

DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE X DIREITO DOS PRETENDENTES À ADOÇÃO À DEFINIÇÃO DO PERFIL DO ADOTANDO

Luciara Robe da Silveira Pereira*

Ninguém desconhece a importância da família no desenvolvimento do ser humano, uma vez que é dela que recebe ou deve receber os cuidados indispensáveis a própria sobrevivência, logo que vem ao mundo. É dela, igualmente, que deve receber a proteção e o amparo indispensáveis ao seu desenvolvimento físico, mental, emocional, moral e psicológico. Em seu seio, recolhe os primeiros modelos de valores e referenciais de comportamento que irão contribuir, de forma determinante, para a configuração do seu caráter.

É evidente que há famílias que não são capazes de cumprir minimamente com esse compromisso de cuidado, tornando-se, ao contrário, a fonte principal de violação dos direitos fundamentais dos infantes e o principal fator de risco para impedir que esse desenvolvimento se promova sadicamente.

Por isso, de forma excepcional e provisória, o Estado está autorizado a retirar crianças e adolescentes do seio da família natural, encaminhando-as a instituições encarregadas de oferecer o cuidado e proteção recusados pela família.

No entanto, por melhor equipadas, do ponto de vista dos recursos materiais e humanos que sejam essas instituições de acolhimento (o que não é a realidade, na maioria das vezes), de forma alguma são capazes de substituir o papel da família, em especial na constituição de vínculos afetivos e emocionais que proporcionem a sensação de amparo e segurança gerados pelo sentimento de pertenci-

* Promotora de Justiça em Pelotas, RS.

mento a este núcleo, nem mesmo de propiciar as primeiras experiências de convívio com seus pares, as quais servirão de norte para os relacionamentos que serão estabelecidos em outros ambientes. Privar uma criança do convívio familiar (natural ou substituto) é como eliminar de sua vida registros importantes de sua história relacionados às vivências neste núcleo, normalmente as primeiras e mais determinantes na constituição do próprio ser.

Tendo isso em conta, o art. 227 da Constituição Federal¹ reconheceu expressamente entre os direitos fundamentais da criança e do adolescente, o direito à convivência familiar e comunitária.

Posteriormente, a Lei 12.010/2009, de 03 de agosto de 2009, foi instituída para aperfeiçoar a sistemática prevista na Lei nº 8.069/90 para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes.

Dita lei deixou evidenciada a necessidade de que a intervenção estatal para a proteção das crianças e adolescentes fosse prioritariamente voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente deveriam permanecer, ressalvada absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada.

Entre as principais inovações desta lei, está a alteração da redação do art. 19 da Lei 8.069/90² que determinou a necessidade de reavaliação, a cada seis meses, da situação das crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e acolhidos em instituições com vistas à definição de sua situação jurídica (reintegração familiar ou colocação em família substituta) e limitou em dois anos o prazo para a manutenção da medida de acolhimento institucional.

No entanto, em que pese tenham se passado mais de cinco anos de vigência da referida alteração legislativa e ainda que se reúnam esforços para cumprir com

¹ 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

² “Art. 19. ...

§ 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

§ 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.” (NR)

os ditames da lei, crianças e adolescentes continuam a crescer em instituições de acolhimento institucional, privados do sagrado direito à convivência familiar, já que, quando não há êxito nas estratégias adotadas para a promoção da família, visando à reintegração familiar, permanecem os óbices ao encaminhamento da maioria dessas crianças a lares substitutos, tendo em conta a admissão da possibilidade de os pretendentes à adoção definirem nos processos de inscrição e habilitação como adotantes, o perfil de crianças e adolescentes que pretendem adotar.

Questiona-se, portanto, a legalidade desta prática, uma vez que nenhum dispositivo da Lei 8.069/90 a admite, e, ao contrário, como se pretende demonstrar, é frontalmente contra esta atitude discriminatória, que, lamentavelmente, ainda continua a revelar uma incompreensão com relação ao próprio instituto da adoção.

Ora, a adoção, segundo conceituam os mais renomados doutrinadores pátrios é o ato pelo qual se confere a condição de filho àquele que, natural e biologicamente não nasceu no seio daquela família.

