

PONDERAÇÃO DE INTERESSES E “IRREVOGABILIDADE” DA ADOÇÃO

Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral

*Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Nacional de La Plata
Professora de Direito Civil no Curso Jurídico da UNIG e da Doctum/Carangola
Professora de Direito em Saúde no Curso de Medicina da UNIG*

Nilda Siqueira Andrade

*Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,
Lotada na Vara de Família da Comarca de Itaperuna
Bacharelada em Direito – 2011-1*

RESUMO

O presente artigo pretende expor a excepcionalidade da revogação da adoção, já que se trata de vínculo constituído por sentença judicial, medida que somente será efetivada com base na ponderação de interesses, após ampla apreciação do caso concreto em que se encontra a criança ou adolescente e comprovada a sua indispensabilidade. Procurou-se exemplificar situações de vida em que a revogação se mostrou a medida mais apta a efetivar os princípios da proteção integral, do melhor interesse da criança ou do adolescente e a dignidade da pessoa humana. Objetiva-se demonstrar a aplicação da técnica da ponderação de interesses nesses casos e sua aplicação na solução de conflitos em casos não imaginados pelo legislador. Ressalta-se que, na aplicação da técnica, o julgador deve sopesar os interesses, de forma que a restrição de um deles deve compensar o sacrifício do outro.

Palavras-chave: adoção; revogação; ponderação de interesses; caso concreto.

RESUMEN

El presente artículo pretende demostrar la excepcionalidad de la revocación de la adopción, una vez que se trata de vínculo constituido por sentencia judicial, medida que solamente será llevada a efectos basada en la ponderación de intereses, después de amplia apreciación del caso concreto e que se encuentran los niños o adolescentes y comprobada a su indispensabilidad. Se procuró ejemplificar situaciones de vida en las cuales la revocación se mostró la medida más apta a la efectividad de los principios de la protección integral, del mejor interés de los niños y del adolescente y aun de la dignidad de la persona humana. Se objetiva demostrar la aplicación de la técnica de ponderación de intereses en casos no imaginados por el legislador para solución de conflictos en casos excepcionales. Se realza que, en la aplicación de la técnica, el juzgador debe sopesar los intereses, de forma que la restricción de uno de ellos debe compensar el sacrificio del otro.

Palabras-llave: adopción; revocación; ponderación de intereses; excepcionalidad.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O VÍNCULO DA ADOÇÃO. 2.1 Lineamentos históricos e conceituais. 2.2 Requisitos para adoção. 2.3 O caráter instrumental da família. 3 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES JURÍDICOS. 3.1 A inexistência de hierarquia entre direitos fundamentais. 3.2 A aparente colisão de direitos fundamentais. 3.3

A aplicação da técnica de ponderação de interesses. 4 A PONDERAÇÃO DE INTERESSES E A REVOGABILIDADE DA ADOÇÃO. 4.1 Efeitos da adoção e a irrevogabilidade do ato; 4.2 O melhor interesse da criança e do adolescente; 4.3 Casos concretos em que os tribunais têm deferido a revogação da Adoção; 4.4 Aspectos a serem observados a fim de se minimizarem revogações. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A adoção é um instituto muito antigo, que teve origem na necessidade de se perpetuar a família, a fim de que as pessoas que não pudessem ter filhos consanguíneos não fossem privadas do direito de tê-los de outra forma, realizando-se a partir dessa possibilidade.

Contudo, assim como evolui a sociedade, modifica-se o direito, e o objetivo maior da adoção muda de foco, passando a visar a oferecer uma família para aqueles que não a tiveram em razão do destino.

Atualmente, encontra-se regida pela Lei de Adoção – Lei nº 12.010/2009 – que disciplinou por inteiro o tema, modificando artigos do ECA e revogando alguns do Código Civil, com a finalidade principal de garantir a convivência familiar às crianças e adolescentes.

O ECA regula os direitos que são assegurados à criança e ao adolescente, tendo como princípios essenciais a proteção integral, o melhor interesse da criança e do adolescente e a irrevogabilidade da adoção.

A presente pesquisa tem como objetivos conceituar adoção e identificar os requisitos para o seu deferimento, explicar a importância da família e seu caráter instrumental para o adotando, salientar o caráter irrevogável da adoção, uma vez que constituída através de sentença judicial e equacionar a situação em que, embora medida excepcionalíssima, a revogação se mostre a medida mais eficaz para o adotando através da aplicação da técnica de ponderação de interesses.

Outro objetivo é demonstrar que os conflitos entre direitos fundamentais são apenas aparentes, situação passível de aplicação da técnica de ponderação de interesses.

Por fim, pretende-se demonstrar que o Direito deve ser visto no caso concreto, exigindo o estudo pormenorizado da situação específica e peculiar de cada caso.

