filho. E ele será uma pessoa cronicamente estressada, pelo menos um patamar acima do normal*”.

³⁵⁹ A psicóloga e psicanalista Maria Antonieta Pisano Motta assevera que “*O abandono é um sofrimento também para quem abandona. A mãe vive a perda como em um luto e condena a si mesma pelo o que fez*”, in CARRANCA, Adriana. *O Estado de São Paulo*, Caderno Cidades/Metrópole, edição de 05.02.2006, p. C8: “*embora ilegal, o aborto é aceito pela sociedade, mas não o abandono*”.

guarda ser estabelecida por ato notarial.³⁶⁰ Genitora e postulante da adoção, concordes, já vão interagindo com a equipe técnica, que tem, a seu cargo, todo o trabalho de forma individual ou grupal de seleção. Admitida a adoção *intuitu personae* se mantidos os deveres que emanam do poder familiar e no interesse do filho, permite à mãe biológica eleger a quem dar seu filho em adoção, sem necessidade de prévio cadastro, cuja guarda pode ser providenciada mediante ato notarial.³⁶¹

A maioria das províncias possui centros técnicos dotados de atenção psicológica, sendo que na cidade de Santa Rosa existem nove postos sanitários com psicólogos e a possibilidade da intervenção e avaliação poder ser através de entidades privadas, se os aspirantes assim o desejarem.

Desde outubro de 1994³⁶² vige uma lei que exige ata de guarda a ser confeccionada pelo escrivão, devendo ser comunicada à Defensoria no prazo de quarenta e oito horas da sua lavratura. Ao seu turno, a Defensoria está obrigada a promover ação para discernir a guarda ou a colocação da criança em família substituta.

A lei estabelece não só as obrigações, mas também impõe sanções a escreventes, empregados, funcionários de qualquer dos três poderes do Estado,

³⁶⁰ Lei 19.134/1971 e Lei 24.779, de 28.02.1997 – Lei das Adoções.

³⁶¹ Art. 648 da Lei 24.779/97. No mesmo sentido, o art. 383 do Código Civil argentino admite que um genitor possa, por testamento ou escritura pública, nomear tutor para seus filhos após sua morte, bem como os arts. 275 e 276, CC argentino, estabelecem o direito dos pais eleger a casa onde deverão viver seus filhos menores que não convivam com eles.

³⁶² Reforma constitucional denominado "*humanización del derecho de familia*". A respeito, ver CAMPOS, Germán Bidart. *Familia y derechos humanos*. In *Las transformación postmodernidad*. Buenos Aires, Ediar, 1999, p. 85 ss.

obrigando a comunicação oficial tão logo tomem conhecimento da entrega *intuitu personae* verificada ou o desejo de uma mãe entregar seu filho.³⁶³

A mobilização ideológica conduz os médicos, mesmo no âmbito privado, a comunicarem quando uma mãe comenta a vontade de entregar seu filho – neste caso, o Tribunal imediatamente entra em contato com esta família, a fim de iniciar os estudos psicológicos, sociais e econômicos correspondentes.

A maioria das informações e as mais completas são as cartas, tidas como arquivo documental e de estudos técnicos, podendo ser confeccionadas pelo próprio aspirante à adoção ou conduzidas por uma instituição pública ou privada a que o adotante recorre para obter ajuda técnica.

Quando as informações são confeccionadas com intervenção de instituição privada para ser apresentada perante um Tribunal, implica numa relação interdisciplinar, não havendo, ainda, consenso se tal prontuário é um mero arquivo documental e de informes técnicos profissionais para, a partir dele, fornecer-se um certificado de aptidão.

Por outro lado, caso a mãe biológica não fizer prévia indicação do adotante *intuitu personae*, a guarda da criança somente poderá ser deferida a quem estiver inscrito no Registro Nacional de Adotantes, uma vez acionado o Tribunal com

³⁶³ Sobre guarda e adoção de menores na Argentina, ver NELIDA, Abella Adriana. Las actas notariales de declaración de entrega de menores en guarda, in *Revista Notarial* n° 890, 1987, p. 1315 ss; XIII Conferencia Nacional de Abogados, Comisión 3 – Familia y sucesiones – *Adopción. Quilmes*, abril 2000; ZANNONI, Eduardo A.. *Derecho de familia*. Buenos Aires, Astrea, vol. 2, 3ª ed., 1998, *cit.*, T° 2, p. 628 ss; CAMPOS, Germán Bidart. Familia y derechos humanos, in *Las transformación postmodernidad*. Buenos Aires, Ediar, 1999, *cit.*, p. 85 ss.

a notícia de disponibilização da criança, citando-se os progenitores do menor a fim de prestarem seu consentimento para outorga da guarda com fins de adoção.³⁶⁴

Tira-se desta disposição que prepondera a indicação do adotante feita pela mãe biológica, ou seja, prevalece a indicação *intuitu personae*. Somente quando não eleito o adotante, a guarda do menor será deferida conforme a inscrição no equivalente ao cadastro nacional de adotantes.

Na Argentina, a exigência do cadastro de pretensos adotantes é controvertida mesmo entre os Juízes de Família, justamente porque ainda não há previsão legal expressa.

Alberto Andreotti³⁶⁵ entende que, se eventualmente a nova lei de adoção contemplar a criação de cadastro, o registro deva ser oficial, exigindo atuação de equipe interdisciplinar. Afirma, ainda, que *"No entregamos un bebé antes de los noventa o ciento veinte días de nacido. Es un tiempo que tomamos de trabajo con la mamá, sobre todo en aquellos casos en los que no hemos tenido la oportunidad de saberlo previo al parto"*.

³⁶⁴ O art. 2º da Lei 24.779/97 dispõe que *"tanto en el orden provincial como nacional se organizará un Registro Unico de Aspirantes a la Adopción"*. No art. 317, "a", da Lei 24.779/97, define o consentimento da mãe e/ou pai como requisito para outorga da guarda da criança com fins de adoção.

³⁶⁵ ANDREOTTI, Alberto. *Las éticas y la adopción*. Eva Giberti e Adrián Grassi (compiladores), Buenos Aires, Editorial Sudamericana, [s.d.], p. 68/69.

Eduardo Cárdenas³⁶⁶ questiona o cabimento do cadastro de adotante, indagando "*por qué nós outros temos que fazer cadastros se Deus não os faz?*", justificando que o cadastro não pode ser confundido com a tarefa de apoiar e acompanhar, conjuntamente, o processo adotivo. A avaliação e o acompanhamento podem ser custosos no princípio, mas no final vai ser muito mais breve, mais barato e muito mais frutífero que o cadastro que, afinal, não se sabe bem para qual motivo foram selecionados por um juiz que, a sua vez, não teve sequer participação na elaboração do referido cadastro.

Stella Maris Biocca³⁶⁷ coloca que desde que a Argentina ratificou, com reservas, a Convenção dos Direitos da Criança, se incrementou o tráfico, por que se incrementa o que é proibido. Hoje há mais tráfico internacional. Pondera que a outra questão ética da adoção de menores é verificar qual é a formação da equipe técnica encarregada, nos Tribunais, para avaliar os pretensos adotantes: "*En estos momentos, en muchos lugares hay un exceso de trabajo, hay un desaliento debido al desprestigio; hay un montón de factores que afectan al Poder Judicial, pero también hay una falta de formación adecuada*", indagando se a avaliação e o cadastro de adotantes podem ser efetuados por organismos privados ou só devem ser realizados por organismos oficiais ou judiciais.

³⁶⁶ CÁRDENAS, Eduardo. *Las éticas y la adopción*, Eva Giberti e Adrián Grassi (compiladores), Buenos Aires, Editorial Sudamericana, [s.d.], p. 77/82 - Juiz de Família, desde 1985 incorporou uma equipe interdisciplinar em sua prática jurisdicional para avaliação dos pretendentes à adoção.

³⁶⁷ BIOCCA, Stella Maris. *Las éticas y la adopción*. Eva Giberti e Adrián Grassi (compiladores), Buenos Aires, Editorial Sudamericana, [s.d.], p. 83/87 – Juíza da Câmara Civil e Comercial de San Martín, a autora defende a viabilidade de se privatizar a adoção, diante da estrutura deficiente do Poder Judiciário argentino.

Inequívoco e correto o entendimento, que compartilhamos, de o cadastro de adotantes não se confundir com a avaliação psicossocial, a adoção de menores deve ser processada *intuitu personae*, preferentemente e sempre necessária a avaliação psicossocial para certificar-se ser conveniente e adequada a adoção pretendida.

Absolutamente normal e corriqueiro que haja a expressa e prévia indicação do adotante pela mãe e/ou pai biológicos (adoção direcionada a um adotante específico ou *intuitu personae*), principalmente em decorrência da mobilização da sociedade, órgãos públicos ou privados e pessoas envolvidas que são obrigadas à comunicação oficial acerca da intenção de uma mãe dispor seu filho à adoção, *intuitu personae* ou não, o que reduz sobremaneira os índices de abandono de menor ou desconhecimento da maternidade ou paternidade.

Somente quando os genitores, mãe ou pai biológicos, não fizerem a expressa indicação do adotante, i.é, quando não se tratar de adoção *intuitu personae*, é que o Tribunal consultará a lista, verificando os inscritos no Registro Nacional de Adotantes, também não dispensada a fundamental avaliação psicossocial do candidato à adoção frente aos interesses e necessidades do adotando.

5.6. INCENTIVOS ECONÔMICOS PARA ADOÇÃO DE MENORES NA SUÉCIA

As regras básicas sobre adoção na Suécia estão dispostas no Capítulo 4 do Código da Paternidade e Tutela. Entretanto, são as leis civis internacionais que regulam as adoções de crianças estrangeiras³⁶⁸.

A adoção na Suécia é irrevogável e incondicional, implica que o adotado seja considerado filho de quem o adota³⁶⁹, cessando totalmente as relações e as conseqüências jurídicas dos laços com seus pais biológicos e familiares de origem, como também previsto no Brasil.

Os filhos adotivos sucedem aos seus pais adotivos e familiares, assim como os pais e familiares adotivos sucedem ao adotado, aplicável o mesmo tratamento à tutela, ao poder familiar e aos alimentos, expressamente previsto nas regras suecas.³⁷⁰

As adoções submetem-se à aprovação ou denegação pelo Tribunal de Justiça, após o requerimento formalizado e ouvida a opinião da Comissão de

³⁶⁸ Convenção de Haia de 1993 e Lei 191/1997 c/c Lei 82/2001, se a criança for proveniente de países nórdicos (Suécia, Dinamarca, Finlândia, Irlanda ou Noruega) ou Lei 796/1971, se a criança for proveniente de outros países.

³⁶⁹ Código de Família sueco, sec. 3ª - a adoção realizada por uma pessoa casada tem de ser conjunta, excluída a possibilidade de uma adoção singular, exceto em se tratando de adoção unilateral (adoção do filho do cônjuge) – SOUSA, Rabindranath Capelo de. *A adoção – Constituição da relação adoptiva*. Coimbra, 1973 (separata do v. XVIII do Suplemento do BFDUC), *cit.*, p. 208 .

³⁷⁰ ANDERSSON, Gunilla. The adopting and adopted swedes an their contemporary society, in *Adoption inwordwide perspective: a review of programs, policies and legislation in 14 countries*. Berwyn/ Lisse, Ed. by R.A.C. Hoksbergen, Swets North America/ Swets & Zeitlinger B. V., 1986, p. 32 ss.

Assuntos Sociais³⁷¹, nos casos de adoção nacional ou da Direção Geral de Migração, se a criança for proveniente de um país nórdico.

Assim, se realizada no estrangeiro, em certos casos a adoção será válida na Suécia, observada a Convenção de Haia, certificada pelo NIA³⁷² – Conselho Nacional para Adoções Internacionais, desde que o adotante seja cidadão sueco ou que estava vivendo no país estrangeiro quando da adoção, que deverá ter, como finalidade, o de criar ou afiançar uma relação de filiação³⁷³.

Se a adoção ocorrer na Suécia, será necessário que o Tribunal de Justiça expeça resolução de adoção, como nos casos de adoção de filho biológico próprio³⁷⁴, posto que, face à mundial equiparação de tratamento dos filhos nascidos dentro e fora do casamento e à abertura à verdade biológica, deve ser permitida a

³⁷¹ Art. 1º do Código de Paternidade e Tutela: "O homem ou a mulher, que tiverem vinte e cinco anos cumpridos, poderão acolher filhos adotivos, mediante prévia autorização do tribunal. Também o que tiver cumprido dezoito anos, sem ter alcançado a idade dos vinte e cinco, terá direito a acolher filhos adotivos, se a adoção se referir a filho próprio, a filho ou filho adotivo de seu cônjuge, ou se existirem razões especialíssimas para tanto" – tradução livre.

³⁷² O NIA é composto por onze membros: um presidente, um vice-presidente, seis membros que representam especialmente os interesses do público e três membros que devem satisfazer as necessidades do Conselho, de competência em diversas questões – art.3, do Decreto 1128/1988, que dispõe sobre o Conselho Nacional Sueco para os Assuntos de Adoções Internacionais.

³⁷³ Se o motivo da adoção for diverso do de firmar vínculo de filiação, cassa-se a validade da adoção na Suécia, posto tratar-se de adoção aparente.

³⁷⁴ A adoção do próprio filho natural está expressamente proibida em alguns ordenamentos jurídicos, a exemplo do direito brasileiro (art. 42, § 1º, ECA), do espanhol (art. 175, CC) e de Malta (art. 132, CC); mas é admitida também no direito alemão (§ 1741, 2, BGB), no irlandês (sec. 11ª, *Adoption Act* de 1952), no grego (art. 2º, DL de 1970), além do francês, austríaco, suíço, por construção jurisprudencial – a respeito, ver HUET-WEILLER, Danièle. France - L'adoption dans les principales législations européennes (études de droit interne et de droit international privé), I – Droit interne, in *RIDC*, v. 37, 1985, *cit.*, p. 614, nota 8; HEGNAUER, Cyril. *Droit suisse de la filiation et de la famille*, adaptação francesa por Bernard Schneider, 2ª éd., Berne, Staempfli & Cie SA, 1984, *cit.*, p. 72; RIEG, Alfred, Autriche – L'adoption dans les principales législations européennes (études de droit interne et de droit international privé), I – Droit interne, in *RIDC*, v. 37, 1985, *cit.*, p. 561, notas 14 ss.

adoção de filho próprio quando não tiver sido reconhecido ou não se encontre estabelecida outra relação de filiação com outrem.³⁷⁵

Este entendimento também é defendido por Maria Helena Diniz, que claramente expressa que *"Nada impede a adoção, pelo pai ou mãe, do filho havido fora da relação conjugal, se não quiser reconhecê-lo, uma vez que não existe na legislação nenhuma norma que proíba relações de parentesco civil entre pai, ou mãe, e filho 'natural'"*.³⁷⁶

Antes de autorizar a adoção, o Tribunal deverá obter informações sobre o pretendente e o filho que, se não tiver mais que dezoito anos de idade, a informação deverá ser precedida da apreciação pela Comissão de Assuntos Sociais do Município em que estiver inscrito o solicitante e a pessoa que exerça a custódia tutelar da criança, conquanto a adoção somente se processa se os pais biológicos tiverem sido destituídos dos poderes paternos.

Não se exige o consentimento do pai ou da mãe biológicos, embora devam ser ouvidos sempre que possível, da mesma forma que devem ser ouvidos o adotante, no caso de adoção de filho adotivo do outro cônjuge, bem como o curador especialmente designado, nos casos em que se requer seu consentimento.³⁷⁷

³⁷⁵ SOUSA, Rabindranath Capelo de. *A adoção – Constituição da relação adoptiva*. Coimbra, 1973 (separata do v. XVIII do Suplemento do BFDUC), *cit.*, p. 120/122

³⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 17ª edição, 5º volume - Direito de família, 2002, *cit.*, p. 426

³⁷⁷ Art.10, Código de Paternidade e Tutela.

Sem o consentimento da Comissão de Assuntos Sociais municipal mediante prévia investigação das circunstâncias do lugar e das condições para cuidados oferecidos³⁷⁸, não há permissão para acolher um menor e dispensar-lhe cuidados e proteção permanente em família substituta, esclarecido se houve oferecimento ou promessa de retribuição ou alimentos para o filho, conquanto a adoção deverá redundar em benefício à criança a ser adotada.

A legislação sueca, a princípio, proíbe retribuição ou promessa de pagamento; admitindo-a³⁷⁹ se for de contribuição única e para sempre, cuja quantidade tiver sido abonada pela Comissão de Assuntos Sociais da paróquia em que estiver inscrito o adotante ou se houver delegação do recebimento pela Comissão, com aprovação do solicitante e também da Comissão.

Com a soma que se houver abonada, a Comissão, ou por intermediação desta perante Companhia de Seguros sueca, adquirirá uma renda vitalícia para a criança, ajustada a obrigação de alimentos, sempre que o convênio não a impedir ou a Comissão considerar que a quantia puder ser utilizada de outro modo conveniente para os alimentos do filho.

A possibilidade de se constituir renda vitalícia em favor do menor, como forma de retribuição antecedente à adoção e com caráter definitivo é, sem dúvida uma inovação legal que coloca a Suécia como um dos melhores países no mundo que mais garante os interesses do menor.

³⁷⁸ Art.6, da Lei 453/2001, que dispõe sobre os Serviços Sociais na Suécia.

³⁷⁹ Código de Paternidade e Tutela, art.6, segunda parte.

A antecedência e a definitividade da renda vitalícia constituída pelo proponente caracterizam a viabilidade da adoção *intuitu personae*, dada a irrevogabilidade e incondicionabilidade da filiação adotiva previamente autorizada pela Comissão de Assuntos Sociais que direciona a adoção do menor ao proponente da renda vitalícia, disposta no Código de Família sueco, Secção 3ª.

A excelência da qualidade também se verifica no tempo de tramitação do processo adotivo, assim como na sistemática para avaliação das condições e da idoneidade do pretendente à adoção, que pode ser realizada por uma das associações autorizadas pelo NIA – Conselho Nacional Sueco para Adoções Internacionais³⁸⁰, além da possibilidade de a avaliação ser feita também pela Comissão de Assuntos Sociais presente em todas as paróquias do país.

Tanto para a adoção nacional como para a internacional, a Comissão para Assuntos Sociais deverá, com a maior brevidade possível e, no mais tardar, em duas semanas após a solicitação apresentada pelo pretendente à adoção, examinar os requisitos necessários à aprovação da adoção e remetê-lo à autorização do Tribunal, podendo o prazo ser prorrogado, se existirem razões especiais que exijam mais provas da idoneidade necessária ao atendimento dos interesses do menor, sempre colocado em nível prioritário.³⁸¹

³⁸⁰ Lei 191/1997 (dispõe sobre a adesão da Suécia à Convenção de Haia sobre proteção de menores e cooperação em adoções internacionais) – art.2: o Conselho Nacional Sueco para Adoções Internacionais (NIA) é a autoridade central.

³⁸¹ Art.14, da Lei 453/2001, que dispõe sobre os Serviços Sociais na Suécia – salienta-se o exíguo prazo de DUAS SEMANAS ou cerca de catorze dias para exame da idoneidade dos adotantes e do lugar onde o menor passará a ser criado e educado, dada a importância da rápida inserção do menor na família adotiva para otimização dos resultados do convívio familiar.

