



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CIVIL**

**ERIKA SOUZA CORRÊA OLIVEIRA**

**DERROTABILIDADE NA ADOÇÃO**

SALVADOR

2013

**ERIKA SOUZA CORRÊA OLIVEIRA**

## **DERROTABILIDADE NA ADOÇÃO**

Monografia apresentada a Especialização em Direito Civil da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do título de especialista, sob orientação do Professor Doutor João Glicério de Oliveira Filho.

SALVADOR

2013

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**ERIKA SOUZA CORRÊA OLIVEIRA**

**DERROTABILIDADE NA ADOÇÃO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de especialista em  
Direito Civil, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/2013

## RESUMO

A adoção é uma das formas de introdução do indivíduo no seio da família a fim de criar laços afetivos e vínculo jurídico. A disciplina normativa da atual Constituição Federal brasileira e da legislação infraconstitucional, em especial o Estatuto da Criança e do Adolescente, objetiva primordialmente a proteção do adotando, estabelecendo a regra da irrevogabilidade da adoção. Embora muitos princípios afetos a salvaguarda da pessoa humana e, de modo particular, das crianças e dos adolescentes estejam positivados através de leis, é imprescindível observar que as regras são elaboradas para o atendimento de situações gerais, fugindo à capacidade do legislador prever todos os eventos possíveis ante a irrefutável evolução. Contudo, existe um campo de exceções implícito nas regras jurídicas, que não pode ser ignorado. Por conseguinte, abre-se à atuação judicial a possibilidade de concretizar princípios constitucionais, derrotando a regra pré-estabelecida, mas sem extirpá-la do ordenamento jurídico. Neste passo, a adoção, como um vínculo jurídico irrevogável, nem sempre se mostra melhor solução ao adotado, frente ao caso concreto, o que impõe uma solução jurídica e judicial consentânea com a realidade, porém sem romper com a tripartição dos Poderes, sem tornar as exceções regras e com uso da técnica da ponderação e do princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Palavras-chaves: Adoção. Irrevogabilidade. Princípios constitucionais. Derrotabilidade.

## ABSTRACT

Adoption is one way of introducing the individual within the family in order to create emotional bonds and legally binding. The rules contained in the current Brazilian Constitution and constitutional legislation, particularly the Statute of Children and Adolescents, aims primarily to protect the adopting, establishing the rule of irrevocability of adoption. Although many principles affects the safeguarding of the human person, and in particular children and adolescents, are positivized through laws, it is essential to note that the rules are designed for the care of general situations, fleeing to the ability of the legislature to provide for all possible events, even in the face of irrefutable evolution. However, there is a field of exceptions implicit in the rules of law which cannot be ignored. Therefore opens up the possibility of judicial action to implement constitutional principles, defeating the pre-established rule, but without uprooting it from the land. In this step, the adoption as a legal bond or irrevocable always shows the best solution adopted, against the case, which imposes a legal solution legal and consistent with reality, though without breaking with the tripartite division of powers, without making exceptions rules and using the technique weighting and principle of proporcionality and reasonableness.

Keywords: Adoption. Irrevocability. Constitutional principles. Defeasibility.

**LISTA DAS PRINCIPAIS ABREVIATURAS**

AGT	- Agravo Interno
AI	- Agravo de Instrumento
AP	- Apelação Cível
AMS	- Apelação em Mandado de Segurança
AR	- Ação Rescisória
Câm. Cív.	- Câmara Cível
Câm. Ún.	- Câmara Única
CC/1916	- Código Civil de 1916
CC/2002	- Código Civil de 2002
CF/1988	- Constituição Federal de 1988
CJF	- Conselho da Justiça Federal
CPC	- Código de Processo Civil
ECA	- Estatuto da Criança e do Adolescente
ED	- Embargos de Declaração
Inf.	- Informativo de Jurisprudência
MS	- Mandado de Segurança
REsp	- Recurso Especial
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TC	- Turma Cível
TJAP	- Tribunal de Justiça do Estado do Amapá
TJDFT	- Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJES	- Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo
TJMG	- Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJPR	- Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
TJRJ	- Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJRS	- Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSC	- Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