Para tanto, será utilizada ampla pesquisa bibliográfica em autores como Cristiano Chaves de Farias (2007), Nelson Rosenvald (2007), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010), Maria Berenice Dias (2008), Carlos Roberto Gonçalves (2010) e outros doutrinadores. E para complementar o material doutrinário e

enriquecimento da pesquisa foram utilizadas decisões em que os Tribunais revogaram a adoção.

2 O VÍNCULO DA ADOÇÃO

“Adotar é acreditar que a história é mais forte que a hereditariedade, que o amor é mais forte que o destino.”¹

O vínculo da adoção se estabelece por sentença, que produz os mesmos efeitos de filiação consanguínea. Segundo Birchall,

o estado de filiação decorre de um fato (nascimento) ou de um ato jurídico: a adoção. A adoção é um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. Cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica².

Assim, o princípio da proteção integral e a proibição de discriminação na filiação modificaram a perspectiva da adoção. Rompeu-se a ideologia do assistencialismo, que privilegiava o interesse e a vontade dos adultos. Hoje a adoção significa muito mais a busca de uma família para uma criança.

Dessa forma, foi abandonada a ideia em que prevalecia a natureza contratual da adoção e que significava a busca de uma criança para uma família. Não é uma paternidade de segunda categoria. A filiação é fortificada na convivência, nos laços de afeto, pouco importando sua origem.

2.1 Lineamentos históricos e conceituais

De acordo com Gonçalves³, o instituto da adoção tem sua origem mais remota na necessidade de dar continuidade à família, no caso de pessoas sem filho.

Segundo o mesmo autor⁴, o Código Civil de 1916 tratou a adoção como continuidade da família, para atender o desejo dos casais estéreis. A princípio, só era permitida aos maiores de 50 anos, desde que sem filhos.

¹ WEBER, Livia apud LIANA, Cintia. Psicologia e Adoção. Disponível em: <http://psicologiaeadoacao.blogspot.com/2010/06/frase-de-lidia-weber.html>. Acesso em: 29 abr. 2011.

² Apud DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das Famílias. 4. ed. rev.atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 426/427.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6, Direito de família. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 364.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 365.

Mais adiante, com a evolução do instituto, passou ela a desempenhar um relevante papel, transformando-se em instituto filantrópico, de caráter humanístico, com a finalidade não somente de dar filhos a casais que por natureza, não podiam tê-los, mas também a possibilitar que um maior número de menores desamparados, sendo adotados pudesse ter um novo lar. Segundo ainda Gonçalves, “essa modificação nos fins e na aplicação do instituto ocorreu com a entrada em vigor da Lei n. 3.133, de 8 de maio de 1957, que permitiu a adoção por pessoas de 30 anos de idade, tivessem ou não prole natural⁵”.

No entanto, a Lei n. 3.133 não equiparava os filhos adotados aos que porventura já existissem, pois nesta hipótese, segundo dicção do art. 377, a relação de adoção não envolvia a sucessão hereditária.

Em seguida, comenta Gonçalves,

a Lei n. 4.655, de 2 de junho de 1965, introduziu no ordenamento brasileiro a ‘legitimação adotiva’, como proteção ao menor abandonado, com a vantagem de estabelecer um vínculo de parentesco de primeiro grau, em linha reta, entre adotante e adotado, desligando-o dos laços que o prendiam à família de sangue mediante a inscrição da sentença concessiva da legitimação, por mandado, no Registro Civil, como se os adotantes tivessem realmente tido um filho natural e se tratasse de registro fora do prazo (art. 6º)⁶.

Mais tarde, com o advento da Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, o Código de Menores revogou a lei da legitimação adotiva, substituindo-a pela adoção plena, conservando as características da lei revogada e buscando proporcionar a integração da criança ou adolescente adotado na família adotiva.

Finalmente, salienta Gonçalves:

com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13-7-1990), o instituto da adoção passou por nova regulamentação, trazendo como principal inovação a regra de que a adoção seria sempre plena para os menores de 18 anos⁷.

Atualmente, a adoção de crianças e adolescentes rege-se pela lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009, que inseriu alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente e

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem, p. 366.

⁷ Ibidem, p 366-367.

revogou dez artigos do Código Civil concernentes à adoção⁸. Essa lei disciplinou por inteiro o assunto, tratando de todos os aspectos atinentes ao instituto da adoção.

2.2 Requisitos para adoção

Obriga o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), para que a adoção seja realizada, que os principais requisitos sejam atendidos⁹.

Em seu art. 40, o ECA disciplina a idade máxima para o adotando: “O adotando deve constar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes”.

Quanto à idade do adotante, o Estatuto estabelece, em seu art. 42, *caput* que: “Podem adotar os maiores de 18 anos, independentemente do estado civil”.