A quantidade e especialização das associações autorizadas para avaliação, instrução, orientação e ajuda dos pretensos adotantes em todas as etapas da adoção é fator preponderante para agilização do processo adotivo, posto que a avaliação da idoneidade e adequação é feita com bastante celeridade.

Legalmente institucionalizada uma Comissão para Assuntos Sociais para cada Município sueco, nos termos da Lei de Serviços Sociais de natureza pública³⁸², o NIA – Conselho Nacional de Adoções Internacionais pode autorizar outras associações sem fins lucrativos que demonstrem bom senso e conhecimento sobre adoções, tendo como meta principal o bem estar dos menores, devendo ter seus estatutos, junta diretiva e auditores de contas.

A Associação deverá indicar qual é o país em que pretende atuar, o valor das despesas e a justificação da cobrança que efetuará das pessoas que a procurarem para receber ajuda com a mediação de adoções internacionais, bem como a forma de prestação de contas para que a autorização seja concedida por tempo limitado.³⁸³

A Suécia incentiva as adoções internacionais para acolher menores estrangeiros em seu país. Para tanto, o NIA – Conselho Nacional Sueco para Adoções Internacionais, como autoridade central, verifica as leis estrangeiras, os convênios e as informações sobre adoção internacional, as distribui para outras

³⁸² Lei 453/2001, art.1.

³⁸³ Lei 192/1997 – dispõe sobre a mediação de adoções internacionais. A autorização de funcionamento concedida pelo NIA poderá ser revogada a qualquer tempo, bastando que a associação não cumpra com as condições estabelecidas ou, quando solicitado, não apresentar os documentos relacionados à suas atividades.

organizações autorizadas, acompanha as evoluções internacionais e negocia com as autoridades e organizações e outros países acerca de convênios no setor das atividades do Conselho e troca de informações e colaborações com as autoridades e organizações, em comum acordo com a Direção Nacional de Sanidade e Previsão Social, objetivando formular juízo da idoneidade de um lugar e do adotante para acolher um menor.

Regra geral, a solicitação de residência deve ser feita antes que o menor ingresse na Suécia, através do Consulado ou da Embaixada suecos no país de origem. Outorga-se permissão de residência a uma criança estrangeira menor de dezoito anos sem necessidade de que tenha convivido com o adotante sueco, se no momento da adoção a criança estava residindo na Suécia.

Quando a adoção ocorrer antes que o adotante estrangeiro se radique na Suécia, exige-se que o adotante e o filho adotivo tenham convivido antes, para que possam reunificar-se na Suécia.

As crianças menores de doze anos de idade adotadas por um cidadão sueco, em conformidade com uma resolução estrangeira de adoção válida na Suécia, obterão automaticamente a cidadania sueca mediante a adoção e, por isso, não se requer permissão de residência.³⁸⁴

³⁸⁴ Arts. 4 e 5, da Lei 529/1989, que dispõem sobre a permanência e residência do estrangeiro adotado na Suécia.

A participação das associações autorizadas e da Comissão para Assuntos Sociais implica na admissão de agenciamento das adoções³⁸⁵ – aqui também tipificada a adoção *intuitu personae*, conquanto fomenta contatos entre as pessoas que desejam adotar, a quem são prévia e especificamente direcionadas as adoções de filhos, intervindo as pessoas independentes do país em que o menor tem sua residência permanente, supervisionado por autoridades e organizações ou instituições que dão a assistência necessária para que a adoção seja efetivada.

O agenciamento das adoções, em que ocorrem tratativas diretamente com o adotante, incluindo-se a constituição de renda vitalícia em favor do adotando, configuram a viabilidade, legalidade e conveniência da adoção *intuitu personae* na Suécia, cuja adoção é direcionada a um adotante determinado mediante verificação e controle ou fiscalização por órgão público, podendo até ser dispensado o consentimento da mãe ou do pai biológicos com a adoção. Quiçá quando o Brasil atingir o elevado o nível cultural sueco, talvez possamos adotar o modelo de excelência adotiva, mais guardando os interesses e necessidades do menor adotando.

³⁸⁵ Art. 2 e 12, da Lei 192/1997.

5.7. AGENCIAMENTO E ADOÇÃO INDEPENDENTE NOS ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos há regência da *common law* ou lei do costume ou tradição³⁸⁶, mas cada Estado possui autonomia e independência para regular os procedimentos adotivos, impondo requisitos e permitindo ou proibindo condutas que vigoram exclusivamente no respectivo território.

Contudo, há consenso interno firmado entre vários Estados, buscando a uniformização jurídica e atendimento das diretrizes nacionais voltadas à filiação adotiva.

Nossas pesquisas para elaboração do presente trabalho indicaram que os Estados Unidos são o país mais ousado e inovador, em termos procedimentais para a filiação adotiva. Entretanto apresenta forte oposição ao casamento entre homossexuais e a admissão de adoção de crianças e adolescentes por duas pessoas do mesmo sexo e ao mesmo tempo³⁸⁷.

³⁸⁶ A adoção de filhos era uma figura desconhecida nos países de *common law*, sobretudo por causa da forte concepção de inalienabilidade dos direitos e deveres paternais, proibida até hoje nos países de tradição muçulmana. Nos Estados Unidos, porém, o instituto adotivo foi reconhecido desde cedo em alguns Estados, v.g., no Texas e na Louisiana, notadamente pela grande influência do *civil law* assimilado, principalmente, do direito francês e do direito espanhol.

³⁸⁷ COONTZ, Stephanie. A revolução heterossexual, no jornal *O Estado de S.Paulo*, edição de 10.07.2005, pág. Vida& A27 notícia “... mobilizando os conservadores americanos a renovar seu pedido por uma emenda constitucional banindo esse tipo de casamento nos Estados Unidos.” – retrata, assim, a preocupação e o posicionamento americano em não aceitar o casamento entre homossexuais e, conseqüentemente, vedando a adoção de crianças e adolescentes por casais gays ou lésbicas. No mesmo sentido, DREIFUS, Claudia. Os últimos 30 anos revolucionaram o casamento. Jornal *The New York Times*, Boston, edição de 14.06.2005.

Conforme pesquisa realizada³⁸⁸, cerca de um milhão de crianças nos Estados Unidos vivem com pais adotivos, tendo sido verificado um aumento de 17%, de 1987 até 1992, na quantidade de casos de adoção. Seis dentre dez famílias americanas tiveram caso de adoção de crianças, ou porque têm um membro da família ou um amigo que foi adotado, adotou uma criança ou colocou um menor à disposição para ser adotado.

As adoções, nos Estados Unidos, têm sido realizadas nos seguintes patamares: a) através de agências públicas, de 15% a 20%; b) adoções independentes ou através de agências privadas, com ou sem fins lucrativos, cerca de 40%; c) por parentes ou por padrastos, 42%; d) internacionais, quase 5% e d) inter-raciais, 8%, incluindo-se as adoções internacionais.³⁸⁹

As adoções feitas por parentes e por padrastos chegam a 42% das adoções³⁹⁰, enquanto que as adoções de crianças em uma família adotiva de outra raça são quase 8% dos casos, incluindo os 5% das adoções internacionais de crianças que vieram de país estrangeiro. A mesma estatística publicada informa que, nos Estados Unidos, cerca de 64% das crianças adotadas através de *foster care* foram adotadas por suas famílias temporárias, 16% por parentes, 20% por pessoas sem nenhuma relação e menos de 1% por padrastos.

³⁸⁸ Comunicado de Imprensa, 1 de novembro de 2003, disponibilizado na Internet, www.idahochild.org, acessado em 17 de maio de 2004.

³⁸⁹ HOWE, Ruth-Arlene. *Adoption, practice, issues and laws – 1958-1983*. FLQ, v. XVII, 1983, p.173/197; McDERMOTT, Mark T. Agency versus independent adoption: the case for independent adoption, in *Adoption – the future of children*, nº 1, vol.3, 1993, *cit.*, p. 143.

³⁹⁰ BOULANGER, François. *Droit civil de la famille*. Paris, Economica, t. 1 (Aspects internes et internationaux), 2ª éd., 1992; t. 2 (Aspects comparatifs et internationaux), 1994, *cit.*, p. 173 e ss., informa, ainda, que nos Estados Unidos a adoção familiar é uma das principais causas do contencioso da adoção, como também ocorre no Grã-Bretanha que, em 1984, contabilizou 4.409 casos.

Desde março de 2.000, há, aproximadamente, 134.000 crianças em todo o país esperando serem adotadas³⁹¹, o que justifica incentivar a adoção, através da facilitação por vários meios admitidos, dentre eles a adoção *intuitu personae*, além de incentivos financeiros ao adotante e outras formas alternativas diversas da adoção, para que sejam dispensados os cuidados e atenções de que necessitam a criança ou o adolescente.

Em dezembro de 2003, o Presidente americano George W. Bush editou lei que incentiva a adoção e acolhimento de menores, mediante estímulos fiscais e econômicos para as famílias e os governos dos Estados, destacando que é crucial o papel das famílias de acolhimento de menores, sublinhando que o objetivo fundamental da Lei para a Promoção da Adoção será facilitar que se cumpra o desejo de cada criança, principalmente as maiores de nove anos de idade, de ter um lugar que seja definitivo.

Assim, a Lei para a Promoção da Adoção prevê dedução fiscal de 5.000 a 10.000 dólares por criança adotada pela família; sendo que os Estados também serão estimulados a promover adoções e receberão fundos federais de 8.000 dólares por criança maior de nove anos que encontre uma família definitiva.

O legislador republicano Wally Herger, um dos promotores da iniciativa disposta na Lei para a Promoção da Adoção, informa que, entre 1997 e 2002, o número de adoções de crianças com necessidades especiais tem crescido,

³⁹¹ A estatística americana é semelhante à do Brasil, com grande número de crianças para serem adotadas, quase a metade delas com idade superior a 9 anos.

considerando "necessidades especiais" também a dificuldade de encontrar família substituta para crianças com idade superior a 9 anos ou descendente de outra raça.³⁹²

A maioria dos Estados prevê, de maneira expressa e clara, a adoção *intuitu personae*, através do agenciamento e da adoção independente, ressaltando o aspecto liberal e afetivo das relações familiares.

De modo geral, as adoções de crianças e de adolescentes são realizadas através de agências de adoções, públicas ou privadas com autorização governamental, que assumem a responsabilidade de avaliar a idoneidade dos adotantes, proceder às investigações necessárias e tomar as providências legais pertinentes, até o encaminhamento do caso a Corte Superior para aprovação judicial³⁹³ e conseqüente ordem para alteração da filiação no registro de pessoas, incluindo-se as adoções independentes admitidas na maioria dos Estados americanos.

As adoções de menores através de agência de adoções podem ser implementadas com duas opções básicas aos pais biológicos, por ocasião de renunciar aos seus direitos paternais:

³⁹² Reportagem acessada aos 17.05.2004, disponível na Internet em <http://www.terra.com>.

³⁹³ EHRENZWEIG, Albert; JAYME, Erik. *Private international law – Special Part*. Vol.II, Leyden/ Dobbs Ferry. New York, A.W.Sitjthoff/ Oceana Publications, Inc., 1973, *cit.*, p. 231/233; SILVERMAN, Arnold. Nonrelative adoption in the United States: a brief survey, in *Adoption in worldwide perspective: a review of programs, policies and legislation in 14 countries*. Ed. By R.A.C. Hoksbergen, Berwyn/ Lisse: Swuets North America/ Seets § Zeitlinger B.V., 1986, *cit.*, p.1/7.

- O pai ou a mãe biológica escolhe o adotante, identificando-o pelo nome: tem-se, pois, a chamada adoção *intuitu personae* ou adoção direcionada,
- O pai ou a mãe biológica apenas renuncia aos direitos sobre o menor, não indicando o adotante. Neste caso, o pai ou a mãe biológica transfere à agência de adoções a responsabilidade de escolher o adotante que melhor atenderá os interesses do menor.

A adoção independente ou adoção privada é admitida na maioria dos Estados americanos, com exceção dos Estados de Connecticut, Delaware, Massachusetts e Minnesota.³⁹⁴

Nos Estados que a permitem, a adoção é arranjada sem uma agência de adoções, os contatos iniciais são feitos diretamente entre os pais biológicos e os pais adotivos ou pela mulher grávida e os pais adotivos ou o advogado³⁹⁵, evidenciado o caráter *intuitu personae* dessa forma de adoção de filhos.

³⁹⁴ A adoção independente está expressamente autorizada por lei na maioria dos Estados americanos, exceto em seis dos Estados americanos: Connecticut, Delaware, Massachusetts, Michigan, Minnesota e Dakota do Norte, segundo o site www.futureofchildren.org, acessado em 03.04.2004. Parecendo estar mais atualizado, indicando que os Estados de Michigan e de Dakota do Norte atualmente já permitem a adoção independente: McDERMOTT, Mark T. Agency versus independent adoption: The case for independent adoption, in *Adoption – The future of children*, n° 1, vol.3, 1993, pág. 142. Ver, também, SILVERMAN, Arnold. Nonrelative adoption in the United States: a brief survey, in *Adoption in worldwide perspective: a review of programs, policies and legislation in 14 countries*. Ed. By R.A.C. Hoksbergen, Berwyn/ Lisse: Swuets North America/ Seets § Zeitlinger B.V., 1986, *cit.*, p. 9/12; EHRENZWEIG, Albert; JAYME, Erik. *Private international law – Special Part*. Vol.II, Leyden/ Dobbs Ferry. New York, A.W.Sitjhoff/ Oceana Publications, Inc., 1973, *cit.*, p. 237/241.

³⁹⁵ McDERMOTT, Mark T. Agency versus independent adoption: The case for independent adoption, in *Adoption – The future of children*, n° 1, vol.3, 1993, *cit.*, pág. 146: "*festas são capazes de alcançar uma adoção independente: os pais adotivos e os pais biológicos se identificam mutuamente, sem intervenção de uma agência e, então, arranjam os direitos paternos para que o menor seja abandonado através de agência, de modo que a adoção torna-se uma 'adoção de agência direta'*" – tradução livre da autora.

O pai ou a mãe biológica encarrega-se de encontrar um adotante para seu filho, responsabilizando-se em colocá-lo junto à família adotante *intuitu personae* e, a partir dessa etapa, os procedimentos para a adoção seguem a sistemática prevista perante as agências de adoções e aprovação judicial.³⁹⁶

Para iniciar uma adoção independente, é preciso localizar um adotante e uma mãe biológica que pretenda abandonar seu filho. Isto pode ser feito através de vários caminhos: (a) através de advogados, (b) contatar hospitais ou maternidades, centros de gravidez de risco, obstetras, (c) através de conselhos de orientação escolar, amigos e conhecidos, (d) através de publicações em jornais.

Com referência às publicações em jornais, solicitando adoção ou disponibilizando menor, com informações da vida familiar, casa, trabalho, passatempos, interesses e, eventualmente, fotografias do menor e/ou dos interessados, 34 (trinta e quatro) Estados americanos permitem que as publicações sejam feitas direta e pessoalmente pelos interessados³⁹⁷; enquanto que os outros 17

³⁹⁶ EHRENZWEIG, Albert; JAYME, Erik. *Private international law – Special Part*. Vol.II, Leyden/Dobbs Ferry. New York, A.W.Sitjthoff/ Oceana Publications, Inc., 1973, *cit.*, p. 233, informa que os tribunais americanos reconheceram, por vezes, "*de facto adoptions*" estrangeiras – no mesmo sentido, BRECHER, Bob. *What is wrong with the family – Constituting families: a study in governance*. Ed. Derek Morgan & Gillian Douglas, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1994, *cit.*, p. 63 e ss.

³⁹⁷ Estados que permitem publicidade dos interesses pelos próprios adotantes e pais biológicos: Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, Carolina do Sul, Colorado, Columbia, Connecticut, Dakota do Sul, Florida, Indiana, Iowa, Louisiana, Maine, Maryland, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Nova Hampshire, Nova Jersey, Nova York, Novo México, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Virginia do Oeste, Washington e Wyoming.

(dezessete) Estados americanos não permitem publicidade que não seja através das agências de adoções³⁹⁸.

5.7.1. PLURIPARENTALIDADE E PATERNIDADE SUBSTITUTA EM NEW YORK

No Estado de Nova York³⁹⁹, a adoção de um menor pode ser feita por:

- a) um adulto maior de dezoito anos de idade, casado ou solteiro;
- b) por duas pessoas ao mesmo tempo, desde que sejam casadas ou que vivam em união estável;
- c) uma pessoa casada, se estiver legalmente separada de seu cônjuge ou estiver separada de fato por três anos ou mais;
- d) por homens e mulheres homossexuais, companheiros entre si, como pais do menor;
- e) o cônjuge ou consorte do pai ou da mãe natural da criança, caso em que a criança não perde o vínculo de filiação natural, passando a ser legalmente filha também do(a) adotante.

³⁹⁸ Estados que não permitem publicidade pelos próprios interessados; i.é, admitem publicações somente através das Agências de Adoções: Califórnia, Carolina do Norte, Dakota do Norte, Delaware, Georgia, Hawaii, Idaho, Ilha do Rhode, Illinois, Kansas, Kentucky, Massachusetts, Montana, Nebraska, Nevada, Ohio e Wisconsin.

³⁹⁹ New York State Bar Association, Internet, disponível em www.adoption, acessado em 06.11.2003.

A adoção deve ser precedida do consentimento dos pais, mesmo que não casados, se não destituídos da guarda e do poder familiar – se não se sabe quem é o pai da criança, seu consentimento não será necessário.

Também não é obrigatória a sua anuência, no caso de o pai não manter contato maior com o filho, embora o juiz possa determinar que ele seja informado da proposta de adoção; mas a mãe, de toda forma, tem de consentir com a adoção e é possível que tenha que firmar declaração, explicando porquê o menor não tem tido muito contato com o pai.⁴⁰⁰

O consentimento dos pais é formalizado em documento de renúncia firmado em Juízo (*surrender*) ou extrajudicialmente (*surrender agreement* – contrato de renúncia em que os pais naturais entregam seu filho em adoção).⁴⁰¹

O *surrender agreement* ou contrato de renúncia permite, pois, a adoção *intuitu personae*; na medida em que os pais biológicos manifestam renúncia do filho e o entregam à adoção para a pessoa interessada em adotá-lo, mediante aprovação judicial.

⁴⁰⁰ DAVÍ, Angelo. Adozione (V – Diritto comparato e straniero), in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, v.I, *cit.*, p. 4 ss.; SILVERMAN, Arnold. Nonrelative adoption in the United States: a brief survey, in *Adoption in worldwide perspective: a review of programs, policies and legislation in 14 countries*. Ed. By R.A.C. Hoksbergen, Berwyn/Lisse: Swuets North America/ Seets § Zeitlinger B.V., 1986, *cit.*, p. 6/9.

⁴⁰¹ STOLJAR, S. J.. Children, parents and guardians, in *International encyclopedia of comparative law*, v. IV (Persons and family), cap. VII. Tübingen/ The Hague-Paris/ New York, JCB Mohr/ Mouton/ Oceana Publications Inc., 1973, p. 3 ss; RHEINSTEIN, Max e KÖNIG, René. *Introduction – international encyclopedia of comparative law*. Tübingen/ The Hague/ Paris, JCB Mohr/ Mouton, Persons and family, cap. I, 1974, *cit.*, p. 15 ss.

Se a renúncia foi manifestada extrajudicialmente, através de contrato, os pais biológicos podem mudar de idéia até 45 (quarenta e cinco) dias, contados a partir da assinatura do contrato de renúncia.