Ainda que, com o advento do extinto Código de Menores, o tratamento da adoção de crianças e adolescentes tenha sido trasladado do direito civil para a esfera legislativa especializada e de cunho protecionista, percebe-se que ainda foram mantidos conceitos originários desde instituto que o colocavam como uma forma de garantir filhos a quem naturalmente não podia gerá-los.

Assim, originariamente, conforme previsão do art. 368³ do Código Civil de 1916, somente poderiam adotar pessoas maiores de 50 anos de idade, sem descendentes legítimos ou legitimados, e que fossem 18 anos mais velhas do que o adotando.⁴

A adoção era efetuada por escritura pública, era revogável e o filho adotivo não tinha os mesmos direitos dos filhos legítimos ou naturais.

Os preceitos legais originários, portanto, tinham em conta o interesse de privilegiar pessoas que, de forma natural, não conseguiram gerar os próprios filhos.

Em 1957 foi publicada a Lei nº 3.133/57 que alterou o Código Civil, reduzindo a idade mínima do adotante para trinta anos, passando a permitir que pessoas que já possuíam filhos naturais adotassem. Contudo, permanecia a vinculação pelo parentesco do adotado com a família natural e a revogabilidade do ato. A mesma lei reduziu a diferença de idade entre o adotante e o adotado de dezoito para dezesseis anos e permitiu fosse agregado o sobrenome do adotante ao do adotado. A lei estabeleceu, ainda, a necessidade de que, caso os adotantes fossem casados, houvesse transcorrido cinco anos de casamento.

³ Art. 368. Só os maiores de cinquenta anos, sem prole legítima, ou legitimada, podem adotar.

⁴ Art. 369. O adotante há de ser, pelo menos, dezoito anos mais velho que o adotado.

Tivemos, ainda, regulando a matéria, a lei nº 4.655/65, e, finalmente, o Código de Menores – Lei 6.697/79, a partir do qual, a adoção de menores de 18 anos deixou de ser um ato em que o principal interesse jurídico protegido era o do adotante. Desde então, a adoção de crianças e adolescentes passou a depender de decisão judicial, não sendo mais admitida por escritura pública, de forma a que fossem exigidas formalidades legais e requisitos próprios instituídos com vistas ao bem-estar do adotado menor, inclusive a fixação de estágio de convivência e imprimindo-se ao ato o caráter de irrevogabilidade.

Obviamente que, com o advento da Lei 8.069/90 e a edição da Lei 12.010/09, conhecida como Lei da Adoção, consolidou-se o caráter da adoção como medida judicial a ser praticada visando aos interesses das crianças e adolescentes que, por causas naturais ou jurídicas, foram privados do direito de serem criados e educados no seio da família natural.

Ninguém desconhece que dita lei introduziu em nosso país a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, reconhecendo esses indivíduos pioneiramente como sujeitos de direitos e detentores da prerrogativa de terem seus interesses satisfeitos em caráter prioritário e de forma absoluta.

Nesta esteira, a adoção passou a ser preconizada como medida judicial, de caráter irrevogável e que confere à condição de filho ao adotando sem qualquer restrição ou distinção com a filiação legítima, além de romper definitivamente os vínculos com a família natural.

No entanto, na contramão de todas estas alterações legislativas, e como verdadeiro óbice à implementação da nova doutrina, ainda paira em muitas mentes encarregadas de dirigir e orientar esses processos, especialmente a habilitação dos pretendentes, o ranço histórico de que o instituto deve atender aos interesses de pessoas ou casais que não tiveram êxito em gerar filhos naturais.

Continua-se a admitir, no ato da inscrição de pretendentes à adoção, que o interessado ou interessados em adotar preencham um formulário com indicação do perfil da criança ou adolescente que pretendem adotar e cria-se, com isso, uma falsa expectativa nos habilitandos de que o Estado, em breve tempo, lhes entregará o filho com as características desejadas, preferencialmente recém nascido, da mesma etnia dos pretendos pais, e, se possível, com outras características físicas semelhantes.