Todavia, a legislação exige uma diferença de idade que deve existir entre o adotante e o adotado, conforme art. 42, § 3º. : “O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho que o adotando”.

Exige-se, ainda, o consentimento dos pais ou representantes legais do adotando, uma vez que a adoção não pode ser imposta, devendo ser um ato voluntário e consciente daqueles que cedem seus filhos para uma nova família. É o que preconiza o art. 45, *caput* do ECA: “A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.”

Do mesmo modo, o art. 45, § 2º. também exige o consentimento expresso do adotando, se maior de doze anos de idade: “Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento”.

O art. 46, *caput* exige um estágio de convivência com os interessados pelo prazo que o juiz fixar.

Convém ressaltar que, por se tratar de um ato jurídico, é necessário, para que seja realizada a adoção, um processo judicial. Veja-se o art. 47, *caput* do diploma legal: “O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão”.

É importante destacar que, para o ECA, deve sempre prevalecer a ideia do melhor interesse da criança ou adolescente e sua proteção integral, não sendo possível, *a priori*, que tais preceitos fiquem em segundo plano. “A adoção será deferida quando

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p 368.

⁹ *Ibidem*, p 383.

apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.” (art. 43 do ECA)

2.3 O caráter instrumental da família

Na visão de Pereira,

dúvida inexistente de que a família, na história dos agrupamentos humanos, é o que precede a todos os demais, como fenômeno biológico e como fenômeno social, motivo pelo qual é preciso compreendê-la por diferentes ângulos (perspectivas científicas), numa espécie de “paleontologia social”¹⁰.

No dizer dos autores, o ser humano nasce inserido no seio familiar, onde se inicia a moldagem de suas potencialidades com o propósito de conviver em comunidade e de buscar sua realização pessoal.

Sendo assim, na opinião de Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald,

sobreleva, assim, perceber que as estruturas familiares são guiadas por diferentes modelos, variantes nas perspectivas espaço-temporal, pretendendo atender às expectativas da própria sociedade e às necessidades do próprio homem¹¹.

Efetivamente, para eles a família traz consigo uma dimensão biológica, espiritual e social, sendo necessária sua compreensão a partir de uma visão ampla, que exige a participação de diferentes ramos do conhecimento, tais como a sociologia, a psicologia, a antropologia, a filosofia, a teologia, a biologia (da biotecnologia e da bioética) e, ainda, da ciência do direito.

Segundo Farias e Rosenvald¹² “na verdade o escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora.”.

Realmente a família caracteriza uma realidade presente, antecedendo, sucedendo e transcendendo o fenômeno exclusivamente biológico, para buscar uma dimensão mais ampla, fundada na busca da realização pessoal de seus membros.

Outro ensinamento dos autores é o de que a família pós-moderna funda-se em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre seus

¹⁰ Apud FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 2.

¹¹ Ibidem, p. 3.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 4.

membros e na preservação da dignidade de cada um. Em outras palavras, estes são os referenciais de família contemporânea.

Com certeza, a transição da família como unidade econômica, para compreensão igualitária, comentam Farias e Rosenvald:

tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto. Seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem. Abandona-se, assim, uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas, uma célula social fundamental, para que seja compreendida como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana. [...] Ou seja, afirma-se um caráter instrumental, sendo a família o meio de promoção da pessoa humana e não a finalidade almejada¹³.

Conclui-se que a família existe em função das pessoas que a compõem, realçando o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, comenta Boechat Cabral, sobre o assunto:

eis o caráter instrumental da família: meio pelo qual as pessoas se desenvolvem, formam sua personalidade e se revestem de forças para enfrentarem as diversas e adversas situações de vida. Na dinâmica da família é que se manifestam os sentimentos mais puros, mais valiosos e, por vezes, os odiosos, embora não sejam esses últimos os ansiados e buscados pelos ideais a pautar o Direito de Família contemporâneo¹⁴.

Resumindo, afirmam Farias; Rosenvald, que a família cumpre modernamente um papel funcionalizado, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, rumo à busca do bem-estar destes¹⁵

3 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES JURÍDICOS

“O filho biológico você ama porque é seu. O filho adotivo é seu porque você ama.”¹⁶

¹³ Ibidem, p. 6.

¹⁴ BOECHAT CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco. A afetividade como fundamento na parentalidade responsável. IBDFAM, 16/11/2009, disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=566>. Acesso em 29 abr. 2011.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 12.

¹⁶ SCHETTINI, Luiz apud LIANA, Cintia. Op. cit.