TJSP	- Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF	- Tribunal Regional Federal
TRT	- Tribunal Regional do Trabalho

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>2 ADOÇÃO.....</b>	<b>4</b>
2.1 BREVE HISTÓRICO.....	4
2.2 CONCEITO.....	9
2.3 REQUISITOS DA ADOÇÃO.....	10
2.4 PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS.....	12
2.4.1 Normas Diretas.....	12
2.4.1.1 Igualdade entre filhos.....	12
2.4.1.2 Participação do poder público na adoção.....	13
2.4.2. Normas Relacionadas.....	14
2.4.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	14
2.4.2.2. Princípio da liberdade.....	15
2.4.2.3 Princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.....	16
2.4.2.4 Princípio da afetividade.....	17
2.5 LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.....	19
2.5.1 Princípio do Melhor Interesse da Criança.....	19
2.5.2 Doutrina da Proteção Integral.....	20
2.5.3 Norma da Real Vantagem da Adoção para o Adotado.....	23
<b>3 IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO.....</b>	<b>25</b>
3.1 CONTORNOS DA IRREVOGABILIDADE.....	25
3.2 DEFINIÇÃO DE REVOGAÇÃO.....	27
3.2.1 Revogação na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro.....	27
3.2.2 Revogação de Leis e Atos Jurídicos.....	28
3.3 ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DA ADOÇÃO.....	31
3.3.1 Análise da Revogação e suas Consequências.....	31
3.3.1.1 Revogação da regra da irrevogabilidade.....	31
3.3.1.2 Revogação do ato de adoção.....	32
3.3.1 Revogação da Adoção e o Poder Familiar.....	35
3.3.2 Revogação da Adoção e o Princípio da Separação dos Poderes.....	38
<b>4. DERROTABILIDADE.....</b>	<b>41</b>
4.1 DIFERENÇA ENTRE PRINCÍPIO E REGRA.....	41
4.2 NOÇÃO DE DERROTABILIDADE.....	42
4.3 DERROTABILIDADE NA ADOÇÃO.....	45
4.3.1 Irrevogabilidade e Princípios Concretizados pelo Legislador.....	45
4.3.2 Técnica da Ponderação e Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade.....	47
4.2.3 Argumentação Jurídica.....	52
4.3.4 Irrevogabilidade da Adoção como Regra Derrotável.....	54
4.3.5 Derrotabilidade e Revogação.....	59
4.3.5 Derrotabilidade e Medida Judicial Cabível.....	59
4.4 CASOS PRÁTICOS.....	63
<b>5. CONCLUSÕES .....</b>	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>69</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A filiação advinda da adoção, ao lado da retirada do ordenamento jurídico pátrio das diferenças havidas entre filhos consanguíneos e adotivos, é forma de inclusão do indivíduo na família, livre de preconceitos. No rigor da técnica, não há que se falar em filhos adotivos e naturais, já que, segundo a atual Constituição, todos são filhos sem o acréscimo de adjetivos. Na adoção se dá ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana, norteador de todo o sistema jurídico, cuja concretização ocorre com o atendimento de necessidades básicas do indivíduo e proteção de direitos essenciais à vida digna, inclusive à colocação no âmbito familiar com obediência ao princípio da isonomia.

Está no Estatuto da Criança e do Adolescente a impossibilidade de revogação da adoção, forma de proteção do adotado, que não fica ao alvedrio dos adotantes. Esta opção legislativa permite maior reflexão dos candidatos à adoção frente *a priori* indissolubilidade do vínculo. Diz-se *a priori*, pois conforme analisado, além de cabível a perda do poder familiar dos pais adotivos (que não se traduz em revogação da adoção), a exemplo do que ocorre com os genitores em relação aos filhos naturais, é a possível a quebra da adoção, ante a realidade fática e jurídica.