Se os pais manifestaram a renúncia com acompanhamento de advogado e perante o juiz, a renúncia é imediatamente definitiva, impedindo quaisquer arrependimentos ou revogação⁴⁰², não podendo sequer demandar, em outra ação judicial, a devolução do filho.

No caso de o menor não estar sob poder familiar, o consentimento para adoção deve ser fornecido pela pessoa ou pela agência que tenha legalmente o menor sob seus cuidados. O menor, com mais de catorze anos de idade, também deve consentir com a adoção.

A adoção de menor deve ser aprovada judicialmente⁴⁰³ perante a Corte de Família (*Family Court*) ou a Corte de Substituições (*Surrogate's Court*), expedindo uma ordem de adoção (*adoption order*) do Condado onde vivem os pais adotivos, expedindo-se o mandado para registro perante o Cartório.

⁴⁰² CARROLL, Elisabeth N.. Abrogation of adoption by adoptive parents, in *Familt Law Quarterly*, vol. XIX, 1985, p. 155/177.

⁴⁰³ Para adotar um menor de outro Estado, é preciso obter a aprovação do "*Interstate Compact Office*" de New York, antes que a criança ingresse no Estado. SILVERMAN, Arnold. Nonrelative adoption in the United States: a brief survey, in *Adoption in worldwide perspective: a review of programs, policies and legislation in 14 countries*. Ed. By R.A.C. Hoksbergen, Berwyn/ Lisse: Swuets North America/ Seets § Zeitlinger B.V., 1986, *cit.*, p. 9/12.

Há dois tipos de adoções de menores de dezoito anos de idade no Estado de Nova York, regulados por leis estaduais, monitorado e investigado antes da aprovação final mediante decisão judicial:

- a) Adoções por agência (*agency adoptions*) e
- b) Adoções executadas privadamente (*private placement adoptions*), também conhecida como adoções independentes⁴⁰⁴, onde identificamos ocorrer adoção direcionamento, pela mãe biológica, a um determinado adotante ou *intuitu personae*.

As adoções por agências envolvem crianças que estão sob custódia de agências estatais ou agências privadas com licença estatal para funcionamento, recebidas voluntária e diretamente dos pais naturais ou mediante condução decorrente de ordem judicial, em razão de destituição da guarda dos pais biológicos, relacionada com acusação de descuido, abuso ou situações problemáticas.

Algumas crianças chegam em grupos, que incluem irmãos; outras crianças apresentam problemas médicos ou emocionais. Na maioria desses casos, o Governo pagará ao pai adotivo uma soma mensal em dinheiro, a título de subsídio ou subvenção, além de prover seguro médico para o menor.

⁴⁰⁴ SILVERMAN, Arnold. Nonrelative adoption in the United States: a brief survey, in *Adoption in worldwide perspective: a review of programs, policies and legislation in 14 countries*. Ed. By R.A.C. Hoksbergen, Berwyn/ Lisse: Swuets North America/ Seets § Zeitlinger B.V., 1986, *cit.*, p.11/19; EHRENZWEIG, Albert; JAYME, Erik. *Private international law – Special Part*. Vol.II, Leyden/ Dobbs Ferry. New York, A.W.Sitjthoff/ Oceana Publications, Inc., 1973, *cit.*, p. 247/254; FREEMAN, Michael D. A.. Towards a critical theory of family law, in *Family law*, v. I (Society and family). Aldershot/ Hong Kong/ Singapore/ Sydney. Ed. Harry D. Krause, Dartmouth, 1992, *cit.*, p. 158/164.

São crianças que, por terem sido abandonadas ou descuidadas, terminam sob o cuidado do sistema de lugares adotivos, denominados *foster care system*, que são casas de acolhimento provisório, onde contam-se com profissionais contratados para dar atendimento, apoio, cuidado, providenciando alimentação adequada, educação, higiene e tratamento médico durante a estadia em aguardo da colocação definitiva em família substituta.⁴⁰⁵

O encaminhamento dos menores ao *foster care system*, bem como os procedimentos voltados à adoção são executados pelas agências governamentais ou por agências privadas de adoção previamente registradas e certificadas pelo Governo, que mantém rígido controle e fiscalização de seu funcionamento, cujos custos com a adoção e os tratamentos médicos do menor são totalmente subsidiados pelo Governo, posto que o menor está sob cuidado público (*foster care system*).⁴⁰⁶

As adoções executadas de forma particular, também chamadas de adoções independentes, envolvem crianças que não chegam a estar sob os cuidados do Estado ou de agências privadas com licença estatal.

As pessoas que querem adotar através desse sistema, devem conseguir uma certificação judicial antes de acolher a criança e, se o menor já vive

⁴⁰⁵ GOODY, Esther. *Adoption et fosterage*. Paris, De Boccard, 1999, p. 369/388.

⁴⁰⁶ MEEZAN, W. SHIREMAN, J.F.. *Care and commitment: Foster parent adoption decision*. New York, State University of New York Press, 1985, p. 217/219.

com a pessoa que pretende adotá-lo, a solicitação de certificação deve ser apresentada juntamente com a petição de adoção.⁴⁰⁷

As adoções independentes iniciam-se com o contrato particular de renúncia e de adoção *intuitu personae*, posteriormente submetido à aprovação judicial.⁴⁰⁸ Geralmente, estas adoções se iniciam com contratos privados, envolvendo padrastos ou outros familiares, denominados *stepparent adoptions*, que ocorre, por exemplo, quando a mãe se casa novamente, depois do divórcio, seu novo marido é o padrasto do filho.

O padrasto pode querer adotar, de forma que ele e a mãe seriam legalmente⁴⁰⁹ os pais do menor: neste caso, o pai natural, se estiver vivo, tem que previamente aceitar essa adoção pelo marido da ex-mulher, exceto se referido pai tiver abandonado o filho, caracterizado pela falta de contato com o menor por seis meses ou mais.

Também podem envolver pessoas sem vínculos de parentesco ou de afinidade, como quando o menor é encontrado através de anúncios em periódicos ou por comentários populares, conhecidos por *word-of-mouth*, ou, ainda, através de advogados particulares especializados em adoções.

⁴⁰⁷ DAVID, René. The international unification of private law, in *International Encyclopedia of comparative law*, v. II (The legal systems of the world. Their comparison and unification), cap. V, Tübingen/ The Hague-Paris/ New York, J.C.B. Mohr/ Mouton/ Oceana Publications Inc., 1971, p. 104/118.

⁴⁰⁸ MEEZAN, W.. KATZ, S.. RUSSO, E.M. *Adoptions without agencies: A study of independent adoptions*. New York, Child Welfare League of America, Inc., 1978, p. 95/104.

⁴⁰⁹ Semelhantemente à adoção unilateral, prevista no §1º do art. 41, Lei 8.069/1990 – ECA.

Tratando-se de adoção independente, é possível que os pais adotivos tenham que assumir os custos da adoção, devendo o juiz ser informado de todos os gastos realizados pelo adotante, incluindo as tarifas pagas à agência particular de adoção, honorários do advogado, custos legais, gastos com tratamento médico ou alimentação, além dos gastos com a mãe natural, relacionados com o nascimento da criança.⁴¹⁰

Os gastos realizados pelo adotante só são admissíveis por um período de dois meses antes do nascimento do menor, até um mês depois do nascimento – qualquer outro pagamento efetuado sem a aprovação do Tribunal pode ser considerado violação da lei⁴¹¹, inferindo-se a legalidade da possível adoção de nascituro e do pagamento das respectivas despesas médicas e hospitalares, além da alimentação da mãe biológica para garantir uma gestação saudável.

Os gastos e custos despendidos não se confundem com preço. Os filhos não podem ser comprados ou vendidos: qualquer situação que possa configurar compra e venda será intensamente investigada e pode culminar em condenação criminal.

Na adoção independente os pais naturais necessitam de um advogado para assegurar que todos os procedimentos legais foram cumpridos. O

⁴¹⁰ SILVERMAN, Arnold. Nonrelative adoption in the United States: a brief survey, in *Adoption in worldwide perspective: a review of programs, policies and legislation in 14 countries*. Ed. By R.A.C. Hoksbergen, Berwyn/ Lisse: Swuets North America/ Seets § Zeitlinger B.V., 1986, *cit.*, p.19/21; LEFLAR, Robert. A.. *American conflicts law*. 3 rd. ed., Indianapolis/ New York/ Charlottesville/ Virginia, The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1977, p. 485; COLE, E. S.. Adoption: History, policy, and program, in *A handbook of child welfare context, knowl-edge, and practice*. J. Laird and A. Hartman. New York, Free Press, 1985, p. 638/662.

⁴¹¹ New York State Bar Association, Internet, disponível em www.adoption, acessado em 06.11.2003.

juiz pode nomear um advogado dativo para os pais naturais, objetivando proteger seus direitos, havendo a possibilidade de os honorários do advogado dos pais biológicos serem pagos pelo adotante.⁴¹² De toda forma, o processo continua sendo de jurisdição voluntária – isto é, não há lide entre os pais naturais e o adotante, mantido o caráter *intuitu personae* da adoção.

No Estado de Nova York é possível, ainda, que as partes interessadas firmem o contrato de paternidade e nascimento (*parenting and birthing agreements*), também chamados de contratos de paternidade substituta (*surrogate parenting agreements*), em que se acorda que a contratada tenha um filho pela contratante e o entregue depois que nasça, aqui conhecido como contrato de "barriga de aluguel", em que a contratada se compromete à gestação com prévia renúncia ao filho, entregue para adoção após o nascimento.⁴¹³

Referido contrato não gera direito subjetivo à contratante, vale dizer que a Justiça não obriga a mãe natural a entregar seu filho a outra pessoa, mesmo tendo havido prévio contrato escrito, posto que o objeto do contrato, à época da sua assinatura, consistia em evento futuro e incerto.

O direito de a gestante ficar com o filho nascido é assegurado porque se exige que a renúncia seja confirmada após o nascimento do filho, a partir do qual inicia-se o cômputo do prazo para arrependimento da renúncia, que pode ser manifestado em até 45 dias, contados da assinatura do contrato de renúncia.

⁴¹² DEMICK, J. and WAPNER, S.. Open and closed adoption: A developmental conceptualization, in *Family process*. New York, 1988, *cit.*, p. 229/232.

⁴¹³ OMENN, Gilbert. BALL, John R.. Genetics, adoption and the law, in *Genetics and the law II*. New York/ London, Ed. Milunsky and Annas, Plenum Press, 1980, p. 269/281.

Importa dizer que o contrato de paternidade e nascimento ou "barriga de aluguel" é feito antes da concepção, contendo cláusula de renúncia ao filho, depois que a criança nascer precisa ser assinado novo acordo denominado contrato de renúncia e, a partir da assinatura desse segundo contrato, inicia-se o cômputo do prazo de 45 dias para manifestar arrependimento e não entregar o filho nascido.

A gestação pode decorrer naturalmente, de forma que a gestante é a mãe biológica da criança ou pode decorrer de técnica de reprodução artificial assistida, em que foram utilizados os materiais genéticos do marido e da mulher contratantes ou de terceiros. De qualquer modo, se a renúncia for confirmada após o nascimento da criança, através de contrato assinado e se não manifestado arrependimento nos 45 dias subseqüentes à assinatura do contrato de renúncia, tem início o processo de adoção *intuitu personae*.

Uma vez concluído o registro da adoção, por uma das formas e modos permitidos, os adotantes passam a ser os pais legais do menor, sendo os arquivos cerrados (*sealed*), de modo que nem o público, nem o menor adotado, nem os pais adotivos ou os naturais podem ter acesso aos arquivos de uma adoção, exceto se houver precedente contrato de adoção aberta (*open adoption*).

O contrato de adoção aberta (*open adoption agreements*) é o acordo firmado entre os pais adotivos e os pais naturais (apresenta, pois, os

elementos da adoção *intuitu personae*), permitindo que estes últimos continuem mantendo contato com o filho depois de efetivada a adoção⁴¹⁴.

Se os pais adotivos não mais permitirem que os pais naturais vejam o filho⁴¹⁵, estes podem ir a Juízo para fazer cumprir o contrato, obrigando os pais adotivos a permitirem o contato com o filho, mediante prova do contrato, provando também que o contato contínuo com o filho será melhor para a criança.

A só existência do contrato de adoção aberta não garante que os pais naturais continuem o contato com o filho dado à adoção. Algumas Cortes do Estado de Nova York expedem mandado judicial (*enforce*), se demonstrado que a manutenção das visitas dos pais biológicos atenderão os prioritários interesses do menor, não lhe acarretando nenhum prejuízo emocional ou na sua formação social se continuar convivendo com os pais adotivos e também os pais biológicos.⁴¹⁶

A adoção aberta conduz a pluriparentalidade⁴¹⁷ que, nos países anglo-saxões, busca o reconhecimento legal e soluções jurídicas que permitam à criança conservar laços com seus pais biológicos, estabelecendo novos laços com

⁴¹⁴ EHRENZWEIG, Albert; JAYME, Erik. *Private international law – Special Part*. Vol.II, Leyden/ Dobbs Ferry. New York, A.W.Sitjthoff/ Oceana Publications, Inc., 1973, *cit.*, p. 236/239; FREEMAN, Michael D. A.. Towards a critical theory of family law, in *Family law*, v. I (Society and family). Aldershot/ Hong Kong/ Singapore/ Sydney. Ed. Harry D. Krause, Dartmouth, 1992, *cit.*, p. 145/152.

⁴¹⁵ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Adoção pronta X adoção pelo cadastro, in *Grandes Temas da Atualidade – Adoção*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005, p. 251: A adoção fechada é o modelo tradicional, normalmente praticado no Brasil e "*refere-se à confidencialidade total. Nele a mãe biológica e os pais adotivos não têm nenhum contato nem trocam qualquer informação.*"

⁴¹⁶ DEMICK, J. and WAPNER, S.. Open and closed adoption: A developmental conceptualization, in *Family Process*. New York, 1988, *cit.*, p. 233/249.

⁴¹⁷ HAUSER, Jean. *L'adoption à tout faire*. D., 1987, chr. XXXVII, p. 206; BOULANGER, François. *Droit civil de la famille*. Paris, Economica, t. 1 (Aspects internes et internationaux), 2^a éd., 1992; t. 2 (Aspects comparatifs et internationaux), 1994, *cit.*, p. 173 ss.

os pais adotivos, resultado da ação de grupos de pressão em favor do interesse da criança, reconhecendo-lhe novos direitos: o direito a ser criada pelos pais substitutos conservando laços com sua família natural, o direito à manutenção de seu nível de vida e de suas ligações eletivas ou aquela de conhecer suas origens.

Há forte movimento, em nível mundial, para se desenvolver soluções tendentes a evitar o corte dos laços da criança com os seus familiares de origem ou, pelo menos, para que os familiares possam, de algum modo, intervir no procedimento adotivo.

O direito alemão, em seu § 1756, 2, BGB determina que a adoção plena de uma criança, cujo progenitor tenha falecido, não extingue suas relações com os familiares do defunto.⁴¹⁸ No direito inglês, apesar do princípio geral de equiparação do status do adotado ao dos outros filhos do adotante e do corte parental com a família de origem, conserva-se, porém, o direito de visita; podendo, ainda, haver direitos de natureza patrimonial em relação à família de origem.⁴¹⁹

No Brasil também há Projeto de Lei de 2003⁴²⁰, de proposta do Deputado Reginaldo Lopes, que acrescenta a Seção I - A, do ECA, incluindo o art.154-A e parágrafos, visando a preservação dos vínculos familiares biológicos e adotivos.

⁴¹⁸ FLAUSS-DIEM, Jaqueline. Angleterre, L'adoption dans les principales législations européennes (études de droit interne et de droit international privé), I – Droit interne, in *RIDC – Revue Hellénique de Droit Comparé*, vol. 37, 1985, p. 539; BROMLEY, P. M., Droits et devoirs des parents à l'égard de leurs enfants, in *Mariage et famille en question (l'évolution contemporaine du droit anglais)*, sous la direction de Schwarz-Liebermann von Wanhendorf, Paris, CNRS, 1979, p. 125.

⁴¹⁹ Sec. 8ª, Children Act de 1975 e Sec. 39ª, Adoption Children Act de 1976.

⁴²⁰ <http://www.camara.gov.br>, acessado em 01.10.2005.

O procedimento seria iniciado por técnicos de entidades de abrigo, imediatamente após o recolhimento da criança ou adolescente, com base no disposto pelo artigo 92 e com vistas à reintegração familiar (*caput* do art. 154-A).

Somente havendo imediata constatação da inviabilidade da preservação dos vínculos com a família biológica, devido à gravidade ou excepcionalidade do caso, será encaminhado parecer fundamentado à autoridade judiciária, visando subsidiar ação de perda ou suspensão do poder familiar (§3º do art. 154-A, do ECA).

A proposta brasileira inscrita no Projeto de Lei parece estar mais fundamentada nos benefícios ao adotando na manutenção da ligação com as famílias adotiva e biológica, ampliando seus direitos de personalidade e de dignidade humana; não tanto fundamentada na dificuldade de qualquer acesso do adotivo às informações sobre si mesmo e sobre suas origens, dado ao segredo do processo adotivo e alteração nos assentos registrários, porquanto há a possibilidade de investigação, que não se confunde com reconhecimento de paternidade.

A prática da adoção fechada subentende uma ruptura total no contato entre a criança e seus pais ou mãe biológica, decorrente da manutenção do segredo sobre a origem da criança, sucumbindo à pressa imposta pela mãe biológica e à pressão exercida pela fila de pretendentes, aliados ao desejo de colocar a criança o mais rapidamente possível em seu novo lar e que resulta do

sentimento de abandono da criança e amores ilícitos, estigmatizada em função da moral e dos costumes vigentes.⁴²¹

5.7.2. PROGRAMA DE PLANIFICAÇÃO E ASSISTÊNCIA NA CALIFÓRNIA

Na Califórnia⁴²², a adoção é regulada pelo Código Familiar, Seções 7600 a 9340, regulando a adoção de menores nacionais e de menores estrangeiros, a estes conferindo cidadania americana mediante o preenchimento dos seguintes pré-requisitos⁴²³:

- (a) pelo menos um dos pais adotivos deve ser cidadão americano,
- (b) o menor deve ter menos de 18 anos de idade,
- (c) a adoção deve ter sido concluída,
- (d) o menor deve ser residente legal permanente nos Estados Unidos e
- (e) o menor deve estar sob custódia legal e física do pai ou mãe cidadão americano.

Disciplinada pelo Código de Ordenamentos da Califórnia, Título 22, Seções 3500 a 35409, a adoção de menores pode ser realizada de duas formas:

⁴²¹ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção*. São Paulo, Editora Cortez, 2001, *cit.*, p.251/252.

⁴²² Internet, disponível em www.dss.cahwnet.gov, acessado aos 03.04.2004.

⁴²³ PFUND, Peter H.. Contributing to progressive development of private international law: the international process and the United States approach, in *Recueil des Cours*, t. 249, p. 241/268.

I) ADOÇÕES ATRAVÉS DE OFICINAS OU AGÊNCIAS: as oficinas ou agências de adoções públicas ou privadas certificadas colocam os menores em lugares aprovados para colocação em adoção;

II) ADOÇÕES INDEPENDENTES OU PRIVADAS: os pais biológicos escolhem os possíveis pais adotivos, colocando seu filho diretamente com eles, o que implica na previsão de adoção *intuitu personae*.