Numa visão comparativa entre os dois últimos séculos, Ana Paula de Barcellos¹⁷ assevera que o século XXI não trouxe grandes mudanças que o diferenciasssem dos últimos anos do século XX; o novo século apenas deu continuidade ao anterior, sem transformações radicais imaginadas por cineastas e escritores de ficção. Porém, não se pode deixar de destacar uma característica que vai se revelando marcante no século XXI: a crescente complexidade das relações humanas, sociais e culturais.

Se não é possível falar de grandes mudanças trazidas pelo século XXI em outros setores, do ponto de vista jurídico há um interessante fenômeno em curso. A consequência pragmática mais visível dessas transformações é, sem dúvida, a ampliação, quantitativa e qualitativa, do espaço reservado à interpretação jurídica e ao intérprete.

Essa ampliação do espaço de atuação do intérprete, especialmente do intérprete constitucional, levou ao desenvolvimento de técnicas e princípios específicos de interpretação constitucional, para além dos elementos clássicos da hermenêutica jurídica. Não obstante, tampouco esses princípios têm sido suficientes para solucionar casos cada vez mais complexos, daí a razão de alguns julgadores socorrerem-se de um raciocínio que se convencionou denominar ponderação e que vem sendo cada vez mais utilizado diante de situações nas quais as fórmulas hermenêuticas tradicionais parecem, ao intérprete, insuficientes.

Na opinião de Ana Paula de Barcellos¹⁸, ponderação é: “uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês “hard cases”), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado”.

Segundo a citada autora, essa técnica deve ser aplicada a casos complexos, nos quais não seja possível simplesmente adequar um determinado fato à norma, necessitando de um entendimento mais abrangente da situação real, sopesando que aspectos devem ser priorizados em detrimento de outros que, naquele caso concreto se afiguram mais relevantes.

3.1 A inexistência de hierarquia entre direitos fundamentais

¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 53.

¹⁸ Ibidem, p.55.

Pacífica se encontra a superioridade normativa da vigente Constituição Federal em relação às demais leis, devendo estas conservar uma relação de subordinação àquela, sob pena de inconstitucionalidade.

No mesmo sentido, afirma Rosenvald:

a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana no Título I, como fundamento da República Federativa do Brasil, demonstra a sua precedência – não apenas topográfica, mas interpretativa – sobre todos os demais capítulos constitucionais¹⁹.

Explica o autor supracitado, de forma inequívoca, a posição preferencial que a própria Constituição confere ao princípio da dignidade humana e aos direitos referentes à personalidade humana.

Analisa Lenza²⁰ que a Constituição deve ser interpretada em sua globalidade, como um todo, observando o princípio da unidade da Constituição. As normas deverão ser vistas como preceitos únicos inseridos em um sistema unitário de regras e princípios.

3.2 A aparente colisão de direitos fundamentais

Sarmento salienta o pluralismo axiológico do princípio da dignidade como forma de conciliar valores conflitantes:

Assim, a dignidade da pessoa humana afirma-se como principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar-se com uma colisão concreta entre princípios constitucionais, tem o operador de direito de observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove²¹.

Essa natureza de direitos deve ser sempre privilegiada. Porém, há situações concretas, como já se assinalou, em que dois ou mais desses direitos se mostram em situação de aparente colisão. Diz-se aparente porque, conforme dicção de Lenza²², “a interpretação deverá levar em consideração todo o sistema. Em caso de antinomia de

¹⁹ ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no código civil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35.

²⁰ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94.

²¹ Apud ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no código civil. São Paulo: Saraiva, 2007, p.55.

²² LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p.90.

normas, buscar-se-á solução do aparente conflito através de uma interpretação sistemática, orientada pelos princípios constitucionais”.

Moraes afirma de forma incisiva: no conflito entre princípios de igual importância, a medida de ponderação será a dignidade. Ela vem à tona no caso concreto, se bem efetuada aquela ponderação²³.

3.3 A aplicação da técnica de ponderação de interesses

De acordo com Barcellos²⁴, até bem pouco tempo a ponderação de interesses estava relacionada apenas àqueles casos em que dois ou mais princípios da mesma hierarquia estavam em conflito. Atualmente já é possível identificar a ponderação de interesses como uma técnica de decisão jurídica autônoma, que vem sendo aplicada em outros ambientes que não o de conflito de princípios. Já se encontram decisões judiciais nas quais a técnica é aplicada para decidir confronto entre a regra e o caso concreto.

Segundo a citada autora, para aplicar a técnica da ponderação, o julgador deverá observar três fases:

Em um primeiro momento, identificam-se os comandos normativos ou as normas relevantes em conflito.

Num segundo momento, examinam-se as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos.

Por fim, no terceiro momento – fase da decisão – examinar-se-ão conjuntamente os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos sobre eles, para então apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diferentes elementos em disputa.