Por vezes, o desfazimento da adoção mostra-se caminho legítimo e consentâneo com o melhor interesse do adotado. Para isso, é necessária a superação da regra disciplinadora da irrevogabilidade da adoção, mas sem retirá-la do ordenamento jurídico dado que a vedação da revogação cumpre papel importante, que é a proteção do adotado, devendo ser respeitada.

Para solução do caso concreto, procura-se saída jurídica não prevista explicitamente na lei. Não é explícita porque o legislador não é capaz de prever todas as hipóteses possíveis de ocorrência na vida, nem é cabível lhe exigir esta postura, em razão da mutabilidade das coisas. Por isto, as leis são generalistas e abstratas, com ampla abrangência.

A descoberta de solução jurídica, levando em conta o melhor interesse do adotado e a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, para os casos concretos em que a regra expressa da proibição da revogação da adoção não resolve a controvérsia é o desafio. Não é possível a simples revogação, porque tal providência contraria o texto legal. Busca-se, então, a identificação da exceção implícita e a verificação da possibilidade de superar a regra. Apresenta-se aí a derrotabilidade na adoção, forma de superação da regra vigente e explícita de irrevogabilidade da adoção, face à exceção implícita na norma jurídica, que emergem dos fatos futuros.

Como a realidade é dinâmica, as exceções emergem a superfície, porque a adoção, na prática, nem sempre representa o ideal planejado. As situações reclamam providências e ao Judiciário cabe atender o apelo, cumprindo suas funções. Por conseguinte, a derrotabilidade na adoção objetiva o tratamento adequado dos fatos, situações, experiências e interpretações inicialmente impensadas, mas que se transmudam em exceção justificada e implícita na regra. Deixa-se de aplicar episodicamente a vedação da revogação para manter a proteção e garantia dos direitos do adotando, rompendo definitivamente seus vínculos com o adotante. Após a ruptura, o adotando pode reatar sua ligação com os pais biológicos, se se mostrar plausível e indicado, ou pode ser posto para nova adoção.

A análise da derrota da regra que veda a revogação da adoção é relevante, no aspecto jurídico, porque o desenlace da questão acontece através da própria norma, sem retirá-la da ordem legal vigente, mantendo seu texto e conteúdo, útil a proteção do adotando. No aspecto prático, é relevante porque solucionam casos difíceis, cuja permanência do liame jurídico com o adotante não é salvaguarda de direitos do adotando, a exemplo da ruptura da adoção para facilitar a identificação civil de prole oriunda de relação amorosa entre irmãos adotivos, fato concreto analisado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, e da quebra da adoção em razão do adotado ser vítima de maus tratos dos adotantes, a fim de dar solução pouco diversa da prolatada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que somente destituiu o poder familiar dos adotantes, pois aplicou a regra da irrevogabilidade da adoção.

Para desenvolvimento do tema, foi realizada ampla investigação de decisões judiciais acerca da adoção, seus efeitos e características, nos diversos tribunais do país. Consultou-se a doutrina, através de Manuais sobre o assunto. Pesquisaram-se artigos de Direito, que versam sobre adoção, princípios constitucionais, normas jurídicas, derrotabilidade e argumentação, e de Psicologia e História.