O pai ou a mãe biológicos com 17 (dezesete) anos de idade, ou menos, têm o direito de firmar consentimento e renúncia a respeito da adoção de seus filhos, sem a necessidade de envolver nenhum membro de sua família, porquanto, na Califórnia, a paternidade ou a maternidade presume a capacidade para decidir o destino do próprio filho.⁴²⁴

Para manutenção dos laços afetivos e/ou aparentes com a criança, o pai deve ser ouvido para consentir ou confirmar a disponibilização do filho à adoção, quando referido pai contribuir para a manutenção da criança, se for pai presumido ou se for pai solteiro, em relação ao qual não exista a coabitação com a mãe, ainda quando o pai solteiro "*recebe a criança em sua casa e a trata abertamente como seu filho natural*"⁴²⁵ – implica afirmar que o pai sempre deverá ser

⁴²⁴ BROMLEY, P. M., Droits et devoirs des parents à l'égard de leurs enfants, in *Mariage et famille en question (l'évolution contemporaine du droit anglais)*, sous la direction de Schwarz-Liebermann von Wanhlendorf, Paris, CNRS, 1979, *cit.*, p.126; HOWE, Ruth-Arlene. Adoption, practice, issues and laws – 1958-1983, in *FLQ*, v. XVII, 1983, *cit.*, p. 186.

⁴²⁵ ELROD, Linda D. and WALKER, Timothy B., Family law in the fifty states, in *FLQ*, vol. XXVII, 1994, p. 424/425 – CC californiano, sec. 7004^a: identifica a posse do estado de filho correspondente no Brasil.

ouvido a respeito da adoção, desde que conhecido o pai, seja casado, convivente ou solteiro.

Antes que se possa adotar um menor, é necessário que a mãe e o pai biológicos:

- (a) firmem renúncia para ceder o filho a uma oficina ou agência de adoções;
- (b) firmem consentimento para a adoção do menor ou
- (c) foram destituídos dos direitos paternos por ordem judicial.

O homem que não está casado com a mãe biológica, mas que se alega ser o pai, deve⁴²⁶:

- (a) firmar renúncia para ceder o menor à oficina ou agência de adoções;
- (b) firmar consentimento para a adoção do menor;
- (c) firmar negação da paternidade do menor;
- (d) firmar renúncia de seu direito de receber notificações adicionais sobre os trâmites da adoção;
- (e) apresentar petição para estabelecer sua paternidade perante a Corte ou
- (f) estar sujeito a uma ordem judicial que termine seus direitos como pai.

Um menor que tenha, pelo menos, 12 (doze) anos de idade também deve consentir para que seja adotado.

⁴²⁶ DEMICK, J. and WAPNER, S.. Open and closed adoption: A developmental conceptualization, in *Family process*. New York, 1988, *cit.*, p. 235/238; MEEZAN, W.. KATZ, S.. RUSSO, E.M.. *Adoptions without agencies: A study of independent adoptions*. New York, Child Welfare League of America, Inc., 1978, *cit.*, p. 95/104.

Não se requer o consentimento dos pais biológicos, nem a renúncia por escrito se o menor, por ordem do Tribunal de Menores na Califórnia ou uma jurisdição similar, tiver declarado liberado do pátrio poder e do controle de seus pais ou se houver determinação judicial que indique que não é necessário o consentimento do pai ou da mãe.⁴²⁷

A lei estabelece procedimentos legais para os menores órfãos, abandonados ou desamparados – casos em que é impossível ou inviável a renúncia ao filho e consentimento com sua adoção.

Há um acordo entre os Estados sobre a colocação de menores, estabelecendo os procedimentos para a adoção de menores que vêm de outros Estados para a Califórnia, assim como para os menores que saem da Califórnia para serem adotados por pessoas que vivem em outros Estados americanos, tanto para as adoções realizadas através de agências de adoções como as adoções independentes.⁴²⁸ As informações, formulários e procedimentos para ambas as formas de adoções são disponibilizadas pelo Departamento de Serviços Sociais da Califórnia (CDSS).

A petição de adoção de um menor deve ser apresentada à Corte Superior do Condado em que o peticionário tem seu domicílio, devendo o adotante

⁴²⁷ COLE, E. S.. Adoption: History, policy, and program, in *A handbook of child welfare context, knowl-edge, and practice*. J. Laird and A. Hartman, eds.. New York, Free Press, 1985, *cit.*, p.638/662.

⁴²⁸ HAY, Peter. The interrelation of jurisdiction and choice-of-law. Reflections on current european and United States conflicts law, in *ICLQ*, v. 28, 1979, p. 161/183; DAVID, René. The international unificationof private law, in *International Encyclopedia of comparative law*, v. II (The legal systems of the world. Their comparison an unification), cap. V, Tübingen/ The Hague-Paris/ New York, J.C.B. Mohr/ Mouton/ Oceana Publications Inc., 1971, *cit.*, p. 89/95.

ser, no mínimo, 10 (dez) anos mais velho que o menor adotando. Se o menor estiver sob tutela do Tribunal de Menores, a esse poderá ser apresentada a petição de adoção.⁴²⁹

Numa adoção através de agência, a petição para adoção pode ser apresentada depois que a agência tiver supervisionado a colocação em adoção por um mínimo de seis meses. Junto com o pai ou a mãe adotivos, a agência apresenta a petição à Corte, apresentando um laudo e dá seu consentimento para a adoção.⁴³⁰

Na adoção independente na Califórnia, caracterizada a adoção *intuitu personae*, a petição para adoção é acompanhada por um "convênio de colocação para adoção independente", quando requerido, devendo a petição ser apresentada antes que se passem 10 (dez) dias a partir da colocação do menor com o possível pai ou mãe adotivo escolhido pelos pais biológicos.

Se a petição para adoção não for apresentada até o décimo dia a partir da colocação do menor junto aos adotantes, os provedores de cuidado sem

⁴²⁹ McROY, R. G., GROTEVANT, H. D. and WHITE, K. L.. *Openness in adoption: new practices, new issues*. New York, Praeger, 1988, p. 76/92.

⁴³⁰ DAVID, René. The international unification of private law, in *International Encyclopedia of comparative law*, v. II (The legal systems of the world. Their comparison and unification), cap. V, Tübingen/ The Hague-Paris/ New York, J.C.B. Mohr/ Mouton/ Oceana Publications Inc., 1971, *cit.*, p. 125/131; PFUND, Peter H.. Contributing to progressive development of private international law: the international process and the United States approach, in *Recueil des Cours*, t. 249, *cit.*, p. 256/259.

parentesco para com o menor devem, imediatamente, solicitar licenciamento como pai ou mãe temporário da criança.⁴³¹

As audiências para adoção de menores são sigilosas. Os pais que vão adotar devem comparecer perante a Corte, firmando declaração escrita que o menor será aceito e tratado como próprio.

Se o adotante estiver fora do Estado por estar servindo às Forças Armadas dos Estados Unidos ou de seus aliados, participando de tropas auxiliares que esteja servindo a qualquer entidade governamental ou a serviço da Cruz Vermelha Americana ou em qualquer outra organização filantrópica ou religiosa reconhecida, pode autorizar um procurador para que compareça perante a Corte e o represente nos procedimentos, nesta hipótese admitida a adoção por procuração.

A Corte revisa o laudo da agência de adoções e, se concluído de que a adoção beneficiará o menor, emitirá um decreto de adoção, expedindo-se uma nova Certidão de Nascimento com o nome dos pais adotivos, excluído o nome dos pais biológicos.⁴³²

⁴³¹ McDERMOTT, Mark T. Agency versus independent adoption: the case for independent adoption, in *Adoption – the future of children*, nº 1, vol.3, 1993, *cit.*, p. 149; MEEZAN, W.. KATZ, S.. RUSSO, E.M..*Adoptions without agencies: A study of independent adoptions*. New York, Child Welfare League of America, Inc., 1978, *cit.*, p. 95/104.

⁴³² HAY, Peter. Flexibility versus predictability and uniformity in choice of law. Reflections on current european and United States conflicts law, in *Recueil des Cours*, t. 226, v.I, 1991, *cit.*, p.281/412.

Concluída a adoção, estabelece-se o parentesco legal entre os pais adotivos e o menor, assumindo todos os direitos e deveres desse parentesco, incluindo-se os direitos hereditários entre eles.

O adotado não herda de seus pais biológicos, nem de seus parentes consangüíneos, a menos que a pessoa adotada seja nomeada beneficiária no testamento ou fideicomisso do pai ou mãe biológico ou de um parente consangüíneo.

A petição para adoção, os formulários de renúncia ou consentimento, os laudos da agência de adoções e as ordens da Corte são documentos que ficam arquivados na agência de adoções do Condado. Tais documentos só podem ser inspecionados somente pelas partes interessadas envolvidas na adoção, seus advogados e o Departamento de Serviços Sociais, durante o processamento da adoção.

Uma vez finalizada a adoção, estes expedientes são lacrados e não ficam disponíveis para consulta, passando todos os expedientes a serem confidenciais, exceto se o juiz da Corte Superior autorizar por escrito.

Analisaremos as peculiaridades dos modos para realização de adoção de crianças e de adolescentes, a saber: I) adoções através de oficinas ou agências de adoções e II) adoções independentes ou privadas.

I) ADOÇÕES ATRAVÉS DE OFICINAS OU AGÊNCIAS DE ADOÇÕES⁴³³.

A adoção através de oficina ou agência de adoções pública ou privada certificada ou uma oficina de adoções do Departamento de Serviços Sociais da Califórnia se responsabilizam pelo menor e pelos procedimentos da adoção, prestando assistência aos adotantes até que finalize a adoção perante a Corte.

Inserem-se nas atribuições das oficinas ou agências de adoções⁴³⁴:

- ✓ Cuidado de maternidade à mãe, para que ela possa continuar com seu próprio médico e realizar o parto com assistência hospitalar (se a mãe biológica aceita os cuidados de maternidade através de uma oficina ou agência, ela não está obrigada a colocar seu filho à adoção, podendo rever sua decisão após o parto e preferir não entregá-lo para adoção),
- ✓ Avaliar as necessidades do menor,
- ✓ Reunir informações para estabelecer o histórico médico do menor e uma descrição dos sucessos de sua vida,
- ✓ Estabelecer se o menor está legalmente livre para sua colocação em adoção,
- ✓ Avaliar as pessoas candidatas à adoção, executando uma completa revisão dos históricos penal, médico, emocional, matrimonial, de emprego; assim como investiga a história da vida e do ambiente, a fim de verificar se o

⁴³³ COLE, E. S.. Adoption: History, policy, and program, in *A handbook of child welfare context, knowl-edge, and practice*. J. Laird and A. Hartman, eds.. New York, Free Press, 1985, *cit.*, p.638/662; DEMICK, J. and WAPNER, S.. Open and closed adoption: A developmental conceptualization, in *Family process*. New York, 1988, *cit.*, p. 229/249.

⁴³⁴ BERRY, Marianne. *Presentation to the National Conference on Open Adoption - Research on open adoption*. San Antonio, Texas, November-1991.

adotante preenche os requisitos estipulados na lei e nos ordenamentos para assegurar um lugar estável, seguro e permanente a um menor disponível para adoção,

- ✓ Proporcionar orientações sobre os serviços que oferece, realiza entrevista individual ou reuniões coletivas para apresentar informações sobre as características dos menores disponíveis para adoção,
- ✓ Ajudar os pais adotivos durante o período de ajuste até que se finalize a adoção.

Antes que o menor seja direcionado à adoção, é possível que fique sob os cuidados do Programa Familiar de Planificação (PPF), em que uma família cuida dele temporariamente e se compromete tanto a apoiar seu regresso à sua própria família, como também, caso isso não aconteça, receber o menor em sua família, legalmente adotado.⁴³⁵

Desta maneira, o menor aprende a classe de comportamento essencial para formar os laços familiares que o ajudarão a converter-se em um adulto saudável, permanecendo com a família certificada para proporcionar cuidados da planificação e aprovada para adotar, caso a reunificação não venha a ocorrer.

Na reunificação de famílias, busca-se o retorno do menor à sua família de origem, biológica, de maneira estável e, enquanto isso não acontece, o menor não deve ser privado do convívio familiar, ainda que substituto, e, com isso, assegurar-lhe desenvolvimento social e emocional. O agente social avalia a

⁴³⁵ LINDSAY, J. W.. *Open adoption: A caring option*. Buena Park, CA: Morning Glory Press, 1987, p. 84/129.

probabilidade de reunificação, colocando o menor sob proteção da família certificada, se reduzidas são as possibilidades de reunificação.⁴³⁶

Na Califórnia é provável que o candidato a adotante tenha que esperar bastante tempo para que sua solicitação de adoção agenciada tenha trâmite, devido a existência de muitos pedidos de adoção com muitos solicitantes já aprovados, que a maioria das agências possuem.

Assim, os que pretendem adotar um menor podem optar pela adoção independente ou acolher o menor em sua família enquanto aguarda a possibilidade de reunificação à sua família de origem, adotando-o se a reunificação não ocorrer.

Também é possível que um hospital ou uma maternidade entregue um menor a uma pessoa que não seja o pai ou a mãe biológica da criança, ou seja, o menor pode ser entregue a um parente consangüíneo ou por afinidade, ao tutor ou a terceiro para fins de planificação da adoção (PPF); desde que haja autorização firmada pelo pai ou pela mãe biológica, todos devidamente identificados.

Tal autorização escrita⁴³⁷ não é uma renúncia, nem é consentimento para adoção, devendo o hospital ou maternidade encaminhar a

⁴³⁶ GOODY, Esther. *Adoption et fosterage*. Paris, De Boccard, 1999, *cit.*, p. 369/388; ELROD, Linda D., e WALKER, Timothy B.. Family law in the fifty states, in *FLQ*, vol. XXVII, 1994, *cit.*, p.124/125.

⁴³⁷ "Autorização ao dar alta a um menor de uma Instituição Médica" (AD 22), tratado no Código de Saúde e Seguridade, Seção 1283: obriga a entidade identificar o nome e qualificação da pessoa a quem o menor foi entregue ao sair do hospital ou da maternidade.

autorização ao Departamento de Serviços Sociais no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas.

Na adoção através de uma oficina ou gência, o pai ou a mãe biológicos tem as seguintes opções⁴³⁸:

- Os pais biológicos firmam um documento de renúncia em que não haja o nome dos pais adotivos. Neste caso, a oficina ou agência de adoções escolhe os pais adotivos para o menor, conforme o registro de adotantes cadastrados e buscando atender às necessidades peculiares do adotando.
- Os pais biológicos podem, pessoalmente, escolher os pais adotivos, identificando-os pelos seus nomes em um documento de renúncia. Trata-se, pois, de renúncia ao filho para adoção *intuitu personae*, conquanto o pai ou a mãe biológicos, no mesmo ato em que renunciam aos direitos e poderes paternos, já manifestam a vontade de que o menor seja adotado por determinada pessoa, identificando-a no próprio documento de renúncia.

Há um programa para localização de menores para adoção em que as agências de adoções certificadas na Califórnia disponibilizam, via Internet⁴³⁹, um registro de menores que estão esperando sejam adotados e também um registro de famílias que desejam adotar – trata-se de um site seguro, acessível a qualquer usuário, permitindo que o visitante do site possa indicar seu interesse por um menor e se identifique, com informações pormenorizadas, para que a mãe biológica possa escolhê-lo, *intuitu personae*, como melhor adotante da criança.

⁴³⁸ BERRY, Marianne. *Presentation to the National Conference on Open Adoption - Research on open adoption*. San Antonio, Texas, November-1991, *cit.*.

⁴³⁹ Internet www.cakidsconnection.com – para consulta pelos interessados.

Na Califórnia é permitido, ainda, que os adotados possam manter contatos limitados com seus parentes biológicos, após a adoção, se o adotante assim acordar com os pais biológicos.

Os contratos sobre comunicações do menor com os pais e parentes biológicos podem incluir regras para compartilhamento de informações sobre a criança, visitas regulamentadas, devendo o acordo ser submetido à aprovação judicial que finaliza o processo de adoção.

Os acordos sobre contatos com os pais e parentes biológicos depois da adoção implica no reconhecimento da pluriparentalidade⁴⁴⁰.

Normalmente as agências de adoção pública certificada e a agência pública de adoções, em nível do Distrito, exigem pagamento de uma cota antes da entrada do pedido de adoção perante a Corte Judicial. Referida cota não está regulamentada pelo Estado e pode variar de uma agência para outra, conforme os serviços que proporcionam; podendo, ainda, ser o pagamento parcelado, reduzido ou isento sob certas condições.

Os pais adotivos podem receber descontos em impostos federais por certos gastos destinados ao atendimento das necessidades especiais exigidas pelo menor adotado nessas condições; como também há previsão de que recebam um desconto nos impostos estaduais por adotar um menor que esteve sob

⁴⁴⁰ Código Familiar do Estado da Califórnia, Seções 8714 a 8714-7.

custódia de uma agência pública ou privada certificada estabelecida para assegurar o bem estar dos menores⁴⁴¹.

Na Califórnia também há um programa de assistência para adoções⁴⁴² que confere benefícios de natureza econômica para os pais adotivos que acolhem menores com, pelo menos, uma das características previstas:

- ✓ Grupo de irmãos que vão ser adotados por uma só família,
- ✓ Antecedentes étnicos, raça, cor ou idioma,
- ✓ Incapacidade ou disfunção mental, física, médica ou emocional,
- ✓ Idade do adotando igual ou superior a três anos,
- ✓ Antecedentes desfavoráveis de seus pais biológicos (por exemplo: uso de drogas, enfermidade mental, genética ou física).

Trata-se de um programa que objetiva incentivar a adoção de menores com necessidades especiais que, de outra maneira, ficariam muito tempo sob cuidado temporário das agências institucionalizadas.

Assim, o programa proporciona assistência econômica necessária às famílias que, embora não tenham recursos econômicos adequados, estão dispostas a assumir as responsabilidades da paternidade e maternidade; além de proporcionar maior oportunidade das crianças e adolescentes, que apresentam peculiaridades que os tornam dificilmente adotados, serem inseridos numa família

⁴⁴¹ Código de Descontos nos Impostos, Seção 197.

⁴⁴² LINDSAY, J. W.. *Open adoption: A caring option*. Buena Park, CA: Morning Glory Press, 1987, *cit.*, p. 84/129; McROY, R. G.. GROTEVANT, H. D. and WHITE, K. L.. *Openness in adoption: new practices, new issues*. New York, Praeger, 1988, *cit.*, p. 76/92.

apta a lhes oferecer convívio familiar, afeto, cuidados, educação e formação moral e psicológica necessárias ao preparo da fase adulta.

A agência pública de adoções responsável pelo menor determina a elegibilidade da família para receber os benefícios do programa e define a quantidade do benefício, cujo pagamento é efetuado pelo Departamento de Serviços Sociais do Condado.

O valor do benefício não pode exceder a quantidade fixada para manter o menor em um lugar temporal, i.é, o benefício fica restrito ao valor gasto por menor, que a agência pública ou privada certificada gastaria se temporariamente ficasse sob cuidado institucional – trata-se, pois, de transferência do subsídio público dispensado ao cuidado para com o menor abandonado.

Mediante notificação à agência responsável, o benefício do programa pode ser revisto, se mudarem as circunstâncias da família ou as necessidades do menor, bem como também pode ser acordado que a família adotante passará a fruir do benefício se, depois de finalizada a adoção, houver necessidade do convênio da assistência, mesmo que houver dispensado o benefício quando efetivada a adoção. Verifica-se, pois, cooperação e empenho entre o público e a sociedade-família no atendimento dos interesses da criança e do adolescente.