Deverá ser observado, para aplicação justa da técnica, o princípio da proporcionalidade, em que se busca a vedação do excesso, pois se trata de princípio de extrema importância em situação de conflitos de interesses.

Segundo Barroso²⁵:

o processo de ponderação confere ao órgão jurisdicional um poder muito

²³Apud ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no código civil. São Paulo: Saraiva, 2007, p.55.

²⁴BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 56.

²⁵Ibidem, p. 100.

mais amplo do que lhe é conferido ordinariamente. Desde a identificação das normas pertinentes, passando pela seleção dos fatos relevantes, até a atribuição geral de pesos e a conclusão, todas as etapas exigem avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências²⁶.

Do mesmo modo, para Aristóteles:

o caso concreto frequentemente apresentará particularidades que não foram previstas de forma geral pelo legislador. Assim ao aplicar a norma, o juiz poderá introduzir um elemento adicional: a equidade, que autoriza adaptar a norma e suas consequências de acordo com as características do próprio caso²⁷.

Por derradeiro, segundo Rosendal²⁸, “se o julgador se apoiasse apenas nas regras, o sistema seria de limitada racionalidade prática e não atenderia o necessário balanceamento de valores de uma sociedade plural e aberta”.

No caso de contradição entre normas e o caso concreto, não significa dizer que a regra será invalidada, pois é possível, em algumas situações, a aplicação da ponderação sem que isso traga à sociedade a tão temida insegurança jurídica.

A técnica de ponderação de interesses não fere a Constituição, vez que é sabido que os direitos fundamentais emanam do princípio da dignidade humana, princípio este que a técnica, quando aplicada ao caso concreto, pretende preservar.

4 A PONDERAÇÃO DE INTERESSES E A REVOGABILIDADE DA ADOÇÃO

“A palavra progresso não terá qualquer sentido enquanto houver crianças infelizes.”²⁹

É a ponderação dos interesses no caso concreto que deverá nortear a decisão judicial, desbravando o caminho a ser percorrido – à luz dos princípios constitucionais, especialmente o da dignidade humana, que serve como mola de propulsão de todo o sistema –, prestigiando-se o valor jurídico mais relevante.

Segundo Barcellos,

²⁶ Apud BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 59.

²⁷

²⁸ ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no código civil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.48.

²⁹ EINSTEIN, Albert apud INSTITUTO PERCEPÇÕES. Progresso: ação ou resultado de progredir. Disponível em: <http://www.percepcoes.org.br/artigos.asp?idarticulista=16>. Acesso em 24 abr. 2011.

Na verdade, os casos típicos dos quais se ocupa a ponderação são aqueles nos quais se identificam confrontos de razões, de interesses, de valores ou de bens albergados por normas constitucionais (ainda que o objeto imediato do exame seja uma disposição infraconstitucional). O propósito da ponderação é solucionar esses conflitos normativos da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes. A ponderação também se presta a organizar o raciocínio e a argumentação diante de situações nas quais, a despeito do esforço do intérprete, haverá inevitavelmente uma ruptura do sistema e disposições normativas válidas terão sua aplicação negada em casos específicos³⁰.

Significa dizer que será realizado um balanceamento entre razão, valores e normas, a fim de que a solução seja a de resguardar o direito baseado na razoabilidade e proporcionalidade.

Comentam Farias; Rosenvald³¹ que a relevância da técnica de ponderação de interesses se mostra mais expressiva, compreendendo que regras e princípios constitucionais se organizam em um sistema, salientando que, no caso de eventual conflito entre eles, necessário será sacrificar um princípio e resguardar outro de maior relevância no caso particular, visando efetivar a sintonia com o princípio da dignidade humana – valor maior do ordenamento jurídico pátrio.

Comenta Lenza³² que há necessidade de se valer dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois desses princípios emana a ideia de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins.

Nesse sentido, afirma Barcellos³³ sobre a aplicação dos princípios que deverá ser observado o princípio da proporcionalidade – no qual se busca a vedação do excesso – pois trata-se de princípio de extrema importância em situação de conflitos de interesses.

Em essência, o ato de adoção não comporta revogação, pois é medida excepcional e irrevogável de acordo com o ECA, art. 39, §1º.

Porém ponderam Farias e Rosenvald

³⁰ BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.57.

³¹ FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2010, p. 20.

³² LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p.97.

³³ BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 58.

Enfim, é preciso que se estabeleça, em concreto, uma prevalência axiológica, sopesando os interesses em disputa, para que a dignidade humana e os valores constitucionais sejam respeitados e sobressaiam, dando cores mais nítidas à norma constitucional³⁴.

O fato de a adoção ser irrevogável, como preconiza a lei, não significa que o tema revogabilidade, não deva ser discutido e repensado e quem sabe admitido, quando estiver em baila o melhor interesse da criança ou do adolescente.

