Adoção como direito preferencial

Maria Berenice Dias [\[1\]](#)

Mães que não querem ou não podem ficar com os filhos – seja pela causa que for – sempre existiu.

Pessoas que não podem ter filhos também.

Talvez por isso o instituto da adoção seja um dos mais antigos do mundo.

Quer para manter os cultos familiares, como acontecia em antigas civilizações. Quer para a mulher esconder a desonra de ter tido um filho bastardo, situação recorrente até o século passado.

Também sempre houve certo sentimento de vergonha por parte de casais que temem o estigma da infertilidade, por não conseguirem cumprir o designo divino de “crescei e multiplicai-vos”. Afinal, o exercício da sexualidade é – ou deveria ser – limitado à função procriativa. Sexo recreativo nem pensar!

Daí a dificuldade de enfrentarem a cobrança social. Parece que falharam na sua obrigação de ter filhos. Quem sabe por esses motivos a adoção era cercada de uma auréola de segredos e mentiras.

Mas uma nova realidade se instaurou.

As mulheres adquiriram a plena capacidade, mesmo as casadas. Deixaram de ser consideradas mais ou menos idiotizadas, o que

servia para justificar a outorga, ao homem, da posição de cabeça do casal, chefe da sociedade conjugal e administrador de seus bens.

Graças ao movimento feminista – a quem todas devem render homenagens – as mulheres passaram do mundo do trabalho para o mercado de trabalho. Afinal, trabalhar sempre trabalharam. Mas as atividades domésticas nunca foram reconhecidas como dignas de reconhecimento.

Depois, com o surgimento da pílula anticoncepcional, adquiriram a liberdade sexual. E com isso a liberdade de ter ou não filhos.

Mas como ainda ocorre gravidez indesejada?

Porque o Estado falha.

Não existe educação sexual. Não são implantadas políticas públicas para garantir a contracepção e nem é respeitada a vontade da mulher de interromper a gravidez. Ou melhor, este direito só existe para quem tem dinheiro de pagar abortos, não tão clandestinos assim. Quem não tem recursos, ou faz uso de técnicas caseiras nada seguras, tem o filho, só que não quer permanecer com ele.

Mas o Estado não respeita esta vontade. Continua ainda a considerar a mulher um ser sem vontade própria. Parece que o princípio da autonomia da vontade não existe para ela.

Praticamente a mãe é obrigada a ficar com o filho, mesmo que não o queira. Há uma campanha de demonização contra ela, influenciada muito de perto pela religião, que sacraliza a maternidade a ponto de se falar em instinto maternal. Como se mulheres fossem bichos, pois só bicho tem instinto. Pelo jeito os homens não, pois nunca se ouviu falar em instinto paternal.

Ainda assim, o Estado insiste em desrespeitar a vontade da mulher, mesmo descumprindo o comando constitucional, que lhe

impõe o dever de assegurar às crianças o direito à convivência familiar.[\[2\]](#)

Aliás, é frontalmente contra este preceito a chamada Lei da Adoção[\[3\]](#) que deformou o Estatuto da Criança e do Adolescente e mereceria ser chamada de Lei contra a Adoção, pois sequer previu um procedimento para a adoção, que se encontra diluído entre os capítulos que tratam da adoção,[\[4\]](#) da colocação em família substituta[\[5\]](#) e no da habilitação.[\[6\]](#)

A adoção é considerada medida excepcional,[\[7\]](#) sendo dada preferência à família natural ou à família extensa,[\[8\]](#) preceito que desrespeita o direito da mulher de não ser mãe. Ela é submetida a verdadeira lavagem cerebral, sendo-lhe impostos enormes e intransponíveis obstáculos para que não abra mão daquela criança que gestou sem a querer. É necessário o consentimento dela e do pai,[\[9\]](#) que não vale se levado a feito por escrito[\[10\]](#) e nem antes do nascimento.[\[11\]](#) Mas antes de os genitores se manifestarem precisam receber de equipe interprofissional orientações e esclarecimentos sobre a irrevogabilidade da adoção.[\[12\]](#) Depois são ouvidos, em audiência, pelo juiz e pelo promotor os quais devem esgotar os esforços para manutenção da criança com os pais ou com a família natural ou extensa.[\[13\]](#) Mesmo depois de ter sido reconhecido judicialmente ser livre a manifestação de vontade, qualquer dos pais pode, até o momento da publicação da sentença de adoção, voltar atrás.[\[14\]](#)

E enquanto isso onde fica a criança? Institucionalizada, é claro. Depois de os pais desistirem de ficar com o filho, o Estado sai à caça de algum parente que o queira, até quando se trata de um recém-nascido que ninguém chegou a conhecer. Não vai atrás somente dos familiares com quem a criança mantém vínculos de afinidade e afetividade, elemento constitutivo do próprio conceito de família extensa. Não diz a lei que família extensa é a composta por todos os parentes em linha colateral. Dispõe deste qualificativo somente aqueles parentes com quem a criança convive e quer bem.