Enquanto este tópico apresenta a introdução deste trabalho, o item 2 aborda a adoção e seu histórico, com enfoque nos fatos recentes do Direito brasileiro. É abordado o conceito de adoção e seus parâmetros constitucionais, citando princípios diretamente ligados à medida e outros a ela relacionados, bem como os parâmetros infraconstitucionais, que concretizam a Constituição. O item 3 discorre sobre a irrevogabilidade da adoção, mostrando seu significado ao tempo em que diferencia a revogação de lei da revogação de ato jurídico, e faz o cotejo entre revogação e poder familiar e tripartição dos Poderes. Já o item 4 traz a diferenciação de princípios e regras, que são espécies de norma jurídica; aborda, também, o conceito de derrotabilidade e sua aplicação na adoção, além de realizar a construção jurídica indispensável ao seu apoio. Propõem-se seis pressupostos de incidência da derrotabilidade na adoção, em

nome do princípio da segurança jurídica, e indica a medida judicial cabível a viabilizar a superação da regra de irrevogabilidade da adoção. O item 5 expõe a conclusão do estudo, deixando claro que a derrotabilidade na adoção não é mera discricionariedade, mas proposta jurídica viável à solução de casos difíceis e que requer critérios para sua aplicação.

O tema aguça a curiosidade e provoca indagações sobre quais são os critérios e fundamentos da derrotabilidade na adoção e qual é a medida judicial cabível para reconhecer sua incidência. Pergunta-se se ao acolher solução contrária à regra explícita há de se falar em ofensa ao princípio da tripartição dos Poderes. Indaga-se se a destituição do poder familiar seria suficiente para salvaguardar os direitos do adotando. As respostas são apresentadas neste trabalho.

## 2 ADOÇÃO

A adoção é forma de colocação de indivíduo, sem ligação consanguínea direta, em lar substituto, tornando-o filho, sem distinção de qualquer natureza, para fixar vínculo jurídico e afetivo, decorrendo daí efeitos legais, como direito ao sobrenome e aos alimentos. A opção pela adoção é ato de responsabilidade e amor, pois envolve assunção de deveres, aquisição de direitos e cultivo de afeto. Os adotantes precisam acolher o adotando como filho, e este, por sua vez, precisa “adotar” os adotantes como pais, caso contrário há dificuldade na construção da relação.

A proteção integral da criança e do adolescente irradia seus efeitos na adoção. O adotando deve ser amparado moral, jurídica, psicológica e materialmente pelos adotantes. A fim de conscientizar das consequências do ato de adoção e para avaliar as reais condições de concretizar a medida, os adotantes são avaliados por equipe multidisciplinar e passa por um período de convivência com o adotando. Evitam-se incompatibilidades e rejeições de ambas as partes e permite-se a criação de conexão entre as partes, antes mesmo da consolidação da adoção.

### 2.1 BREVE HISTÓRICO

O ser humano é um ser gregário e a família sua expressão característica, base da sociedade. Neste passo, a adoção é forma de colocação do indivíduo em lar substituto para lhe garantir educação e desenvolvimento saudável e como diz Regiane Sousa de Carvalho Presot “a inclusão familiar é relevante para o adequado desenvolvimento humano. A família sempre foi e continua sendo base da sociedade”<sup>1</sup>. “Característica histórica enraizada no século XII, a transmissão de bens foi vista por alguns juristas portugueses como a principal função da adoção legalizada praticada no período anterior ao século XX”<sup>2</sup>. Na evolução, a adoção servia à satisfação de pessoas estéreis, impossibilitadas de ter prole natural, constituindo a procura de criança para uma família<sup>3</sup>.

Na vigência do Código Civil de 1916 a adoção objetivava a continuidade da entidade familiar, dando-se ênfase a figura do adotante. Na época, havia diferenciação entre os filhos,

---

<sup>1</sup> PRESOT, Regiane Sousa de Carvalho. A irrevogabilidade da adoção: um direito humano. *Revista Internacional de Direito Internacional e Cidadania*. v.5, n. 13, jun/12, p. 87-94. ISSN 1983-1811.

<sup>2</sup> MORENO, Alessandra Zorzetto. Adoção: práticas jurídicas e sociais no Império Luso-Brasileiro (XVIII-XIX). *História* [online]. 2009, vol.28, n.2, pp. 449-466. ISSN 1980-4369.