4.1 Efeitos da adoção e a irrevogabilidade do ato

Os efeitos da adoção podem ser de ordem pessoal e patrimonial e estão elencados no ECA.

A adoção gera um parentesco entre adotante e adotado equiparado ao consanguíneo. De acordo com Farias e Rosenvald:

a adoção implica a completa extinção da relação familiar mantida pelo adotando com seu núcleo anterior, conferindo segurança à nova relação jurídica estabelecida e garantindo a proteção integral e prioritária do interessado³⁵.

Para Gonçalves,³⁶ essa é a principal característica da adoção, pois promove a integração completa do adotado na família do adotante, já que será recebido na condição de filho.

Igualmente, o poder familiar também é um dos efeitos da adoção que é transferido do pai natural para o adotante. Cabe salientar que para Farias e Rosenvald: “O desligamento do vínculo estabelecido pela adoção, entre o adotante e o adotado, somente poderá ocorrer pela regular destituição do poder familiar, nos casos previstos em lei, respeitado o devido processo legal”³⁷.

A irrevogabilidade da adoção está prevista no art. 39, § 1º do ECA, mas segundo os autores supracitados³⁸, é preciso destacar que nenhuma regra pode impedir eventuais

³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 21.

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 931.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6, Direito de famílias. 7. ed. rev. atual São Paulo: Saraiva, 2010, p 386.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Op.cit., p. 935.

³⁸ Ibidem.

exceções em casos concretos. Dessa forma, em casos excepcionais será possível a revogação da adoção e o restabelecimento do poder familiar para resguardar os interesses existenciais e a dignidade do adotado.

No tocante ao nome, prescreve o art. 47, § 5º do ECA: “A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome.”

Além dos efeitos relacionados acima, a adoção permite ao adotado o direito de cobrar alimentos do adotante, o seu pai, e demais parentes obrigados à prestação alimentícia.

Por evidente, os efeitos da adoção são irrevogáveis e irretroatáveis, não se extinguindo a relação paterno-filial estabelecida pela sentença de adoção transitada em julgado pela superveniência da morte do adotante.

É necessário que se esclareça em que consiste o instituto da revogação. Segundo o dicionário Aurélio da Língua Portuguesa³⁹ revogação é o ato ou efeito de revogar. Anulação, extinção, invalidação. No caso específico da adoção, significa retroceder, praticando-se o desfazimento do ato – e conseqüentemente da sentença – que a constituiu.

Porém, nem sempre é possível se coadunar a lei com a realidade fática. Nessas hipóteses especialíssimas, segundo a técnica de ponderação de interesses, sacrifica-se um bem jurídico que, naquela situação concreta, mostra-se de menor importância, que é o rigorismo da lei em relação à irrevogabilidade da adoção, para preservar um interesse juridicamente muito mais elevado, que é a proteção integral à criança ou adolescente vítima de uma situação fática que poderá trazer sérios transtornos futuros.

A irrevogabilidade da adoção fundamenta-se na necessidade de se resolver uma questão que se mostra insustentável, expondo a criança ou adolescente a riscos emocionais, psicológicos e do ponto de vista do próprio direito. Salienta-se que deverá ser sempre resolvido de acordo com a técnica de ponderação de interesses, sendo excepcionalíssima e segundo os princípios do melhor interesse da criança, da proteção integral, respeito, liberdade (art. 15 do ECA) e da dignidade da pessoa humana, direitos indisponíveis, na qualidade de pessoas em desenvolvimento que são.

³⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 3. ed. rev. atual. Curitiba: Positivo, 2008.

4.2 O melhor interesse da criança e do adolescente

De acordo com Farias e Rosenvald, “Maria Berenice Dias chega mesmo a sustentar a consagração do afeto como um verdadeiro direito fundamental, permitindo projeções do mais alto relevo, como, v.g, o reconhecimento da igualdade entre a filiação biológica e a filiação socioafetiva”.⁴⁰

Por isso, é natural que a colocação em família substituta seja precedida da preparação gradativa e, posteriormente, seja assegurado um acompanhamento psicológico da criança ou do adolescente, como, inclusive, impõe o § 5º do art. 28 do Estatuto, com a redação da Lei Nacional de Adoção. É que, sendo colocado em um grupo familiar distinto do natural, o infante precisa ter a assistência de uma equipe interdisciplinar (psicólogo, assistente social etc.) com o fito de não se lhe violar a própria formação pessoal.

A ideia de que a adoção era o mecanismo para conceder um filho a alguém que biologicamente não poderia tê-lo foi superada, prevalecendo hoje a concepção do instituto como mecanismo de colocação em família substituta, consubstanciando o direito à convivência familiar e à proteção integral do adotado.