Precisando, os Centros Regionais proporcionam descanso à família e aos pais adotivos de menores com deficiência física ou mental⁴⁴³ que, de maneira programada, o adotado tem os cuidados necessários continuados e convívio comunitário num determinado dia da semana, quando a família e os pais adotivos podem descansar, ter recreação ou atividades diferentes que não poderiam usufruir sem essa ajuda.

Dentre os benefícios, também há a assistência médica e a administração coordenada dos serviços médicos, mesmo que a família adotante mude da Califórnia para outro Estado americano conveniado, necessitando seja a agência responsável comunicada da mudança de endereço.

No Estado da Califórnia, o programa de cuidado completo da saúde oferece tratamentos e acompanhamentos médicos a um custo baixíssimo para filhos com disfunções ou incapacidades físicas, incluindo programa preventivo e diagnóstico.

Os benefícios do programa de assistência para adoções são aplicáveis até que o adotando complete os dezoito anos de idade, havendo avaliação a cada dois anos, no máximo, para determinar a classe de assistência mais apropriada para as necessidades do menor.

⁴⁴³ ELROD, Linda D., WALKER, Timothy B.. Family law in the fifty states, in *FLQ*, vol. XXVII, 1994, *cit.*, p. 124/125; GOODY, Esther. *Adoption et fosterage*. Paris, De Boccard, 1999, *cit.*, p.369/388.

No caso do adotando ter disfunção ou incapacidade mental ou física, a assistência pode estender-se até os vinte e um anos de idade, melhor amparando suas necessidades especiais, além de traduzir-se em efetiva cooperação para com a família adotiva.

Uma vez encontrado um menor legalmente liberado para adoção, o adotante e a agência de adoções firmarão um "convênio de colocação para adoção". Cumpridos todos os requisitos, o pretendente apresentará petição para adoção por meio de um formulário conhecido como *judicial council form adopt-200*⁴⁴⁴, perante a Corte Superior do Condado onde o adotante vive ou no Tribunal de Menores sob cuja tutela está o menor – a agência de adoções pública ou privada certificada apresentará manifestação recomendando que se outorgue a petição de adoção.

II) ADOÇÕES INDEPENDENTES OU PRIVADAS.

Na adoção independente, o pai ou a mãe biológica é quem decide e se responsabiliza em escolher os pais que vão adotar seu filho, bem como em colocá-lo diretamente com eles, direcionando a adoção de seu filho ao pretendente à adoção, expressamente indicando o adotante *intuitu personae*.

Ao tomar esta decisão, o pai ou a mãe biológicos tem que ter conhecimento pessoal dos dados sobre o pai ou a mãe que vai adotar o filho:

- Nome completo,

⁴⁴⁴ Formulário Adopt-200 do Conselho Judicial.

- Religião,
- Idade,
- Raça ou grupo étnico,
- Emprego,
- Duração do matrimônio atual, se casado,
- Número de matrimônios anteriores,
- Direção ou área geral do domicílio,
- Se outros menores ou adultos vivem juntos,
- Obrigações de alimentos devidos a filhos próprios,
- Condições de saúde que reduzem a sobrevida média normal,
- Condições de saúde que limitam suas atividades diárias normais,
- Condenações penais que não sejam infrações das regras de tráfico de menores,
- Menores que tenham sido retirados de seu cuidado devido a abuso ou descuido de menores.

O pai ou a mãe biológica que coloca seu filho para adoção tem que receber, de um Provedor de Serviços de Adoções (ASP), informações sobre seus direitos, responsabilidades e opções sobre a colocação.⁴⁴⁵ O Departamento de Serviços Sociais da Califórnia (CDSS) fornece um guia de Provedores de Serviços de Adoções certificados, isto é, autorizados para funcionamento e prestação dos serviços voltados à adoção independente.

⁴⁴⁵ Sobre o assunto, ver: McDERMOTT, Mark T. Agency versus independent adoption: the case for independent adoption, in *Adoption – the future of children*, nº 1, vol.3, 1993, *cit.*, p. 148; SILVERMAN, Arnold. Nonrelative adoption in the United States: a brief survey, in *Adoption in worldwide perspective: a review of programs, policies and legislation in 14 countries*. Ed. By R.A.C. Hoksbergen, Berwyn/ Lisse: Swuets North America/ Seets § Zeitlinger B.V., 1986, *cit.*, p.16/18; STOLJAR, S. J.. Children, parents and guardians, in *International encyclopedia of comparative law*, v. IV (Persons and family), cap. VII. Tübingen/ The Hague-Paris/ New York, JCB Mohr/ Mouton/ Oceana Publications Inc., 1973, *cit.*, p. 5/8.

O Provedor de Serviços de Adoções dá informações, ao pai ou mãe biológicos, que está considerando a colocação de seu filho para uma adoção independente, incluindo dados sobre outras opções de colocação, formas alternativas de adoção, o direito a um mínimo de três diferentes seções de assessoramento, assessores legais independentes que o pai ou a mãe paga separadamente.

Não é obrigatória a intervenção de um Provedor de Serviços de Adoções quando:

- ✓ O menor não tem um de seus pais, o adotante tiver sido nomeado, por testamento do pai ou da mãe falecida, como a pessoa que deva ser o pai ou a mãe adotiva⁴⁴⁶;
- ✓ O pai ou a mãe adotiva é um adulto que, através de matrimônio ou por consangüinidade, tem parentesco com o menor ou com o meio irmão do menor;
- ✓ O adotante for tutor do menor por mais de um ano.

Os pais biológicos ou apenas um deles, se o caso, deve firmar um convênio de colocação para adoção independente (AD 924), o qual em 30 (trinta) dias se converte automaticamente em um consentimento irrevogável à adoção.

Antes que se passem 10 (dez) dias a partir da colocação do menor à adoção, os pais adotantes devem apresentar a petição de adoção através

⁴⁴⁶ Equivalente à tutela testamentária disposta no Código Civil brasileiro, arts. 1.729 e 1.730.

do Formulário Adopt-200 do Conselho Judicial, acompanhada do convênio de colocação para adoção independente perante a Corte Superior do Condado onde vivem.

A lei exige que as oficinas ou agências de adoções, públicas ou privadas autorizadas pelo Departamento de Serviços Sociais da Califórnia (CDSS) no âmbito do Distrito, investigue o lugar e a família que vai adotar, as circunstâncias da colocação para determinar se os pais adotantes ajudarão o menor a desenvolver-se de tal maneira que poderá alcançar sua potencialidade máxima.⁴⁴⁷

A agência também tem que obter laudos de exames médicos, informações relacionadas com os antecedentes criminais e a lista central de pessoas com antecedentes de abuso de menores, assim como verificações de emprego e do estado civil dos pais que vão adotar, reunir informações sobre os pais biológicos e seus antecedentes familiares e médicos, entrevistando a mãe biológica, o presumido pai ou aquele que alega sê-lo.

Há presunção de paternidade no Estado da Califórnia: (a) ao homem identificado como o marido da mãe biológica, (b) o que era seu marido durante os 300 dias que antecedeu ao nascimento do menor, (c) o companheiro ou o que foi tratado como marido da mãe biológica antes ou depois do nascimento da criança, (d) o homem que firmou a declaração de paternidade.

⁴⁴⁷ MEEZAN, W.. KATZ, S.. RUSSO, E.M..*Adoptions without agencies: A study of independent adoptions*. New York, Child Welfare League of America, Inc., 1978, *cit.*, p. 102/103; CARROLL, Elisabeth N.. Abrogation of adoption by adoptive parents, in *Familt law quarterly*, vol. XIX, 1985, *cit.*, p. 159/162; HALDANE, John. Children, families, autonomy and the State, in *Constituting families: a study in governance*. Ed. Derek Morgan & Gillian Douglas, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1994, *cit.*, p. 127/129.

A agência de adoções, pública ou privada certificada, determina se o menor está legalmente livre para ser adotado; devendo concluir as investigações e entregar o laudo com uma recomendação acerca da adoção no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da apresentação da petição de adoção, exceto se a Corte Judicial tiver concedido prorrogação do prazo mediante motivo justificado.

Tem-se, pois, a permissão legal da adoção *intuitu personae* como a forma menos demorada para colocação de menores na família substituta, transferindo aos pais biológicos o empenho e a responsabilidade de escolher o melhor adotante de seu filho, atendidos os requisitos mínimos para conferir certeza e segurança à decisão tomada.

6. SUGESTÕES DE LEGE FERENDA

No Brasil, a colocação do menor em família substituta, mediante guarda, tutela ou adoção, encontra-se disciplinada na Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente, Título I – Direitos Fundamentais, Capítulo III, Seção III, artigos 28 a 32; sendo a adoção tratada na Subseção IV, artigos 39 a 52).

Sob o aspecto processual, a colocação do menor em família substituta vem especialmente regulada no Estatuto da Criança e do Adolescente, Título VI – Do Acesso à Justiça, Capítulo III – Dos Procedimentos, Seção IV, artigos 165 a 170.

Como já abordado anteriormente, entendemos que, na legislação específica brasileira, não há vedação à adoção *intuitu personae*, permitindo seja de pronto aplicada, conforme defendemos ser aconselhável para melhor amparar os prioritários interesses do menor.

Com efeito, entendemos que o artigo 166, do ECA, prevê o pedido de guarda, tutela ou adoção formulado pelo pretendente a guardião, tutor ou adotante, aqui consagrada a admissibilidade da adoção *intuitu personae*, à medida que os pais biológicos podem aderir ao pedido de colocação em família substituta.

Nos termos do Parágrafo Único deste artigo, os pais que aderiram ao pedido serão ouvidos pelo juiz e pelo promotor público. O pedido poderá ser formulado apenas pelo requerente, no caso de os pais biológicos forem falecidos ou já tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar.

Complementando este entendimento, o *caput* do artigo 45, do ECA, dispõe sobre o consentimento dos pais biológicos ou do representante legal do adotando – consentimento esse de forma ampla e genérica, podendo se referir única e exclusivamente à adoção, como também ampliar a interpretação de maneira a admitir que o consentimento alcance também a pessoa do adotante indicada pelos pais biológicos ou representante legal do adotando, como legítima manifestação de vontade, válida se não incurso na previsão do § 1º do mesmo artigo (pais desconhecidos ou destituídos do poder familiar).

Entendemos, entretanto, que os pais biológicos ou o representante legal não podem manifestar disposições acerca do modo da educação, opção religiosa e outras preferências para aplicação após a guarda, tutela ou adoção concretizadas, posto que fere a liberdade de direção da criação e formação de quem detiver tais prerrogativas.

Sugerimos, apenas, que a adoção *intuitu personae* seja expressamente especificada no ECA, como ocorre na adoção internacional (art. 52) ou ainda que não se encerre a nomenclatura definitiva, a exemplo do que ocorre na adoção unilateral, na *post mortem*, na afetiva sugeridas na doutrina, embora previstas no texto legislativo.

Neste compasso e pertinente à adoção *intuitu personae*, sugerimos acrescentar, ao *caput* do artigo 45, "*podendo o consentimento também expressar determinada pessoa do adotante*", bem como acrescentar "*e quem por eles*

indicado" no texto do Parágrafo Único do artigo 166; ficando, respectivamente, como texto final:

*Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, **podendo o consentimento também expressar determinada pessoa do adotante.***

§ 1º (sem alteração)

§ 2º (sem alteração)

(...)

Art. 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do pátrio poder, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes.

*Parágrafo Único. Na hipótese de concordância dos pais, eles **e quem por eles indicado** serão ouvidos pela autoridade judiciária e pelo representante do Ministério Público, tomando-se por termo as declarações.*

As demais disposições relacionadas à adoção devem ser mantidas, em nada prejudicando a forma *intuitu personae*; notadamente o período de estágio de convivência, exceto se o adotando não tiver mais de um ano de idade e a obrigatoriedade do devido processo judicial, com os efeitos produzidos pela decisão constitutiva.

Mantendo o entendimento de que o prévio cadastro de que trata o artigo 50, do ECA, respeita aos menores e aos interessados na adoção que ainda aguardam definição (aliás, o registro restringe-se ao âmbito da comarca ou foro regional): não

é obrigatório, nem requisito para a adoção *intuitu personae*, como também não o é para as adoções unilateral, *post mortem* e afetiva, por razões óbvias.

A dispensa do prévio cadastro não implica na desnecessidade de prévia avaliação psicossocial – ao contrário, qualquer que seja a modalidade de adoção, sustentamos que sempre haverá necessidade desse cuidado e diligência capazes de verificar a adequação da medida e o atendimento dos interesses prioritários do menor.

Por isso mesmo o artigo 167, do ECA, dispõe que "*A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, determinará a realização de estudo social ou, se possível, perícia por equipe interprofissional, decidindo sobre a concessão de guarda provisória, bem como, no caso de adoção, sobre o estágio de convivência.*".

Evidentemente, o estudo social ou perícia por equipe interprofissional aqui tratada é posterior ao pedido de guarda ou de adoção pedida pelos requerentes interessados, previstos no artigo 166, do ECA, em cujo contexto contempla-se, no caso de adoção, a *intuitu personae* e a unilateral ou, eventualmente, também a afetiva e a "pronta".

Dissemos 'eventualmente' porque, como o artigo 30, do ECA veda a transferência da criança ou do adolescente a terceiro sem autorização judicial, temos que, a rigor, o pedido de adoção afetiva (aquela em que já se verifica a formação do

vínculo afetivo em decorrência de considerável tempo de convivência) deveria ter sido antecedida da guarda ou tutela judicial.

Na adoção "pronta" não encontramos sequer respaldo legal, à míngua da possibilidade do alegado não refletir a verdade real; apesar de cediço e pacífico o acolhimento jurisprudencial destes dois modos de adoção de menores (afetiva e "pronta"), para compatibilizar uma inicial contradição dos comandos inscritos no artigo 30 em confronto com o §2º do artigo 28, §1º do artigo 33 e §1º, *in fine* do artigo 46, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁴⁴⁸

Temos, ainda, que o ECA, no artigo 45, no artigo 166 e no artigo 167 já admite a viabilidade legal da adoção *intuitu personae*, cujo cabimento melhor ficaria explicitado com, tão-somente, os acréscimos antes sugeridos nos textos do *caput* do artigo 45 e no Parágrafo Único do artigo 166.

De outro lado e em que possa pesar as sugestões de alterações aqui propostas, é importante ressaltar que já há Projeto de Lei em tramitação no Congresso Nacional, que dispõe sobre a Lei Nacional da Adoção⁴⁴⁹, com específica

⁴⁴⁸ ECA, art. 30: "A colocação em família substituta não admitirá transferência da criança ou adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não-governamentais, sem autorização judicial" confronta com o §2º do art.28 ("Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida"), com o §1º do art. 33 ("A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminarmente ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiro") e com o §1º, *in fine* do art. 46 ("O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando ... qualquer que seja a sua idade, já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a conveniência da constituição do vínculo").

⁴⁴⁹ Íntegra do Projeto de Lei nº 1.756/2003 – Lei Nacional da Adoção, do Deputado João Matos – PMDB/SC na Internet, <http://www.camara.gov.br>, acessado em 09.04.2005.

previsão de adesão expressa dos genitores e dispensa de prévio cadastro, a que identificamos como adoção *intuitu personae*:

DAS HIPÓTESES DE DISPENSA DE PRÉVIO CADASTRAMENTO

Art. 8º. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não inscrito no cadastro a que alude o art. 7º desta Lei quando se tratar de pedido de adoção unilateral, ou formulada por parente próximo, ou **com adesão expressa dos genitores**, ou quando se tratar de guarda fática, em que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade.

§1º. **A adesão expressa dos genitores, ou de um deles, deverá ser devidamente justificada, podendo a Autoridade Judiciária determinar dilação probatória, de ofício, para comprovação do que for afirmado.**

§2º. A Autoridade Judiciária deverá determinar as diligências necessárias para verificar se os futuros pais adotivos são adequados, se estão aptos e se estão devidamente preparados para a adoção.

...

ADOÇÃO COM DISPENSA DE PRÉVIO CADASTRAMENTO

Art. 41. Somente serão admitidos pedidos de adoção com dispensa de prévio cadastramento quando o requerente, além dos requisitos previstos nos incisos I a IV do artigo nº 29 desta Lei, comprovar na petição inicial que se inclui em uma das hipóteses do artigo 8º, também desta Lei.

§1º. **Nos casos de adoção unilateral, de parente próximo ou com adesão expressa, será obrigatória a realização de audiência, na presença da Autoridade Judiciária e do Promotor de Justiça, para oitiva dos genitores, (...)**

CONCLUSÕES

Atualmente, no Brasil, a adoção de menores de dezoito anos de idade está disciplinada pelo ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, alicerçando-se na proteção integral dos interesses prioritários da criança ou do adolescente, independentemente de se encontrar, ou não, em situação irregular, aderindo às orientações dispostas na Convenção Internacional de Haia, introduzindo profundas mudanças na sistemática antes adotada, de forma que a inserção do menor em família substituta não mais se admite que seja baseada em mentiras e ilícitos, como se enquadram a adoção pronta e a adoção à brasileira.

Neste tocante, esses dois modos fáceis e ilegais de "adoção" não se confundem com a adoção *intuitu personae*, conquanto nesta os pais biológicos e o adotante manifestam suas intenções recíprocas e assumem as responsabilidades daí decorrentes, submetem-se às avaliações psicossociais e enfrentam o necessário processo judicial para efetivação da adoção, enquanto que na "adoção pronta" invariavelmente baseia-se na mentira de que determinada criança foi "abandonada", não se tendo conhecimento de seus genitores e havendo a formação do vínculo afetivo pelo cuidador, a ele se defere a adoção. Na "adoção à brasileira", ocorre o crime de atribuir-se a maternidade e/ou paternidade de filho alheio.

Existem ponderáveis argumentos para não admitir a adoção *intuitu personae* no Brasil. Sustenta-se que a partir do momento em que a mãe biológica manifesta sua intenção de disponibilizar seu filho à adoção, está implícita a renúncia de seu poder familiar e, por isso, não mais lhe caiba indicar o adotante, competindo ao

Juízo a decisão de escolhê-lo dentre aqueles previamente avaliados e cadastrados. A este argumento, observamos que a perda ou a suspensão do poder familiar tem lugar, notadamente, quando houver injustificado descumprimento dos deveres e obrigações de os pais proverem sustento, guarda, educação e defesa dos interesses do filho menor, exigindo procedimento contraditório e decretação judicial. A renúncia ao poder familiar há de ser inequívoca e expressa, não podendo ser automática, nem estar implícita na manifestação de disponibilizar o filho à adoção, menos ainda que esta manifestação já denote a incapacidade ou ilegitimidade de a mãe biológica opinar sobre o destino que pretende conduzir seu filho: ao indicar o adotante, pode configurar-se a defesa do melhor interesse do menor. A respeito, comparamos à hipótese de ser indicado tutor por testamento ou documento autêntico pelo pai ou mãe, se não sobreviver o outro dos pais ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar, disposição esta que deve ser respeitada pelo Juízo, exceto se comprovados os motivos de exclusão, escusa ou remoção por inidoneidade do indicado.