Não é necessário aprofundar muito a reflexão para concluir o quanto soa absurda do ponto de vista jurídico a pretensão trazida ao julgador pela maioria dos pretendentes a adoção, cuja motivação para adotar é o fato de não terem podido gerar filhos biológicos, de que lhes seja garantido o direito de ter em seus braços uma criança de determinada faixa etária, com características físicas, como a cor dos olhos ou cabelos, e condições determinadas, como ausência de doença física ou mental.

Ora, se a própria natureza não foi capaz de propiciar esta prerrogativa, seria exigível que o Judiciário venha a supri-la?

Parece obvio que não. Mas, por incrível que pareça, as críticas e frustrações dos pretendentes à adoção com relação à morosidade e burocracia do processo, se devem, na maioria das vezes, ao fato de que eles próprios, por falta da devida orientação, estão deduzindo em Juízo uma pretensão que dificilmente poderá ser satisfeita pelo Estado.

Caso os pretendentes quisessem simplesmente adotar, acolhendo em sua família uma criança e/ou adolescente que estivesse apto a ser adotado, a pretensão seria célere e facilmente assegurada.

No entanto, a faixa etária da criança, continua a ser o fator de maior limitação e o maior óbice a que o processo de adoção se desenvolva com celeridade e sem entraves, estando acima do quesito referente à etnia igual a dos adotantes.

Ocorre que, especialmente após a edição da Lei 12.010/09, com a introdução de normas que determinam que a promoção social da família seja priorizada à aplicação da medida de acolhimento institucional e, por conseguinte, ao encaminhamento de crianças e adolescentes a lar substituto, a adoção de recém-nascidos – pretendida por 9% dos habilitados – segundo dados do Cadastro Nacional de Adotantes – tornou-se praticamente inviável.

Exemplificando-se: ainda que uma criança seja encaminhada à instituição de acolhimento institucional logo após o nascimento, isto não significa que será imediatamente inscrita no Cadastro Nacional e disponibilizada à adoção. Nos termos da Lei 8.069/90, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.010/09, há necessidade de elaboração de um Plano Individual de Atendimento pela entidade de acolhimento institucional,⁵ visando inicialmente a reintegração familiar da criança, no qual deverão estar previstos, inclusive, os compromissos a serem assumidos pelos pais para que esta reintegração se promova.

Ora, embora a lei estabeleça que dito plano deva ser elaborado imediatamente, é natural que a entidade de acolhimento, através de sua equipe técnica, disponibilize de algum tempo para elaborá-lo uma vez que dele deve constar os resultados de uma avaliação interdisciplinar, que demanda uma série de estudos para ser concluída.

Mesmo após a elaboração do plano, que costuma ser encaminhado ao Judiciário (ao menos na Comarca de Pelotas) em torno de 30 dias após o acolhimento, há necessidade de se aguardar um tempo prudencial para oportunizar aos pais o cumprimento dos compromissos assumidos para a reintegração familiar.

⁵ Art. 100, § 4º Imediatamente após o acolhimento da criança ou do adolescente, a entidade responsável pelo programa de acolhimento institucional ou familiar elaborará um plano individual de atendimento, visando à reintegração familiar, ressalvada a existência de ordem escrita e fundamentada em contrário de autoridade judiciária competente, caso em que também deverá contemplar sua colocação em família substituta, observadas as regras e princípios desta Lei.

Somente após verificar-se a inviabilidade da reintegração, a partir de relatório da entidade de acolhimento institucional encaminhado ao Ministério Público recomendando a destituição do poder familiar,⁶ é que se dará início a ação de destituição do poder familiar que deve tramitar no prazo de 120 dias.⁷

Ora, com muito otimismo, pode-se dizer que todos esses trâmites demandariam o transcurso de sete ou oito meses, no mínimo.

Logo, pela legislação atual a adoção de recém-nascido somente é possível quanto há concordância imediata dos pais biológicos, atitude muito rara ainda, ao menos em determinadas regiões do país.