Segundo Fachin⁴¹: “a adoção passou a oportunizar ao adotando a plena inserção em um ambiente familiar saudável ao seu desenvolvimento”. Desenvolvimento mental, psicossocial, e, principalmente, afetivo – sendo este o mais relevante ao cumprimento dos ideais inseridos no princípio constitucional que produz efeitos de direito fundamental – o da dignidade da pessoa humana.

4.3 Casos concretos em que os tribunais têm deferido a revogação da adoção

Mendes⁴² ao lembrar as lições de Peter Häberle, explica: não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada [...], ressaltando que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública [...].

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Op.cit.,p. 28.

⁴¹ Apud FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 913.

⁴² Apud LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p.99.

No entendimento de Lenza “quanto mais pluralista for a sociedade, mais abertos serão os critérios de interpretação⁴³.”

Conforme lecionam Farias e Rosenvald,

Faça-se menção, nesse caminho, a um interessante precedente da Corte de Justiça mineira, autorizando o cancelamento de uma adoção, com o propósito de impedir a caracterização de uma relação incestuosa entre o adotado e a sua irmã, uma filha do adotante, considerando, inclusive, que o casal já tinha filhos. Merece atenção o caso, pois regra geral do sistema continua sendo (e não pode ser diferente) a irrevogabilidade e irretroatividade da adoção, apenas sendo possível excepcionar a regra em casos justificáveis para o amplo respeito aos princípios fundamentais do ordenamento, em especial a dignidade humana⁴⁴.

Os autores fazem alusão ao acórdão assinalando-o como merecedor de referência:

Adoção. Elementos e circunstâncias dos autos. Direito fundamental à dignidade da pessoa humana. Cancelamento do ato. Possibilidade jurídica do pedido em abstrato, no caso concreto. Interpretação teleológica/sociológica. Princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Teoria da concreção jurídica. Técnica da ponderação. Situação fático-social. Criança. Proteção integral, com absoluta prioridade. Sentença anulada. Recurso provido. Tem-se conflito das realidades fático-social e jurídica, ocasionado pela escolha indevida do instituto da adoção, ao invés da tutela. Não se olvida que a adoção é irrevogável, mas o caso sob exame revela-se singular e especialíssimo, cujas peculiaridades recomendam (ou melhor, exigem) sua análise sob a ótica dos direitos fundamentais, mediante interpretação teleológica (ou sociológica), com adstrição aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, dando-se azo, com ponderação, à concreção jurídica, máxime por envolver atributo da personalidade de criança advinda de relacionamento “aparentemente” incestuoso, até porque o infante tem proteção integral e prioritária, com absoluta prioridade, assegurada por lei ou por outros meios⁴⁵.

Outra situação merecedora de destaque foi um caso em que o vínculo afetivo deixou de existir:

Apelação cível – Ação ordinária visando à dissolução de adoção – demanda ajuizada consensualmente pelo adotante e o adotado – Vínculo estabelecido entre o filho e o marido da mãe biológica que, após quatro anos da consolidação do processo adotivo, separou-se do adotante – Inexistência de qualquer vínculo afetivo entre os envolvidos- Situação mantida formalmente, que acabou gerando a instabilidade psicológica do adotado em face da obrigação de manter um sobrenome com o qual não se identifica “Dever de observância do princípio da dignidade da pessoa humana” Inteligência do

⁴³ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p.100.

⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 935.

⁴⁵ TJ/MG, ApCív.10056.06.132269-1/001(1)- Comarca de Barbacena, rel. Des. Nepomuceno Silva, j.6.12.07, DJMG 9.1.08

artigo 1º, III, da Constituição Federal- Decisão reformada para julgar procedente a pretensão dos apelantes- Recurso provido⁴⁶.

Ainda em relação à excepcionalidade da revogação da adoção, também já decidira o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que:

Tal excepcionalidade configura-se bem no caso concreto, onde o vínculo legal jamais se concretizou no plano fático e afetivo entre adotante e adotada, uma vez que esta nunca deixou a convivência de seus pais sanguíneos. Adoção que nunca atingiu sua finalidade de inserção da menor como filha da adotante. Deram provimento, por maioria⁴⁷.

4.4 Aspectos a serem observados a fim de se minimizarem revogações

Segundo reportagem veiculada na Revista Época⁴⁸, o estágio de convivência é indispensável para a adoção chegar a bom termo. É o chamado namoro entre a criança e os pais. É um período de troca, quando se formam os laços afetivos e se faz a escolha.

É necessário que pais e crianças sejam preparados para a adoção. Os adotantes devem saber sobre a situação física e psicológica da criança. Antes de ser enviada à família, a criança precisa se acostumar com a ideia de que terá um novo lar, muito diferente do abrigo. Na nova casa, ela deverá seguir novas regras.