Colocou-se que admitir a adoção *intuitu personae* seria conferir ao Juízo o papel de mero homologador das vontades dos pais biológico e adotante. Ao revés, pensamos que a adoção de menores não pode ser um palco de disputa de vaidades, competindo ao Juízo, antes de tudo, verificar se a proposta funda-se em motivos legítimos e se existem reais vantagens para o adotando. Assim, ao proceder às verificações necessárias, o Juízo deixa de ter um papel meramente homologatório para, efetivamente, analisar e julgar conforme melhor atenda aos interesses do menor.

Há posicionamento judicial e doutrinário para que se observe rigorosamente a ordem cadastral dos adotantes, deferindo-se ao primeiro interessado no menor, à medida em que disponibilizado à adoção. Os defensores desta orientação consideram que, uma vez cadastrados os adotantes, implica na prévia avaliação e aprovação psicossocial, pressupondo, então, a plena aptidão para adotar um filho e que a espera até chegar sua vez de aceitar um determinado menor em adoção equivale a uma gestação abstrata, período de preparação para ganhar um filho. Ora, se é certo que a genitora não pode escolher o filho que gerará, impossibilitada de determinar o sexo e a saúde do bebê; certo, então, não poder o adotante escolher o adotando, devendo aceitá-lo tal como for-lhe disponibilizado. Entretanto, há que se verificar se o adotante está estruturado para enfrentar eventual problema grave de saúde ou algum distúrbio psiquiátrico ou comportamental do menor que tenha se instalado em razão de sofrimentos causados na família de origem ou pelo longo tempo de ausência de amparo familiar, principalmente naquelas cuja espera por adoção já conta com alguns anos.

Além da rigorosa observância da ordem cadastral dos adotantes, alguns Estados brasileiros já apresentaram proposta de não mais caber ao adotante escolher cor, idade ou sexo do adotando, assente que a ninguém é dado o direito de adotar. A adoção deve aproximar-se, ao máximo, da realidade, devendo imitar a maternidade ou a paternidade biológica. Contudo, em alguns aspectos jamais poderão ser iguais. Ainda que se considere apto o adotante cadastrado, previamente avaliado psicológica e socialmente, há que se verificar se para o candidato à adoção é importante que o adotando tenha semelhança biológica com a família substituta, tais como cor da pele, tipo e cor dos cabelos, feições, raça, não

podendo impor-lhe aceitação do primeiro menor que à sua vez se apresentar; comportando questionar se a vedação de escolha da cor, raça, sexo e idade do adotando pelo adotante não afugentaria grande parte dos candidatos, tornando mais demorada a inserção do grande contingente de menores em família substituta.

Suscitou-se que a adoção *intuitu personae* dá ensejo a contratações ilícitas, podendo camuflar compra e venda de menores ou obtenção de vantagens indecorosas por parte do adotante, mediante pressão moral sobre a mãe biológica, comumente afetada por questões sentimentais ou econômicas, o que lhe retiraria a plena capacidade para decidir bem. Não se despreza o risco argumentado, mas justamente sob tais aspectos devemos confiar na sensibilidade e perspicácia do Juízo, mais justificando e exigindo a especialização profissional dos assistentes técnicos auxiliares para detectar e impedir tais ousadias.

Em argumento oposto, outras vozes ponderam que o acordo entre genitor e adotante seria o canal suficiente para que, no futuro, o adotante fosse constantemente importunado com as intenções de aproximação, tentadas ou efetivadas, do genitor ao filho; podendo até submeter o adotante a chantagens financeiras. Pensamos que destes riscos o adotante já deve ter ciência e, de antemão, decidir se isso lhe convém, ou não. Assim, se a consequência extorsiva deva ser rechaçada, o adotante deve reunir firmeza e condições estruturais para combatê-la, judicialmente se preciso for, principalmente porque não houve qualquer ilegalidade ou conduta inconfessa.

Por outro lado, se a aproximação da genitora não é nefasta ao filho ou à sua formação, parece-nos que tal convívio seria benéfico à estabilidade psicológica e emocional do adotando, garantindo-lhe o direito personalíssimo de saber suas origens, os motivos da adoção e a garantia da plenitude do direito à convivência social – aliás, esta é uma prática corriqueira e solidária em algumas comunidades da classe baixa e média brasileira, mais recentemente estimulando o apadrinhamento institucional, além de, em alguns países, a multi-parentalidade ser expressamente admitida e aconselhável.

Colocou-se, mais, que a adoção *intuitu personae* seria mais uma forma de burlar a lei, eximindo o adotante do prévio cadastro, além de preterir o direito precedente dos candidatos já cadastrados, notadamente quando se tratar de criança com até dois anos de idade e de cor clara, cuja procura é maior. Novamente retornamos à reflexão de que na adoção não devem ser tratadas as disputas de interesses dos adultos, mesmo que sejam eles candidatos à adoção entre si, não havendo, em regra, direito de adotar. Além disso, grande é a quantidade de menores aguardando serem adotados, de forma que possivelmente haverá crianças e adolescentes a serem adotadas por todos os pretensos adotantes.

Ao admitirmos a viabilidade da adoção *intuitu personae*, não descartamos a necessidade das avaliações psicológicas, social e econômica; ao contrário, entendemos que a análise técnica, a intervenção do Ministério Público e a atuação do juiz mais crescem em importância, na medida em que mais se acentuam a perspicácia e experiência profissionais para garantir os prioritários interesses da criança ou do adolescente, mais oportuna e conveniente que as avaliações técnicas

sejam feitas vinculando-se adotante e adotando, mesmo que previamente já realizadas. Acreditamos, ainda, que, sendo *intuitu personae*, a adoção pode ser muito mais célere que a ordinária, melhor guarnecendo os direitos e os interesses do menor em razão da participação ativa, ao menos, da mãe biológica.

No direito comparado encontramos regulamentações que permitem, e até aconselham que as adoções, sempre que possível, sejam *intuitu personae*, por vezes até agenciadas por órgãos previamente autorizados e fiscalizados, sem que isso contrarie as orientações dispostas na Convenção Internacional dos Direitos das Crianças. Sob o aspecto psicossocial e da neurociência, as pesquisas apontam maiores benefícios à formação da personalidade e ao desenvolvimento educacional e cultural do adotando quando há transparência e participação ativa da mãe biológica em interação com o adotante, respeitando-se eventual restrição quanto à homossexualidade, religião, modo de vida ou outros quesitos tidos por importantes.

Por fim, analisados os institutos da filiação afetiva, do reconhecimento da paternidade e da reprodução artificial heteróloga, em que há direcionamento da filiação social àquele que acolhe como seu filho biológico de outrem, concluímos pela admissibilidade legal e regular da adoção *intuitu personae*, agilizando e incentivando a adoção nacional. Ademais, ousando discordar dos mais respeitados doutrinadores e estudiosos, entendemos que, no Brasil, há admissibilidade legal da adoção *intuitu personae*, conforme se extrai da disposição processual inscrita no art. 166, do ECA, havendo expressa previsão no Projeto da Lei Nacional de Adoção em tramitação no Congresso Nacional.

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Domingos. *No bico da cegonha - Histórias de adoção e da adoção internacional no Brasil*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2002.
- ALBERGARIA, Jason. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro, Aide Editora, 1991.
- ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Revista de Direito Administrativo, vol. 217.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.
- ALPA, Guido. I principi generali e il diritto di famiglia, *Diritto Famiglia*, vol. XXII, 1993.
- AMARO, Fausto. *Aspectos sociológicos da adoção em Portugal – Um estudo exploratório*. Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1992.
- ANCEL, Marc. Essai de synthèse comparative, *L'adoption dans les législations modernes – Essai de synthèse comparative suivi du relevé systématique des législations actuelles relatives à l'adoption*. Paris, Sirey, 2^a éd. Revue et complétée, 1958.

- ANDERSSON, Gunilla. The adopting and adopted swedes an their contemporary society, *Adoption inwordwide perspective: a review of programs, policies and legislation in 14 countries*. Berwyn/ Lisse, Ed. by R.A.C. Hoksbergen, Swets North America/ Swets & Zeitlinger B. V., 1986.
- ANDRADE, Manuel Domingues de. *Noções elementares de processo civil*, vol. I. Coimbra, Coimbra Editora, 1956.
- ANDREOTTI, Alberto. *Las éticas y la adopción*. Eva Giberti e Adrián Grassi (compiladores), Buenos Aires, Editorial Sudamericana, [s.d.].
- ASSEMBLÉIA PARLAMENTAR DO CONSELHO DE EUROPA. *Por um respeito dos direitos da criança na adoção internacional*, de 26.01.2000.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo, Landy Editora, 2000.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo, Malheiros, 2ª ed., 2003.
- AZEVEDO, Alvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. São Paulo, Jurídica Brasileira, 2001.
- BANDINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1985.
- BARBOSA, Alfredo Menéres Cunha. *A nova disciplina do instituto da adoção no Código Civil português – Reforma do Código Civil*. Lisboa, Ordem dos Advogados, 1981.

- BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'*. Rio de Janeiro, Renovar, 1993.
- BARREIRA, C.. *Crimes por encomenda*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1998.
- BECKER, Maria Josefina. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 3ª ed, 2000.
- BERRY, Marianne. *Presentation to the National Conference on Open Adoption - Research on open adoption*. San Antonio, Texas, November-1991.
- BEVAN, H.. *Child law*. London, Butterworths, 1989.
- BIOCCA, Stella Maris. *Las éticas y la adopción*, Eva Giberti e Adrián Grassi (compiladores), Buenos Aires, Editorial Sudamericana, [s.d.].
- BITTAR, Carlos Alberto. *O direito de família na Constituição de 1988*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1989.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Clonagem: fenômeno e disciplina jurídica*. Jornal da Síntese 13/4, mar.1998.
- BLAKESLEE, Sandra. *Men, women and children: a decade after divorce*. Traduzido por Elizabeth Larrabure Costa Correa. São Paulo, Ed. Saraiva, 1991.
- BLOCH, F. e BUISSON, M.. *La circulation du don entre générations, ou comment reçoit-on?*. Paris, Communications n. 59, 1996.
- BLOOM, Benjamin S. *Stability and change in human characteristics*. New York, Wiley, 1964.

- BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade. Posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.
- BOLETIM DE MINISTÉRIO DA JUSTIÇA 378/740-752, jul.1988.
- BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Da adoção, in *O novo Código Civil do direito de família*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos Editora, 2004.
- BORRILLO, Daniel. *Homosexualités et droit*. Paris, PUF, 1998.
- BOSCARO, Márcio Antonio. *Direito de filiação*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A.. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires, Astrea, 4ª ed., 1996.
- BOUCHART-GODARD. Comment reprendre à son compte la naissance. In *Dialogue*, n. 118, 1992.
- BOULANGER, François. *Droit civil de la famille*. Paris, Economica, t. 1 (Aspects internes et internationaux), 2ª éd., 1992; t. 2 (Aspects comparatifs et internationaux), 1994.
- BOURDIEU, P.. *O poder simbólico*. Lisboa, Difel, 1989.
- BOUZA VIDAL, Nuria. La nueva Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción y su proyección en el Derecho internacional privado, in *RGLJ – Revista General de Legislación y de Jurisprudencia*, vol. CXXXVI, 1987.

BOWLBY, John. *Apego, a natureza do vínculo*. São Paulo, Editora Martins Fontes, 1990.

BOWLBY, John. *Perda – tristeza e depressão*. São Paulo, Editora Martins Fontes, 1998.

BRAGA, Renata. Por um estatuto jurídico do embrião humano. In SILVA, Reinaldo Pereira; AZEVEDO, Jackson Chaves de (Coords.). *Direitos de família: uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo, LTr, 1999.

BRANCA, Giuseppe. *Adozione – Diritto romano*. Enciclop. Dir. v. I

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Novos contornos do direito de filiação: a dimensão afetiva das relações parentais, in *Revista Ajuris* 78/243, julho de 2000.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Problemas e perspectivas da adoção internacional em face do Estatuto da Criança e do Adolescente, in *Revista de Informação Legislativa* (Brasília), nº 122, mai/jul.1994.

BRECHER, Bob. *What is wrong with the family – Constituting families: a study in governance*. Ed. Derek Morgan & Gillian Douglas, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1994.

BRIOSO DIAZ, Pilar. *La constitución de la adopción en derecho internacional privado*. Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Centro de Publicaciones, 1990.

BRODZINSKI, D. M.. *The psychology of adoption*. New York, Oxford University Press, 1990.

BROMLEY, P. M., Droits et devoirs des parents à l'égard de leurs enfants, in *Mariage et famille en question (l'évolution contemporaine du droit anglais)*, sous la direction de Schwarz-Liebermann von Wanhlendorf, Paris, CNRS, 1979.

BRUER, John T.. *The myth of the first three years*. [s.l.], The Free Press, 1999.

BUSCAGLIA, Leo. *Amando uns aos outros: o desafio das relações humanas*. Rio de Janeiro, Record, 1984.

CAMPIGLIO, Cristina. *Il rapporto di filiazione nel diritto internazionale privato italiano – Il momento costitutivo*. Padova, CEDAM, 1990.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito de família e das sucessões*. Coimbra, Ed. Almedina, 1990.

CAMPOS, Germán Bidart. Familia y derechos humanos, in *Las transformación postmodernidad*. Buenos Aires, Ediar, 1999.

CAMPOS, Niva Maria Vasques. COSTA, Liana Fortunato. *A família nos estudos psicossociais de adoção: experiência em uma Vara da Infância e da Juventude*. São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 813, julho de 2003.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. de Antônio Mendes Cordeiro. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina, 6ª ed., 1999.

CARBONERA, Silvana Maria. *O papel jurídico do afeto nas relações de família. Repensando o direito de família*. I Congresso Brasileiro de Direito de Família, Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Belo Horizonte, IBDFAM, OAB-MG, Del Rey, 1999.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Paris – França, P.U.F., 1979, 11ª ed, Tomo II.

CARBONNIER, Jean. Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille, in *Les notions à contenu variable en droit, études publiées par Chaim Perelman et Raymond Vander Elst*. Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1984.

CÁRDENAS, Eduardo. *Las éticas y la adopción*, Eva Giberti e Adrián Grassi (compiladores), Buenos Aires, Editorial Sudamericana, [s.d.].

CARLIER, Jean-Ives. *Autonomie de la volonté et statut personnel*. Bruxelles, Bruylant, 1992.

CARLO, P.. Riforma o controriforma dell'adozione? (Appunti sul regime dell'adozione dopo l'entrata in vigore della Convenzione di Strasburgo), in *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. VII, 1978.

CARRANCA, Adriana. A vida das vítimas do abandono. Secretaria registra um caso a cada 32 horas em São Paulo. Aborto é aceito, mas o abandono, não. O *Estado de São Paulo*, Caderno Cidades/Metrópole, edição de 05.02.2006, domingo, p. C8.

CARROLL, Elisabeth N.. Abrogation of adoption by adoptive parents, in *Familty law quarterly*, vol. XIX, 1985.

CASMAN, Hélène, La réforme de l'adoption, in *RTDF*, 1988.

CASSIERS, L.. *Le vécu de l'adoption*. Bruxelles, Storia Scientia, 1990.

CASTÁN VASQUEZ, José Maria. Luces y sombras de la adopción en España (reflexiones ante el nuevo regimen legal), in *Razón y fé*, vol. 217, 1988.

CASTRO LUCINI, Francisco, Notas sobre la nueva ley de adopción 21/1987, de 11 de noviembre, in *ADC*, 1987, p. 1238.

CASTRO, Artur Anselmo de. *Lições de processo civil*, vol. I. Coimbra, Livraria Almedina, 1970.

CATTANEO, Giovanni. Convenzioni europee e leggi interne in tema di adozione dei minori e di trattamento dei figli naturali, in *Rivista di Diritto Civile*, vol. XXVII, 1981-II, p. *Rivista di Diritto Civile*, vol. XXI, 1975-II.

CD Juris Plenum. Caxias do Sul, Plenum, fev.2001, p.1/57.

CD Juris Síntese. Porto Alegre, Síntese, n. 29, de ago.2001.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Forense, 5ª ed.

CHAMPENOIS-MARMIER, Les données sociologiques générales, in *L'adoption d'enfants étrangers* - sous la direction de Jacques Foyer et Labrusse-Riou. Paris, Economica, 1986.

CHAVES, Antônio. *Adoção internacional e tráfico de crianças*. São Paulo, 1994.

CHAVES, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte, Del Rey, 5ª edição, 1995.

- CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo, Editora LTr, 2ª edição, 1997.
- CIMIERI, Fabiana. Adoções estrangeiras caem 46%, in *Jornal O Estado de S.Paulo*, Vida&, edição de 16 de janeiro de 2005.
- CLAUX, Pierre Jean. Faut-il supprimer le droit de la famille?, in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*. Paris, Litec, 1990.
- COBELLI, Cristina Ebene. La Convenzione di Strasburgo e l'adozione nel diritto interno, in *Rivista di Diritto Civile*, vol. XXI, 1975-II.
- COELHO, Francisco M. Pereira. *Curso de direito de família*, Coimbra, Ed. Policopiada, 1986.
- COELHO, Francisco M. Pereira. L'adoption dans les principales législations européennes (études de droit interne et de droit international privé), I – Droit interne, in *RIDC – Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 37, 1985.
- COLE, E. S.. Adoption: History, policy, and program, in *A handbook of child welfare context, knowl-edge, and practice*. J. Laird and A. Hartman, eds.. New York, Free Press, 1985.
- COLLIER, Jane Fishburne; YANAGISAKO, Sylvia Junko. Introduction, in *Gender and kinship: Essays towards a unified analysis*. Stanford: Stanford University Press, 1987.
- COMEL, Nelsina Elizena Damo. *Paternidade responsável: o papel do pai na sociedade brasileira e na educação familiar*. Curitiba, Juruá, 1998.

- CONDON, J. T.. Psychological disability in women who relinquish a baby for adoption, in *Medical Journal of Australia*, nº 144, feb. 1986.
- CONKLIN, Beth A.; MORGAN, Lynn M. *Babies bodies and production of personhood in North America and in a native Amazonian Society*. Ethos, v. 24, 1996.
- COONTZ, Stephanie. A revolução heterossexual, in jornal *O Estado de S.Paulo*, Opinião – The New York Times, edição de 10.07.2005, pág. Vida& A27.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra, Livraria Almedina, 1997.
- CORNEAU, Guy. *N'y-a-t-il pas d'amour heureux? (Momment les liens parents-enfants conditionnent nos amours)*. Paris, Editions Robert Laffont, 1997.
- CORNEAU, Guy. *Pai ausente, filho carente. O que aconteceu com os homens?*. São Paulo, Ed. Brasiliense, 1997.
- CORNU, Gérard. La filiation, in *Archives de philosophie du droit*. Paris, Sirey, CNRS, 1975.
- COSTA, Cecília. *Os filhos do coração: adoção em camadas médias brasileiras*, tese de Doutorado em Antropologia Social, Museu Nacional, UFRJ, 1998.
- COSTA, Liana Fortunato. CAMPOS, Niva Maria Vasques. *A família nos estudos psicossociais de adoção: experiência em uma Vara da Infância e da Juventude*. São Paulo, Editora RT, vol. 813, 2003.
- COULANGES, Foustel de. *A cidade antiga*. Trad. portuguesa. Lisboa, Liv. Clássica Ed., vol. I, 5ª ed., 1941.

CRETNEY, S.. *Principles of family law*. London, Sweet and Maxwell, 1984.

CURY, Munir, AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do e MENDEZ, Emílio García. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo, Malheiros Editores, 5ª edição, 2002.