Na prática cotidiana, se observa que, quando os pais, comumente as mães, reconhecem não ter condições de criar os filhos, preferem entregá-los a pessoas de suas relações de confiança, inicialmente sob guarda, ou mesmo de maneira informal, a margem do processo judicial, de forma que, dificilmente, essas crianças chegarão a integrar o cadastro nacional de crianças disponíveis à adoção.

Seguindo-se os dados do relatório de pretendentes do CNA, menos de 20% dos pretendentes aceitam crianças com até 3 anos de idade e pouco mais de 5% pretendem adotar crianças com mais de seis.

Em contrapartida, somente 2% das crianças disponíveis à adoção possuem idade inferior a um ano e o fato de ainda constarem do cadastro de crianças como aptas a serem adotadas, apesar da tenra idade e da existência de um número significativo de pretendentes para esta faixa etária, significa que possuem outras características, por exemplo, condições de saúde física ou mental, que não são aceitas pelos pretendentes habilitados.

Logo, embora existam pouco mais de 6.000 crianças e adolescentes cadastrados no CNA como disponíveis à adoção e mais de 34.000 pretendentes habilitados como adotantes, ainda existe um número significativo de crianças e adolescentes institucionalizados, aguardando uma família que os queira receber como filhos.

E a grande indagação que surge referente a esta matemática sem lógica, é qual o fundamento legal ou jurídico que segue admitindo que conste dos formulários de inscrição como adotantes a definição do perfil do filho a ser adotado.

Ninguém discute que causa repulsa em nosso meio social qualquer ideia que admita que pais biológicos abandonem, maltratem ou rejeitem seus filhos,

⁶ § 9º Em sendo constatada a impossibilidade de reintegração da criança ou do adolescente à família de origem, após seu encaminhamento a programas oficiais ou comunitários de orientação, apoio e promoção social, será enviado relatório fundamentado ao Ministério Público, no qual conste a descrição pormenorizada das providências tomadas e a expressa recomendação, subscrita pelos técnicos da entidade ou responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, para a destituição do poder familiar, ou destituição de tutela ou guarda.

⁷ Art. 163. O prazo máximo para conclusão do procedimento será de 120 (cento e vinte) dias.

simplesmente pelo fato de não terem gerado crianças com as características pretendidas ou desejadas, ou por serem portadores de doença física e mental, ou que os negligenciem ou deixem de amá-los quando atingem certa idade.

Quem se dispõe a ser pai ou mãe deve, antes de mais nada, estar aberto a nutrir um amor incondicional, semelhante ao existente na filiação natural e capaz de resistir às inúmeras dificuldades e contratempos que possam surgir no desenrolar da vida familiar.

No entanto, a falha de todo este processo reside na falsa imagem oferecida aos pretendentes à adoção com relação ao próprio instituto.

Ela não é o remédio jurídico adequado a resolver as frustrações de casais ou pessoas que não puderam ter filhos legítimos. A solução para os problemas relacionados à infertilidade está no terreno da medicina e não do direito, pois não há qualquer garantia fática ou jurídica de que o filho idealizado exista e esteja disponível à adoção, muito menos no tempo esperado pelos interessados. Ao contrário, sob o ponto de vista processual, tal pretensão, se fosse claramente apresentada em Juízo, poderia muito bem ser qualificada como um pedido juridicamente impossível.

Analizados os dispositivos inseridos no ECA pela Lei nº 12.010/09, especialmente o art. 197-C, D e E⁸ e seus parágrafos, que estabeleceram novas regras

⁸ Art. 197-C. Intervirá no feito, obrigatoriamente, equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que deverá elaborar estudo psicossocial, que conterà 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.

§ 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.

§ 2º Sempre que possível e recomendável, a etapa obrigatória da preparação referida no § 10º 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.

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.

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.

para a habilitação dos pretendentes à adoção, percebe-se que nenhum desses dispositivos autoriza que os pretendentes escolham o perfil da criança que pretendem adotar.

Contrariamente, estabelece a lei que os habilitandos deverão obrigatoriamente participar de programa que ofereça 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.