Sem atentar a isso são convocados todos, aos quais é concedida mais de uma chance para dizerem se desejam ficar com aquela criança. Só depois de todos se negarem a ficar com ela é que será disponibilizada para a adoção. Até que isso ocorra, já se passou muito tempo permanecendo com pessoas que sequer podem amá-la. Afinal, ninguém que trabalha em casas de acolhimento e nem os membros das chamadas famílias acolhedoras podem adotá-la, ainda que tenha se estabelecido entre eles intenso vínculo de afinidade e afetividade.

Ou seja, em matéria de adoção é proibido amar.

De outro lado, para alguém se candidatar à adoção precisa submeter-se a um verdadeiro rali, que chega a durar mais de ano.

O procedimento para a habilitação só tem início com o atendimento a oito requisitos.[\[15\]](#) O expediente é autuado e enviado ao Ministério Público que pode requerer diligências e audiência para a ouvida dos postulantes e de testemunhas.[\[16\]](#) Os candidatos ficam sujeitos a um período de preparação psicossocial e jurídica por equipe técnica do Juizado da Infância e Juventude que deve atuar com o apoio de técnicos responsáveis pela execução de política municipal de garantia do direito à convivência familiar.[\[17\]](#) A equipe interprofissional, precisa elaborar estudo psicossocial para aferir a capacidade e o preparo do candidato ao exercício da paternidade responsável segundo os princípios do ECA.[\[18\]](#)

Os postulantes obrigatoriamente têm que participar de programa que inclui preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde, ou com deficiências e de grupos de irmãos.[\[19\]](#) Faz parte do estágio de preparação visitar estas crianças.[\[20\]](#) Certamente não há requisito mais cruel.[\[21\]](#) Apesar de estas serem crianças e adolescentes mais vulneráveis, pois ninguém os quer, eles não podem almejar ser adotados por quem os visita. E, por mais que alguém que se

apaixone por algum deles, não poderá adotá-la, pois nem está cadastro e vai precisar submeter-se ao seu lugar na fila.

Concluídas todas estas etapas o juiz determina as diligências solicitadas pelo Ministério Público, se achar conveniente designa audiência de instrução e julgamento e, finalmente, defere a habilitação.[\[22\]](#)

Só depois de tudo isso o candidato é inscrito no cadastro, aguardando anos até ser convocado.[\[23\]](#) Ainda assim os candidatos não tem chance de conhecer, sequer ver uma foto ou um vídeo das crianças que podem adotar. A escolha é feita pelos técnicos e acaba acontecendo o que se chama de um encontro às escuras.

Apesar de toda esta rigidez quase militar para atender ao melhor interesse da criança a lei admite exceções.[\[24\]](#) Autoriza a adoção por candidato não habilitado,[\[25\]](#) se comprovado o preenchimento alguns requisitos à adoção.[\[26\]](#) Entre estas exceções está o pedido formulado por parente ou por quem detém a tutela ou a guarda legal de criança com mais de três anos de idade, desde que comprovado vínculo de afinidade e afetividade.

No entanto, o conceito de família e parentesco não mais está atrelado ao vínculo de consanguinidade, mas ao da afetividade, tanto que tem prevalência a filiação socioafetiva à filiação biológica. Assim, nada justifica o verdadeiro crime que cometem promotores ao requerer – e juízes deferirem – a busca e apreensão e a retirada compulsória de crianças de seus lares, do seio da única família que conhecem, dos pais que a cuidaram desde sempre.

Sequer é feito, como deveria, um estudo social, para verificar a existência de vínculo de afetividade e afinidade e identificar o que atende o seu melhor interesse.

A finalidade desta medida extrema é punir eventual erro da mãe que não teve chance de fazer com que sua vontade fosse

respeitada, quer quando engravidou, quer quando desejou entregar o filho à adoção e encontrou resistência de toda a ordem. Mas quem acaba sendo punido é o seu filho. Ele que foi rejeitado pela mãe, pela família natural e extensa, que não pode ser adotado por quem o acolheu. E quando encontra um lar para chamar de seu, de lá é arrancado e encarcerado em um abrigo para dar cumprimento a lei que não a protege.

Do jeito que está, quem deveria receber do Estado especial atenção com prioritária absoluta acaba alvo de sucessivas rejeições e perdas. O Estado não consegue reconhecer que a adoção é a melhor opção.

Crianças só querem ter um lar, alguém para chamar de pai, de mãe. Não podem esperar pela burocracia que, em ao invés de cuidá-las, as desprotege, deixando-as anos encarceradas em abrigos. De outro lado, também impõe dolorosos anos de espera a quem só tem amor para dar.