CURY, Munir, GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso e MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991.

CURY, Munir, MARÇURA, Jurandyr e PAULA, Paulo A. Garrido de. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

DAIBERT, Jefferson. *Direito de família*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1980.

D'ARGENTINE, Adolfo Beria. *Il valore sociogiuridico dell'adozione*. Dir. Fam., v. XXI, 1992.

DAVÍ, Angelo. Adozione (V – Diritto comparato e straniero), in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, v.I.

DAVÍ, Angelo. *L'adozione nel diritto internazionale privato italiano, I – Conflitti di leggi*. Milano, Giuffrè editore, 1981.

DAVID, René. The international unification of private law, in *International Encyclopedia of comparative law*, v. II (The legal systems of the world. Their comparison and unification), cap. V, Tübingen/ The Hague-Paris/ New York, J.C.B. Mohr/ Mouton/ Oceana Publications Inc., 1971.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa, Ed. Moraes, 1961.

DE CUPIS, Adriano. Persona e famiglia nell'ordinamento giuridico, in *Dir. Fam.*, v. XXI, 1988.

DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito de filiação*. São Paulo, Dialética, 1997.

DE-MATTIA, Fábio Maria. Investigação de paternidade, alimentos, filiação e conseqüências da nova norma constitucional, in *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo, 1^a quinzena fev 1989.

DEMICK, J. and WAPNER, S.. Open and closed adoption: A developmental conceptualization, in *Family process*. New York, 1988.

DÉPREZ, Jean. Droit international privé et conflicts de civilisations. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel), in *Recueil des Cours*, t. 211, 1988 – IV.

DIEREN, Benoît Van. L'intérêt de l'enfant: alibi, piège ou nécessité?, in *RTDF – Revue Trimestrielle de Droit Familial*, 1994.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho y masificación social*. Madrid, Ed. Civitas, 1999.

DINIS, Joaquim José de Souza. Filiação resultante da fecundação artificial humana, in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord), *Direito de família e do menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte, Del Rey, 3^a ed., 1993.

DINIZ, Maria Helena. A ectogênese e seus problemas jurídicos, in *Justitia – Matérias aprovadas para publicação futura* [s.d.].

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 17ª edição, 5º volume - Direito de família, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo, Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. Reflexões sobre a problemática das novas técnicas científicas de reprodução humana assistida e a questão da responsabilidade civil por dano moral ao embrião e ao nascituro, in *Livro de Estudos Jurídicos*, nº 8, Rio de Janeiro, 1994.

DOLTO, Françoise. *Tout est langage*. Paris, Le Livre de Poche, 1987.

DONNIER, Marc. L'intérêt de l'enfant, in *Recueil Dalloz-Sirey*, chr XXVI, 1959.

DOUGLAS, G. The family and the state under the European Convention of human rights, in *International Journal of law and the family*, 1988, nº 1.

DROZ, Georges A.. Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé, in *Recueil des Cours*, t. 229, 1991, IV.

DUTOIT, Bernard. L'évoution récente du droit de la filiation en France, en République Fédérale d'Allemagne, en Autriche et en Italie, in *Familienrecht im wandel – Festschrift für Hans Hinderling*. Basel/ Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1976.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

- EEKELAAR, John. *Parenthood, social engineering and rights – constituting families: a study in governance*. Ed. Derek Morgan & Gillian Douglas, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1994.
- EHRENZWEIG, Albert; JAYME, Erik. *Private international law – Special Part*. Vol.II, Leyden/ Dobbs Ferry. New York, A.W.Sitjhoff/ Oceana Publications, Inc., 1973.
- ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1994.
- ELROD, Linda D., e WALKER, Timothy B.. Family law in the fifty states, in *FLQ*, vol. XXVII, 1994.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. de J. Batista Machado. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- ERIKSON, Erik. *Enfance et société*. Neuchâtel, delachaux et Niestle, 1976.
- FACHIN, Edson Luiz. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte, Del Rey, 1996.
- FACHIN, Edson Luiz. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
- FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

- FALLON, Marc. Une chronique anticipé du droit international privé de la famille (1980-2000), in *RTDF – Revue Trimestrielle de Droit Familial*, 1991.
- FAW, Terry. *Psicologia do desenvolvimento. Infância e adolescência*. Editora McGraw-Hill, 1981.
- FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato*. Rio de Janeiro, 1992.
- FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Unões homossexuais (Efeitos jurídicos)*. São Paulo, Método, 2004.
- FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre, Fabris, 1991.
- FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. Aspectos jurídicos da intervenção social e psicológica no processo de adoção, in *Justitia – Órgão do Ministério Público de São Paulo*. Procuradoria-Geral da Justiça e Associação Paulista do Ministério Público, vol. 196, 2001.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo, Saraiva, v. 7, 1995.
- FLAUSS-DIEM, Jaqueline. Angleterre, L'adoption dans les principales législations européennes (études de droit interne et de droit international privé), I – Droit interne, in *RIDC – Revue Hellénique de Droit Comparé*, vol. 37, 1985.
- FLOREZ-VALDES, Joaquim Arce y, El acogimiento familiar y la adopción en la ley de 11 de noviembre de 1987, in *RGLJ*, v. CXXXVI, 1987.

FLORSCH, Michèle, Alemanha (République Fédérale), L'adoption dans les principales législations européennes (études de droit interne et de droit international privé), I – Droit interne, in *RIDC*, v. 37, 1985.

FONSECA, Cláudia. *Caminhos da adoção*. São Paulo, Ed. Cortez, 1995.

FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. *Direito de paternidade*. São Paulo, LTr, 1997.

FRANKLIN, Sarah. Making Representations: The parliamentary debate on the human fertilisation and embryology act, in EDWARDS, J. et al. *Techologies of procreation: kinship in the age of assisted conception*. New York, Routiedge, 2^a ed., 1999.

FREEMAN, Michael D. A.. Towards a critical theory of family law, in *Family law*, v. I (Society and family). Aldershot/ Hong Kong/ Singapore/ Sydney. Ed. Harry D. Krause, Dartmouth, 1992.

FREIRE, Fernando. *Abandono e adoção - contribuições para uma cultura de adoção*. Curitiba, Vicentina Gráfica e Editora, vol. III, 2001.

FREUD, Sigmund. *An outline of psychoanalysis*. New York, Norton, 1940.

FULCHIRON, H. e MURAT, P. Splendeurs et misères de l'adoption. In TRILLAT, B. (dir.) *Autrement*. Abandon et adoption – Liens de sang, liens d'amour, fev. 96.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Família não fundada no casamento*. RT 771/69. São Paulo, 2000.

- GANNAGÉ, Pierre. La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille, in *Revue Critique*, vol. 81, 1992.
- GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le droit français de l'adoption internationale, in *RIDC – Revue Internationale de Droit Comparé*. vol. 42, 1990.
- GESELL, Arnold. *A criança dos 0 aos 5 anos*. São Paulo, Martins Fontes, 1996.
- GLENDON, M. A. La transformation des rapports entre l'état et la famille dans l'évolution actuelle du droit aux Etats-Unis, in *Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines*. Bruxelles/ Paris, Établissements Émile Bruylant – LGDJ, 1978.
- GOLDSTEIN, Josph, FREUD, Anna e SOLNIT, Albert. *Dans l'intérêt de l'enfant*. Paris, Les Editions ESF, 1973.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro, Forense, 7ª edição, 1994.
- GOODY, Esther. *Adoption et fosterage*. Paris, De Boccard, 1999.
- GOODY, J.. *The development of the family and marriage in Europe*. Cambridge, Cambridge University Press, 1983;
- GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. A destituição do poder familiar e os procedimentos da adoção, in *Grandes temas da atualidade – adoção*. Rio de Janeiro, Ed. forense, 2005.
- GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção - doutrina e prática com abordagem no Novo Código Civil*. Curitiba, Juruá Editora, 2003.

GRANELLI, *Rivista di Diritto Civile*, vol. XXI, 1975-II.

GRAU, Eros Roberto. *La doble desestructuración y la interpretación del derecho*.

Trad. de Barbara Rosenberg. Barcelona, Bosh, 1998.

GUALAZZANI, Ugo. Adozione (Diritto intermedio), in *Novissimo Digesto*, vol. I.

GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, tutela e guarda*. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2ª edição, 2003.

GUIMARÃES, Luiz Paulo Cotrim. *A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

GUTTON, Jean Pierre. *Historie de l'adoption en France*. Paris, Plubisud, 1993.

HALDANE, John. Children, families, autonomy and the State, in *Constituting families: a study in governance*. Ed. Derek Morgan & Gillian Douglas, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1994.

HALMOS, C.. *L'adoption par des couples homosexuels: et l'enfant*. Psychologie, maio de 1999.

HAUSER, Jean e HUET-WEILLER, Danièle. *Traité de Droit Civil. La famille*. Paris, L.G.D.J., 1989.

HAUSER, Jean. *L'adoption à tout faire*. D., 1987, chr. XXXVII.

HAY, Peter. Flexibility versus predictability and uniformity in choice of law. Reflections on current european and United States conflicts law, in *Recueil des Cours*, t. 226, v.I, 1991.

HAY, Peter. The interrelation of jurisdiction and choice-of-law. Reflections on current european and United States conflicts law, in *ICLQ*, v. 28, 1979.

HEGNAUER, Cyril. *Droit suisse de la filiation et de la famille*, adaptação francesa por Bernard Schneider, 2ª éd., Berne, Staempfli & Cie SA, 1984.

HOCQUENGHEM, Guy. *La dérive homosexuelle*. Paris, J-P Delarge, 1977.

HOCQUENGHEM, Guy. *Race d'ep! Un siècle d'images de l'homosexualité*. Paris, Libres-Hallier, 1979.

HOWE, Ruth-Arlene. Adoption, practice, issues and laws – 1958-1983, in *FLQ*, v. XVII, 1983.

HUET-WEILLER, Danièle. France - L'adoption dans les principales législations européennes (études de droit interne et de droit international privé), I – Droit interne, in *RIDC*, v. 37, 1985.

ICHINO, Francesca e ZEVOLA, Mario. *Il tuoi diritti – affido familiare e adozione*. Milão, Editores Ulrico Hoelpi, 1993.

INDEPENDENT. Células-tronco: Reino Unido produz embriões "sem pai", in *Folha de S.Paulo*, edição de 10.09.2005.

INTERNACIONAL LESBIAN AND GAY ASSOCIATION. Second OLGA Pink Book, 1985; *A global view of lesbian and gay liberation and oppression*. Utrecht, Interfacultaire Werkgroep homostudies, 1988.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne – Cours général de droit international privé, in *Recueil des Cours de l'académie de Droit International de la Haye*, 1995.

JOSPIN, Lionel. [s.t.], in *Le Journal du Dimanche*, 16 de mayo de 2004.

JTJ – LEX 208/129.

JUENGER, Friedrich K.. General course on private international law, in *Recueil des Cours*, t. 193, vol. IV, Dordrecht/ Boston/ London, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

KAPLAN, Harold. SADOCK, Benjamin. *Compêndio de psiquiatria – Ciências comportamentais – Psiquiatria clínica*. Porto Alegre, Editora Artes Médicas, 6ª edição, 1993.

KNOBEL, Maurício. *Orientação familiar*. Campinas, Papirus, 1992.

KOPPER, Max Guerra. Adoção à brasileira – existência. Efeitos e desconstituição, in *Revista da FESMPDFT-14/119-133*.

KRAUSE, Harry D., Creation of relationships of kinship, in *International encyclopedia of comparative law*, v. IV (Persons and Family), cap. VI, Tübingen/ The Hague-Paris, J.C.B. Mohr/ Mouton, 1976.

KRUSCH, Walter. L'adoption – Droit allemand, in *Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne*. Tübingen/ Paris, J.C.B. Mohr Paul Siebeck, Recueil Sirey, 1954.

- LABRUSSE-RIOU, Catherine. *Droit de la famille. 1. Les personnes*. Paris, Masson, 1994.
- LAMADRID, Miguel Ángel Sotto. *Biogenética: filiación y delito*. Buenos Aires, Astrea, 1990.
- LAMMERANT, Isabelle. *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*. Bruxelles, Bruylant/ Paris, L.G.D.J., 2001.
- LAURITSEN, John e THORSTAD, David. Les débuts du mouvement pour les droits des homosexuels. In *The early homosexual rights movement*. New York, Times Change Press, 1974.
- LEFLAR, Robert. A.. *American conflicts law*. 3 rd. ed., Indianapolis/ New York/ Charlottesville/ Virginia, The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1977.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: A situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*, São Paulo, Ed. revista dos Tribunais, 2003.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.
- LEQUETTE, Yves. Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales, in *Recueil des cours de l'academie de Droit International de la Haye*, 1994.
- LEROY-FORGEOT, Flora, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*. Paris, PUF, 1997.

LEROY-FORGEOT, Flora. MÉCARY, Caroline. *Le couple homosexuel et le droit*. Paris, Editions Odile Jacob, 2001.

LEX-259/21-22, JTJ.

LIBERATI, Wilson Donizete. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção - adoção internacional - doutrina e jurisprudência*. São Paulo, Malheiros Editores, 2ª edição, 2003.

LIMA NETO, Francisco Vieira. *Biodireito* (org. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos). São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

LINDSAY, J. W.. *Open adoption: A caring option*. Buena Park, CA: Morning Glory Press, 1987.

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

LLOSA, Mario Vargas. O casamento homossexual, in jornal *O Estado de S.Paulo*, edição de 03.07.2005, pág. Vida& A23.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação, in *Direito de família na travessia do milênio*, Congresso Brasileiro de direito de família, Rodrigo da Cunha (coordenador) - IBDFAM. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2000.

LOUX, Françoise. *Le jeune enfant et son corps dans la médecine traditionnelle*. Paris, Flammarion, 1978.

- LÜDERITZ, Alexander. *Hauptfragen internationalen adoptionsrechts*. Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag. Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1979.
- MALAURIE, Philippe e AYNÈS, Laurent. *Droit civil. La famille*. Paris, Editions Cujas, 1996.
- MALDONADO, Maria Tereza. *Os caminhos do coração: pais e filhos adotivos*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2ª ed., 1995.
- MARÍN LÓPEZ, Antonio. *Derecho internacional privado español*, 6ª ed., vol. II (parte especial), Granada, 1990.
- MARMITT, Arnaldo. *Adoção*. Rio de Janeiro, Aide, 1993.
- MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre o teste de paternidade através do exame do DNA em direito brasileiro: direito pós-moderno à descoberta da origem?, in LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). *Grandes temas da atualidade*. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2000.
- MARQUES, Claudia Lima. *A subsidiariedade da adoção internacional: diálogo entre a Convenção de Haia de 1993, o ECA e o novo Código Civil brasileiro*. In LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). *Grandes temas da atualidade*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005.
- MARREY, Adriano. *Menores*. São Paulo, Associação Paulista de Magistrados, 1980.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. São Paulo, Saraiva, 1991.
- McDERMOTT, Mark T. Agency versus independent adoption: the case for independent adoption, in *Adoption – the future of children*, nº 1, vol.3, 1993.

- McROY, R. G.. GROTEVANT, H. D. and WHITE, K. L.. *Openness in adoption: new practices, new issues*. New York, Praeger, 1988.
- MÉCARY, Caroline e LA PRADELLE, Géraud de. *Les droits des homosexuels*. Paris, PUF, 1997.
- MEEZAN, W. SHIREMAN, J.F.. *Care and commitment: Foster parent adoption decision*. New York, State University of New York Press, 1985.
- MEEZAN, W.. KATZ, S.. RUSSO, E.M.. *Adoptions without agencies: A study of independent adoptions*. New York, Child Welfare League of America, Inc., 1978.
- MELO, Albertino Daniel de. Filiação biológica: tentando diálogo direto – Ciências. In LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2000.
- MENDES, João de Castro. *Direito processual civil*, vol. I. Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1980.
- MENDONÇA, Martha; FERNANDES, Nelito. A grande família adotiva, in *Revista Época*, n. 327, p. 96/102, Editora Globo, 2004.
- MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse, Rapport belge, in *La vérité et le droit (journées canadiennes)*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXXVIII, 1987.
- MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. *Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines – Rapport général de synthèse*. Bruxelles/ Paris, Établissements Émile Bruylant, LGDJ, 1978.

- MEULDERS-KLEIN. Famille et justice: à la recherche d'un modèle de justice. Rapport de synthèse et conclusions générales, in *Familles et justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*. Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1997.
- MEZIOU, Kalthoum, Pérennité de l'Islam dans le droit tunisien de la famille, in *Le statut personnel des musulmans (droit comparé et droit international privé)*, sous la direction de Jean-Yves Carlier et Michel Verwilghen, Bruxelles, Bruylant, 1992.
- MICHEL, Andrée. *Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines*. Arch. Ph. Dr., t. XX, 1975.
- MINUCHIN, Salvador. *Famílias: funcionamento e tratamento*. Porto Alegre, Artes Médicas, 1982.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Recusa à realização do exame do DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade*. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Processo civil e direito à preservação da intimidade*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2ª série, 1980.
- MOREL, M-F. L'entrée dans la parentalité. Approche historique. In SINGLY, F. (dir.), *La famille – L'état des savoirs*. Paris, La Découverte, 1991.
- MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Adoção pronta X adoção pelo cadastro, in *Grandes Temas da Atualidade – Adoção*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005.

- MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção*. São Paulo, Editora Cortez, 2001.
- NELIDA, Abella Adriana. Las actas notariales de declaración de entrega de menores en guarda, in *Revista Notarial* nº 890, 1987.
- NEVES, António Castanheira. O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito, in *Digesta – Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra, Coimbra Editora, vol. I, 1995.
- NEVES, António Castanheira. O papel do jurista no nosso tempo, in *Digesta – Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra, Coimbra Editora, vol. I, 1995.
- NÖEL, J. *La separacion des parets adoptifs. Thèse médecine*. Paris, 1959.
- NOGUEIRA, Jacqueline Figueiras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo, Memória Jurídica, 2001.
- NOGUEIRA, Mari Carmen. Direitos civis – protesto contra casamento homossexual é o primeiro promovido pela igreja em 20 anos – Igreja reage a união gay na Espanha, in jornal *Folha de S.Paulo*, Mundo, de 19.06.2005, pág. A25.
- OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Alimentos e investigação de paternidade*. Belo Horizonte, Del Rey, 3ª ed., 1999.
- OLIVEIRA, Guilherme de. *Crítério jurídico da paternidade*. Coimbra, Almedina, 1998.

- OLIVEIRA, Guilherme. *Sobre a verdade e a ficção no Direito de Família*. Coimbra, BFDUC, v. LI, 1976.
- OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *Guarda, tutela e adoção*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 4ª edição, 2001.
- OLIVEIRA, José Lamartine Correa de e MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. Curitiba, Juruá, 3ª ed., 2000.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família*. Porto Alegre, Fabris, 1990.
- OLIVEIRA, Roberto de. Pátrio poder, in *Revista da Folha*, 14.08.2005.
- OMENN, Gilbert. BALL, John R.. Genetics, adoption and the law, in *Genetics and the law II*. New York/ London, Ed. Milunsky and Annas, Plenum Press, 1980.
- OUELLETTE, F. R. e SEGUIN, J.. *Adoption et redefinition contemporaine de l'enfant, de la famille et de la filiation*. Quebec, IQRC, 1994.
- OVERBECK, Alfred E. Von. Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents - Cours général de droit international privé, in *Recueil des cours*, . 176, vol. II, 1982.
- OVERBECK, Alfred E. Von. Private international family law in Europe, in *The reform of family law in Europe*. Ed. A. G, Chloros, Deventer/ Hollan/ Boston/ London/ Frankfurt, Kluwer, 1978.