Estabelece ainda que deva ser assegurado aos habilitandos o contato com as crianças e adolescentes disponíveis à adoção que estejam em entidades de acolhimento institucional.

Determina que a convocação dos habilitados para a adoção seja feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis.

Por último, define que seja reavaliada a habilitação daqueles que recusem sistematicamente a adoção de crianças e adolescentes para as quais fora convocado.

Ora, são estes os dispositivos que devem, efetivamente, nortear os processos de habilitação para a adoção, aperfeiçoando-se os programas a serem implementados para a orientação dos pretendentes de forma que ingressem nesse processo somente pessoas que aceitem suas condições e compreendam que estão inscritas como pessoas aptas a adotar crianças e adolescentes disponíveis ou que venham a ser disponibilizadas a adoção.

Com isso não se está a defender um sistema rígido no qual sejam convocados sistematicamente pessoas habilitadas pela ordem cronológica, de forma impositiva.

O que se pretende é aproximar os dois pólos desta relação, oportunizando o contato daqueles que querem ser pais com aqueles que estão aptos e desejando a condição de filhos, com o mínimo de restrições e limites, simplesmente permitindo que as pessoas ampliem o entendimento acerca do significado do exercício da parentalidade.

As experiências de pessoas que adotaram adolescentes ou crianças com mais de seis anos, ou portadoras de necessidades especiais revelam que, neste processo, atuam fatores de ordem emocional e sensível que nos levam a perceber que a adoção é uma situação que ocorre no plano dos fatos e o Poder Judiciário simplesmente a referenda juridicamente.

§ 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.

§ 2º A recusa sistemática na adoção das crianças ou adolescentes indicados importará na reavaliação da habilitação concedida.

Certa vez, ouvindo uma entrevista de uma mãe que adotou uma menina de nove anos de idade, encontrei a melhor definição da adoção: “minha filha nasceu na barriga de outra mulher, e eu a encontrei”. Segundo ela, Deus teria cometido um engano e colocado sua filha na barriga de outra mulher. O equívoco somente foi corrigido porque foi permitido o contato entre a adotante e a adotanda.

Essa não é uma definição muito diferente das oferecidas pelos juristas, que coloca o instituto como o ato de emprestar a condição de filho a quem não a tem. No entanto, a falha do sistema está na forma como são promovidos ou proporcionados esses encontros, uma vez que, na praxe, se criam limitações e óbices que inviabilizam os encontros e o que é pior, sem o menor amparo na lei.

A admissão de que os pretendentes a adoção definam o perfil de criança e/ou adolescente que pretende adotar, já cria um óbice a que tenham contato com as crianças e adolescentes aptos a serem adotados (filhos em potencial), restringindo as possibilidades de que o encontro se promova.

Sem o contato, não há encontro. Sem encontro, não há vínculo. Sem vínculo, não há adoção a ser reconhecida pelo Juiz.

Juridicamente o vínculo da adoção se promove ou se consolida com a sentença, mas, no plano dos fatos, ele se forma com o contato, não raramente o primeiro contato é determinante na formação do vínculo.

Há relatos de adotantes que o vínculo se deu como uma espécie de amor à primeira vista.

Por todas essas razões, fáticas, sensíveis, emocionais e jurídicas, pode-se concluir que a manutenção nos formulários de inscrição de pretensos adotantes da definição do perfil do adotando, além de não encontrar amparo legal, é atitude discriminatória, que dificulta a efetividade do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes e impede que se estabeleçam vínculos parentais entre adotantes e adotandos.

Sustenta-se, portanto, que sejam banidos desses formulários quaisquer limitações referentes ao perfil dos adotandos e que os programas a serem desenvolvidos pelos Juizados da Infância e Juventude aos pretensos adotantes, nos moldes previstos no art. 197-C, § 1º, incluam efetiva 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.

Somente assim, poderá se fazer da adoção, realmente, um instituto jurídico capaz de assegurar convivência familiar a todas as crianças e adolescentes que dela foram privados, de forma a satisfazer o interesse dos infantes, e não como uma promessa de filhos ideais a quem não os teve de forma natural, até porque esta é uma promessa que ninguém pode cumprir.