Está na hora de acabar de, em nome da Justiça, se cometer tantas injustiças!

Publicado em 29/03/2015.

[\[1\]](#) Advogada especializada em Famílias, Sucessões e Direito Homoafetivo

Vice-Presidenta do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito das Famílias

[\[2\]](#) CF, art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado

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

[3] Lei 12.010/2009.

[4] ECA, arts. 39 a 52-D.

[5] ECA, arts. 165 a 170.

[6] ECA, arts. 197-A a E.

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

ECA, art. 19, § 3º: A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei.

ECA, art. 23: A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.

ECA, art. 23: § 1º: Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

ECA, art. 39, § 1º: A adoção é medida excepcional e

irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa,

[\[8\]](#) ECA, art. 25: Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

[\[9\]](#) ECA, art. 45: A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

[\[10\]](#) ECA, 166, § 4º: O consentimento prestado por escrito não terá validade se não for ratificado na audiência a que se refere o § 3º deste artigo.

[\[11\]](#) ECA, art. 166, § 6º: O consentimento somente terá valor se for dado após o nascimento da criança.

[\[12\]](#) ECA, art. 166, § 2º: O consentimento dos titulares do poder familiar será precedido de orientações e esclarecimentos prestados pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, em especial, no caso de adoção, sobre a irrevogabilidade da medida.

[\[13\]](#) ECA, art. 166, § 3º: O consentimento dos titulares do poder familiar será colhido pela autoridade judiciária competente em audiência, presente o Ministério Público, garantida a livre manifestação de vontade e esgotados os esforços para manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa.

[\[14\]](#) ECA, art. 166, § 5º: O consentimento é retratável até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção.

[\[15\]](#) ECA, Art. 197-A: Os postulantes à adoção, domiciliados no Brasil, apresentarão petição inicial na qual conste: I – qualificação completa; II – dados familiares; III – cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável; IV – cópias da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas; V – comprovante de renda e domicílio; VI – atestados de sanidade física e mental; VII – certidão de antecedentes criminais; VIII – certidão negativa de distribuição cível.

[\[16\]](#) ECA, art. 197-B: A autoridade judiciária, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, dará vista dos autos ao Ministério Público, que no prazo de 5 (cinco) dias poderá: I – apresentar quesitos a serem respondidos pela equipe interprofissional encarregada de elaborar o estudo técnico a que se refere o art. 197-C desta Lei; II – requerer a designação de audiência para oitiva dos postulantes em juízo e testemunhas; III – requerer a juntada de documentos complementares e a realização de outras diligências que entender necessárias.

[\[17\]](#) ECA, art. 50, § 3º: A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

[\[18\]](#) ECA, art. 197-C: Intervirá no feito, obrigatoriamente, equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que deverá elaborar estudo psicossocial, que conterá subsídios que permitam aferir a capacidade e o preparo dos postulantes para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável, à luz dos requisitos e princípios desta Lei.

[\[19\]](#) ECA, art. 197-C, § 1º: É obrigatória a participação dos

postulantes em programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, que inclua preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.

[\[20\]](#) ECA, art. 197-C, § 2º: Sempre que possível e recomendável, a etapa obrigatória da preparação referida no § 1º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com o apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento familiar ou institucional e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

[\[21\]](#) ECA, art. 50, § 4º: Sempre que possível e recomendável, a preparação referida no § 3º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

[\[22\]](#) ECA, art. 197-D: Certificada nos autos a conclusão da participação no programa referido no art. 197-C desta Lei, a autoridade judiciária, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, decidirá acerca das diligências requeridas pelo Ministério Público e determinará a juntada do estudo psicossocial, designando, conforme o caso, audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Caso não sejam requeridas

diligências, ou sendo essas indeferidas, a autoridade judiciária determinará a juntada do estudo psicossocial, abrindo a seguir vista dos autos ao Ministério Público, por 5 (cinco) dias, decidindo em igual prazo.

[\[23\]](#) ECA, art. 197-E: Deferida a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros referidos no art. 50 desta Lei, sendo a sua convocação para a adoção feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis.

[\[24\]](#) ECA, art. 197-E, § 1º: A ordem cronológica das habilitações somente poderá deixar de ser observada pela autoridade judiciária nas hipóteses previstas no § 13 do art. 50 desta Lei, quando comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando.

[\[25\]](#) ECA, art. 50, § 13: Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando: I – se tratar de pedido de adoção unilateral; II – for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; III – oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

[\[26\]](#) ECA, art. 50, § 14: Nas hipóteses previstas no § 13 deste artigo, o candidato deverá comprovar, no curso do procedimento, que preenche os requisitos necessários à adoção, conforme previsto nesta Lei.