- PACHI, Carlos Eduardo. A atuação do setor técnico junto às Varas da Infância e Juventude, in *Infância e Cidadania*, vol. 2, Munir Cury (organizador). São Paulo, 1998.
- PAIVA, Fred Melo. Assim acontece com os ratos – A ciência ajuda a compreender o incompreensível: a cabeça da mãe que maltrata o filho. *O Estado de São Paulo*, Caderno Aliás, edição de 05.02.2006, p. J3.
- PAPANDREOU, Marie-France, Belgique – L'adoption dans les principales législations européennes (études de droit interne et de droit international privé), I – Droit interne, in *RIDC*, v. 37, 1985.
- PARADISO, Massimo. *Famiglia e nuovi diritti della personalità: norma, desiderio e rifiuto del diritto*. Quadrimestre, 1989.
- PATOCHI, Paolo Michele. *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel – De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*. Genève, Librairie de l'Université Georg & Cie S.A., 1985.
- PAUWELS, J.M.. Les leçons du droit comparé pour un droit aux dimensions européennes, in *La réforme du droit de la filiation – perspectives européennes*. Bruxelles, Bruylant, 1981.
- PELUSO, Antônio César. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*, Munir Cury e outros (coordenadores), São Paulo, Malheiros Editores, 5ª edição, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Forense, vol. I, 1994.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. V, 15ª ed., 2005.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1996.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família – uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte, Del Rey, 1997.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Tendências modernas do direito de família*. São Paulo, Revista dos Tribunais, fev.1988, nº 628.
- PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção, in *Direito de família e o novo Código Civil*. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (coordenadores). IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2001.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.
- PFUND, Peter H.. Contributing to progressive development of private international law: the international process and the United States approach, in *Recueil des Cours*, t. 249.
- POISSON-DROCOURT, Elisabeth. L'adoption internationale, in *Revue Critique*, vol. 76, 1987.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1969, vol. 7.

POSNER, Richard A.. The regulation of the market in adoptions, in *child law (parent, child and State)*. Ed. Harry D. Krause, Aldershot/ Hong Kong/ Singapore/ Sidney: Dartmouth, 1992.

PRADO, Luiz Regis. Manipulação genética e direito penal: um estudo aproximativo. In LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2000.

PROENÇA, José Gonçalves. *Tendências dominantes na evolução da instituição familiar*. Lisboa, Ed. Lusíada, Série Direito, 1991.

RASKIN, Salmo. A análise de DNA na determinação de paternidade: mitos e verdades do limiar do século XXI, in LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord), *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2000.

RAYNAUD, Pierre. *Un abus de l'adoption simple. Le couples adoptifs*. D., 1983, chr VII.

REILLY, Philip. *Genetics: law and social police*. Cambridge, Harvard Univ. Press.

REIS, José Alberto dos. *Processos especiais*, vol. II. Coimbra, Coimbra Editora, 1982.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA 7/67. Porto Alegre, Síntese, outubro/2000.

- RHEINSTEIN, Max e KÖNIG, René. *Introduction – international encyclopedia of comparative law*. Tübingen/ The Hague/ Paris, JCB Mohr/ Mouton, Persons and family, cap. I, 1974.
- RICHER, Danielle. *Les enfants qui ne sont pas les miens: développements récents en droit familial*. Québec, Y von Blais, 1992.
- RIEG, Alfred, Autriche – L'adoption dans les principales législations européennes (études de droit interne et de droit international privé), I – Droit interne, in *RIDC*, v. 37, 1985.
- RIVERO, Francisco Hernández. *La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial – La filiación a finales del siglo XX*. II Congresso Mundial Vasco.
- RIZZARDO, Arnaldo. Fecundação artificial, in revista *Ajuris* 52/62. Porto Alegre, jul.1991.
- RODRIGUES, Almiro. O novo regime jurídico da adopção, in *RMP – Revista do Ministério Público*, ano 14, nº 56, 1993.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil; direito de família*. Rio de Janeiro, Ed. Saraiva, v. 6, 1996.
- RODRÍGUEZ-MATEOS, Pilar. *La adopción internacional*. Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 1988.
- ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2005.

RSTJ-118/314-319.

RSTJ-129/336-344.

RT-817/337-339.

SALEM, Tania. O princípio do anonimato na inseminação artificial com doador (IAD).

Physis, in *Revista de Saúde Coletiva*, v. 5, n. 1, 1995.

SAMPAIO, José Celso de Camargo. *A inseminação artificial no direito de família*. RT

670/14-18. São Paulo, 1991.

SAMTLEBEN, Jürgen. Neue interamerikanische konventionen zum Internationalen

Privatrecht, in *RabelsZ*, vol. 56, 1992.

SANTOS, Lucinete S.. Adoções prontas, in *Abandono e adoção – Contribuições*

para uma cultura de adoção. Fernando Freire (organizador). Curitiba, Terra dos Homens, Vicentina, 2001.

SANTOS, Lucinete S.. Mulheres que entregam seus filhos para adoção – Os vários

lados dessa história, in *Abandono e adoção – Contribuições para uma cultura de adoção*. Fernando Freire (organizador). Curitiba, Terra dos Homens, Vicentina, 2001.

SARACENO, Chiara. *Sociologia della famiglia*. Bolonha, Il Mulino, 1988.

SCABINI, Eugenia. *L'importanza della famiglia nella crescita psicologica del*

bambino. Il Foglio 32/12. Associazione Amici dei Bambini, ano VII, out/dez.1993.

SCARPARO, Monica Sartori. *Fertilização assistida – questão aberta - aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1991.

SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil alemão – Direito de família (BGB – Familienrecht)*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, Tradução da 9ª edição, 2002.

SERVIÇO SOCIAL INTERNACIONAL. *Os direitos da criança na adoção nacional e internacional. Fundamentos éticos. Orientações para a prática*. Genebra, novembro de 1999.

SFVC-2003/Cível.

SILVA, Artur Marques Filho. *O regime jurídico da adoção estatutária*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Edson Ferreira da. Direitos da personalidade: os direitos da personalidade são inatos?, in *RT 694/21*. São Paulo, ago.1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros, 1995, 10ª ed., 1995.

SILVA, José Luiz Mônaco da. *A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1995.

SILVA, Manuel Gomes da. JORGE, Fernando Pessoa. *O direito de família no futuro Código Civil – Terceira parte*. Lisboa, BMJ 90, 1959.

SILVA, Nuno Gonçalo da Ascensão. A constituição da adoção de menores nas relações privadas internacionais: alguns aspectos, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Coimbra Editora, agosto de 2000.

- SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Novo Código Civil comentado*, coord. Fiuza. São Paulo, Ed. Saraiva, 2002.
- SILVERMAN, Arnold. Nonrelative adoption in the United States: a brief survey, in *Adoption in worldwide perspective: a review of programs, policies and legislation in 14 countries*. Ed. By R.A.C. Hoksbergen, Berwyn/ Lisse: Swuets North America/ Seets § Zeitlinger B.V., 1986.
- SOROSKY, A. D., BARAN, A. E PANNOR, R.. *The adoption triangle, sealed or opened record: how they affect adoptees, birth parents and adoptive parentes*. New York, Anchor Books, 1984.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de. *A adoção no Código Civil português. Propostas de alteração*. Scientia, t. XXVI, 1977.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de. *A adoção – Constituição da relação adoptiva*. Coimbra, 1973 (separata do v. XVIII do Suplemento do BFDUC).
- SOUZA, Myriam Vasconcelos de. Adoção intuitu personae à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, in *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família – Aspectos Constitucionais, Civis e Processuais*. Teresa Arruda Alvim Wambier e Alexandre Alves Lazzarini (coordenadores). São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v.3, 1996.
- STOLJAR, S. J.. Children, parents and guardians, in *International encyclopedia of comparative law*, v. IV (Persons and family), cap. VII. Tübingen/ The Hague-Paris/ New York, JCB Mohr/ Mouton/ Oceana Publications Inc., 1973.

STRATHERN, Marilyn. Regulation, substitution and possibility, in EDWARDS, J. et al, in *Technologies of procreation: kinship in the age of assisted conception*. New York, Routledge, 2ª ed. 1999b.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

SZNICK, Valdir. *Adoção - Direito de família, guarda de menores, tutela, pátrio poder, adoção internacional*. São Paulo, Leud Livraria e Editora Universitária de Direito, 3ª edição, 1999.

TEITELBAUM, Lee E.. Family history and family law, in *Family Law*, v. I (Society and family). Andershot/ Hong Kong/ Singapore/ Sydney. Ed. Harry D. Krause, Dartmouth, 1992.

TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova: princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA), in *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto alegre, Síntese, out-dez.1999, 3/6.

THOMAS, J. P.. *Misère de la bioéthique*. Paris, Albin Michel, 1990.

TIN, Louis-Georges. *Homo – expression/répression – sexualités*. Paris, Stock, 2000.

TRILLAT, B. and NABINGER, S. Intercountry adoption and traffic in children – truth and fictio, in *INTERPOL – International Criminal Police Review*, nº 428, 1991.

TULKENS, F.. Le placement des mineurs et le droit au respect de la vie familiale, in *Rev. Trim. dr. h.*, 1993.

VAMPRÉ, Spencer. *Institutas do Imperador Justiniano, traduzidas e comparadas com o Direito Civil brasileiro*. São Paulo, Ed. Livraria Magalhães, 1915.

VAN LOON, Johannes Hendrick Albert. International cooperation and protection of children with regard to intercountry adoption, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 244, 1993 – VII.

VAN LOON, Johannes Hendrick Albert. The increasing significance of international cooperation for the unification of private international law, in *Fourty years on: the evolution of postwar private international law in Europe*, *Centrum voor Buitenlands Recht en Internationaal Privaatrecht (Hrsg.)*. Amsterdam, 1990.

VARELA, João Antunes. BEZERRA, J. Miguel. NORA, Sampaio. *Manual de processo civil*. Coimbra, Coimbra Editora, 1985.

VARELA, João Antunes. Os tribunais judiciais, a jurisdição voluntária e as conservatórias do registro civil, in *RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 128º.

VARGAS, Marlize Maldonado. Adoção pronta ou adoção por intuitu personae, in *Infância & Cidadania*. Luiz Carlos B. Figueirêdo (organizador). São Paulo, Letra Livre Design Editorial, 2000.

- VASSILAKAKIS, Evangelos. *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*. Paris, LGDJ, 1987.
- VEERMAN, Philip E. *The rights of the child and the changing image of childhood*. Dordrecht, 1992.
- VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo, Malheiros, 1997.
- VELOSO, Zeno. Negatória de paternidade: vício de consentimento, in *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 3. Porto alegre, Síntese, out.-dez.1999.
- VELOSO, Zeno. *União estável*. Belém, Ed. Cejup, 1997.
- VELU, J. e ERGEC, R.. *La convention européenne des droits de l'homme*. Bruxelles, Brylant, 1990.
- VENCESLAU, Rose Melo. *Status de filho e direito ao conhecimento da origem biológica*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo, Ed. Atlas, vol. 6, 5ª ed., 2005.
- VERCELLONE, Paolo. As novas famílias, in *Scientia*, tomo XXXIX, 1990.
- VIANA, Marco Aurélio S.. *Da guarda, da tutela e da adoção*. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1993.
- VILLELA, João Baptista. A desbiologização da paternidade, in *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, nº 21, 1979.

- VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Rio de Janeiro, Revista Forense, jul/set. 1980, nº 71.
- VILLELA, João Baptista. O modelo constitucional da filiação: verdades & superstições, in *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 2. Porto Alegre, Síntese, jul.-set.1999.
- VISMARA, Giulio. Adozione (Diritto intermedio), in *Enciclopeida Diritto*, vol. I.
- VOLTERRA, Edoardo. Adozione (Diritti orientali; diritti greci; diritti romano), in *Novissimo Digesto*, vol. I. Italia.
- WALDSWORTH, Michael, MACLEAN, Mavis, KUH, Diana e RODGERS, Bryan. Children of divorced and separeted families: summary and review of finding from a long-term follow-up study in the UK, in *Family Practice*, vol. 7, nº 1, Oxford University Press, 1990.
- WALLERSTEIN, Judith S. e KELLY, Joan B.. *Surviving the breakup*. New York, Basic Books, 1980.
- WEBER, Lídia. *Laços de ternura*. Curitiba, Editora Santa Mônica, 1998.
- WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- WELTER, Belmiro Pedro. *Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial*. São Paulo, Revista dos Tribunais, novembro de 2004, vol. 829.
- WELTMAN, Wladimir. Embriões candidatos a adoção, in *Jornal do Brasil*, Ciência, edição de 9 de dezembro de 1998.

WELTMAN, Wladimir. EUA têm 100 mil bebês congelados: americana gera dois filhos e não sabe o que fazer com outros sete embriões congelados, in *O Dia*, 19 de fevereiro de 1998, Ciência e Saúde.

WENGLER, Wilhelm. L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable, in *Revue Critique*, v. 79, 1990.

ZÁGARI, Maurício; TEICH, Daniel Hessel. Polêmica da destruição de embriões chega ao Brasil, in *O Globo*, 4 de agosto de 1996. O Mundo, p. 5/7.

ZANNONI, Eduardo A.. *Derecho de familia*. Buenos Aires, Astrea, vol. 2, 3ª ed., 1998.

ZANNONI, Eduardo A.. *Inseminación artificial y fecundación extrauterina: proyecciones jurídicas*. Buenos Aires, Astrea, 1978.

WEBSITES PESQUISADOS

ABREU, Domingos. *Adotar uma criança brasileira: um verbo conjugado de várias maneiras*. Projeto Criança – Desenvolvimento, Educação e Cidadania, Internet <http://www.brasil.terravista.pt>, acessado em 01.05.2004.

ADOÇÕES IRREGULARES, Internet, disponível em <http://www.mundomulher.com.br>, acessado em 02.09.2004.

ADOPCIONES, Internet, disponível em <http://www.terra.com>, acessado em 17.05.2004.

ALBERNAZ JÚNIOR, Victor Hugo; FERREIRA, Paulo Roberto Vaz. *Convenção sobre os direitos da criança*, Internet, disponível em <http://www.dhnet.org.br>, acessado em 01.09.2004.

ALFAGEME, Ana. El matrimonio homosexual – Los hijos, in *El Pais*, Madrid, Caderno Sociedad, de 30.06.2005, Internet, <http://www.elpais.es/articulo>, acessado em 01.07.2005.

ALMEIDA, Júlio Alfredo de. *Adoção intuitu personae – uma proposta de agir*. Síntese da Monografia de Especialização em Direito Comunitário: Infância e Juventude, Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2002. Internet, disponível em <http://www.mp.rs.gov.br>, acessado em 30.04.2004.

ANÔNIMO. Los hijos de lesbianas y gays, in *Consideraiones sobre la familia*. Internet, <http://usuarios.lycos.es.carmela2>, acessado em 24.04.2005.

BALLONE, G. I. Criança adotada e de orfanato in *PsiquWeb, Psiquiatria Geral*, Internet, disponível em <http://www.psiqweb.med.br>, revisto em 2003, acessado em 13.09.2004.

BENITO, Emilio de. Gays já podem casar e adotar filhos na Espanha, in jornal *El Pais*, Madrid, Internet, disponível em <http://www.elpais.es/articulo>, acessado em 01.07.2005.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, disponível em <http://www.camara.gov.br>, acessado em 01.10.2005.

CHEMIN, Anne. Na França, fundar uma família é a nova exigência dos casais gays e lésbicos, in jornal *Lê Monde*, edição de 25.06.2005, Internet, <http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/lemonde> , acessado em 02.07.2005.

COLLUCI, Cláudia. Trauma do abandono deve ser tratado logo. In Infância, *Folha de São Paulo*. Internet, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br>, acessado em 02.02.2006.

CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL PROYETO DE LEY POR LA QUE SE MODIFICA EL CC EN MATERIA DEL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO PUBLICADO EL VIERNES 7 ENERO 2005, in <http://www.codigo-civil.net/blog>, acessado em 22.04.2005.

CORREGEDORIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RIO GRANDE DO SUL, in <http://www.tj.rs.gov.br>, acessado em 22.03.2005.

DIGIÁCOMO, Murilo José. *O necessário asseguramento do direito fundamental à convivência familiar*, Internet, disponível em <http://www.mp.rs.gov.br>, acessado em 02.08.2004.

DREIFUS, Claudia. Os últimos 30 anos revolucionaram o casamento, in jornal *The New York Times*, Boston, ed. 14.06.2005, Internet, disponível em <http://noticias.uol.com.br>, acessado em 14.06.2005.

DUTRA, Leila. A adoção: um ato de amor, in *Psicologia Brasil*, Internet, disponível em <http://www.psicologiabrasil.com.br>, acessado em 23.08.2004.

FINE, Agnès. Rumo ao reconhecimento da pluriparentalidade in *Dia nacional da adoção*, Internet, disponível em <http://www.cafecomadocao.hpg.ig.com.br>, acessado em 10/03/2004.

INTERADOP, Internet, disponível em <http://www.adopcion.org>, acessado em 08.01.2004.

JURISPRUDÊNCIAS, Ementas, Internet, disponível em <http://www.filhosadotivos.com.br>, acessado em 20.01.2004.

MAGALHÃES, Adriana. JSBPMO Notícias – Agência Câmara, Rádio Câmara/PCS. Internet, disponível em <http://listas.rits.org.br>, acessado em 21.01.2004.

NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION. *La adopción en New York*. Internet, disponível em www.adoption, acessado em 06.11.2003.

O FUTURO DAS CRIANÇAS. Internet, disponível em www.futureofchildren.org, acessado em 03.04.2004.

PUEYO, Teresa. *Aspectos jurídicos de la adopción*. Internet, disponível em <http://www.afada.org>, acessado em 06/04/2004.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. *Crianças devolvidas: os filhos de fato também têm direitos? (Reflexões sobre "adoções à brasileira", guardas de fato ou de direito mal sucedidas)*, Internet, disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br>, acessado em 01.09.2004.

SERRA, Márcia Milena Pivatto. *O Brasil de muitas mães*, tese para doutoramento defendida perante o Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UNICAMP, Internet, disponível em www.unicamp.br, acessado em 10.03.2004.

SHANAHAN, Tom. *Los hechos sobre la adopción*. Internet, disponível em <http://www.idahochild.org>, acessado em 17.05.2004.

SILVA, Luana Babuska Chrapak da. *A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar*. Internet, disponível em <http://www.jus.com.br/doutrina>, acessado em 21.08.2004.

TÓFILO, Daniela. "Roda dos expostos" recebia bebê rejeitado. *Folha de S.Paulo*, Memória da exclusão, in <http://www1.folha.uol.com.br>, acessado em 02.02.2006.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskvj. *Famílias adotivas e mitos sobre laço de sangue*, Internet, disponível em <http://www.brasil.terravista.pt>, acessado em 21.08.2004.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. Pais e filhos por adoção: um amor conquistado, in *Revista Interação em Psicologia*, Universidade Federal do Paraná – Departamento de Psicologia, Internet, disponível em <http://sites.uol.com.br/lidiaw>, acessado em 02.12.2003.

WELTER, Belmiro Pedro. *Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial.*

Internet, disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>, acessado em 19.01.2004.