“A prática nos mostra que ainda há defasagem entre o preparo dos adotantes e o que o Judiciário poderia fazer”, afirma Luiz Schettini, psicólogo pernambucano. “A estrutura dos abrigos dificulta preparar as crianças para sua nova vida,” afirma Schettini.

Nem sempre seguir as regras evita desastres. Afinal, a vida é uma incógnita. Não se sabe com certeza o que ela reserva para os pais e a criança, mas a preparação é, no mínimo, um ato responsável.

5 CONCLUSÃO

A vigente Constituição Federal assegura a todo ser humano o direito de continuar vivo e ter uma vida digna, a partir da afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, preceito a partir do qual se deve preservar a criança e o adolescente de

⁴⁶ Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível 2005.032504-8, julgada em 16.12.2005, relator o Des. Sérgio Izidoro Heil.

⁴⁷ AC 70003681699, de Porto Alegre, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 27.2.2002.

⁴⁸ MELLO, Kátia; YONAHÁ, Liuca Sociedade Adoção. O Lado B da Adoção. Época, 20 jul. 2009, p.94-95

uma adoção que seja capaz de colocá-los em risco de incolumidade física, mental e/ou psicossocial.

Costumam ocorrer entre pais e filhos adotivos problemas práticos de relacionamento dos quais pouco se fala e que não são suficientemente discutidos. Até porque esse tipo de situação, no cotidiano, acontece também na família biológica. Esses problemas, se não contornados com prudência e bom senso, podem determinar o sucesso ou o fracasso de uma adoção.

Muitas vezes, com a pressa em adotar, os problemas não são comentados. Além disso, o estágio de convivência, conforme já comentado, não se realiza em local apropriado e durante um tempo que seja hábil para se fazer uma real projeção do que será a vida em família, o que pode prejudicar ou mesmo frustrar expectativas de ambas as partes – adotante e adotado.

A diversidade e a dimensão de tais situações que podem implicar desde o despreparo ou arrependimento do adotante, perpassando por profunda insatisfação, atingindo até situações ainda não vistas ou comentadas, formam um universo de questões ainda muito obscuras e desconhecidas. São realidades sobre as quais nenhum tribunal foi chamado a decidir e que persistem no âmbito restrito em que nem mesmo o Estado tem permissão para se imiscuir – violando a privacidade –, a não ser que reflexos externos levem a crer que há risco, maus-tratos ou qualquer outra manifestação de que a adoção não atendeu aos princípios que se prestam a tutelar os interesses do adotando.

Tais situações podem criar verdadeiros entraves ao procedimento e manutenção do vínculo de adoção, e, em certos casos, dada a complexidade e a incompatibilidade entre a situação concreta e o ideal, há que se aplicar a técnica de ponderação de interesses. E nesses casos específicos, excepcionalmente, ainda que contrariando disposição legal, a revogação da adoção se mostra medida eficaz para proteger a criança ou adolescente. Trata-se de se sacrificar um bem jurídico infinitamente menor, que é a violação da norma do ECA, que prescreve a irrevogabilidade da adoção, em prestígio à integridade da criança ou adolescente, que se afigura, no caso concreto, a medida que melhor defende o interesse e a dignidade da criança ou adolescente.

Assim, certo é que muito melhor será uma adoção revogada a uma vida sacrificada por uma prescrição legal segundo a qual a adoção é irrevogável, pois os prejuízos suportados pelas pessoas envolvidas podem chegar a diminuir-lhes a

autoestima, subtraindo-lhes a alegria e até mesmo a vontade de viver, o que fere frontalmente o princípio basilar do ordenamento jurídico.

A ponderação é hoje uma técnica cada vez mais utilizada em todas as esferas jurisdicionais e assim será enquanto houver prudência judicial e bom senso em sua aplicação.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOECHAT CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco. **A afetividade como fundamento na parentalidade responsável**. IBDFAM, 16/11/2009, disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=566>, acesso em: 29 abr. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3. ed. rev. atual. Curitiba: Positivo, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, **Direito de família**. Volume 6, 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

INSTITUTO PERCEPÇÕES. **Progresso**: ação ou resultado de progredir. Disponível em: <http://www.percepcoes.org.br/artigos.asp?idarticulista=16>. Acesso em 24 abr. 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIANA, Cintia. **Psicologia e Adoção**. Disponível em: <http://psicologiaeadoacao.blogspot.com/2010/06/frase-de-lidia-weber.html>. Acesso em: 29 abr. 2011.

MELLO, kátia; YONAHÁ, Liuca. Sociedade Adoção. **O Lado B da Adoção**. In Revista Época, 20 jul. 2009.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.