<sup>3</sup> COSTA, Nina Rosa do Amaral; ROSSETTI-FERREIRA, Maria Clotilde. Tornar-se pai e mãe em um processo de adoção tardia. *Psicol. Reflex. Crit.* [online]. 2007, vol.20, n.3, pp. 425-434. ISSN 0102-7972.

que só veio a ser sepultada definitivamente com a Constituição Federal de 1988. “A filiação adulterina era repelida pela lei. Natural que esse desfavor se refletisse nas interpretações dos textos legais que defendiam a família legítima”<sup>4</sup>. Deste modo, a classificação da filiação era dividida em filhos legítimos, legitimados e ilegítimos, os últimos subdivididos em espúrios (adulterinos e incestuosos) e naturais, conforme traz Maria Helena Diniz<sup>5</sup>. Quanto aos filhos adotivos, não contavam com direitos iguais aos dos filhos consanguíneos, oriundos do casal adotante de acordo com a legislação da época.

A entrada em vigor do antigo Código Civil de 1916 ocorreu numa sociedade marcada pelo individualismo, atividade rural, família formada pelo matrimônio e o patriarcalismo. A adoção era permitida aos maiores de 50 anos de idade, que não tivessem filhos legítimos ou legitimados. Com posterior alteração da lei, a adoção passou a ser autorizada aos maiores de 30 anos, ainda que possuíssem filhos. O vínculo jurídico era fixado somente entre o adotante e o adotado<sup>6</sup>, o que excluía este da sucessão hereditária se aquele tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos<sup>7</sup>. Em que pese tais restrições quanto ao vínculo jurídico e a herança, transferia-se aos adotantes o chamado pátrio poder, atual poder familiar. O adotado, todavia, mantinha ligação com a família biológica, dificultando sua total integração na família substituta.

A adoção era por escritura pública e passível de dissolução por acordo entre as partes ou por episódio de ingratidão do adotado em relação ao adotante, hipótese depois substituída para os casos em que admitida deserção. Também, era possível que o adotado se desligasse da adoção quando atingida a maioridade ou com a cessação da interdição (CC/1916 art. 373<sup>8</sup>). Se porventura o adotado não pedisse a dissolução do vínculo dentro de um ano, verificava-se a decadência. Repara-se que o direito concedido ao adotado olvidava de motivação, bastando manifestação volitiva para quebra do vínculo, de acordo com o CC/1916.

Deduz-se que a conexão entre o adotante e o adotado era tênue e frágil. A destruição do elo reclamava motivo justo ou ausência motivo, daí porque a declaração de vontade unilateral do adotado (quando atingida maioridade ou cessada interdição) ou o acordo firmado entre as partes era capaz de romper a adoção.

A Lei 4.655/65 trouxe ao ordenamento jurídico a legitimação adotiva, que se diferenciava da adoção estabelecida no CC/1916. É que, a legitimação adotiva voltava-se,

---

<sup>4</sup> ORLANDO, Gomes. Questões de direito civil, 3 ed., São Paulo, Saraiva, 1979, p. 226.

<sup>5</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v. 5, 14 ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 310.

<sup>6</sup> Art. 336, CC/1916.

<sup>7</sup> Art. 377, CC/1916, com redação dada pela Lei 3.133/1957.

<sup>8</sup> Art. 373 O adotado, quando menor, ou interdito, poderá desligar-se da adoção no ano imediato ao em que cessar a interdição, ou a menoridade.

precipuaente, ao infante exposto, ou seja, a criança em situação de risco. Era irrevogável e constituía-se através de sentença judicial, que era inscrita no Registro Civil, e consignava o nome dos adotantes e de seus ascendentes como pais e avós do adotado. A seguir, sobreveio a Lei 6.697/197 (Código de Menores), que revogou a Lei 4.655/65 e regulou a matéria ao lado do CC/1916. A legislação passou a contar com a adoção simples, disciplinada na codificação civilista da época, e com a adoção plena, normatizada no Código de Menores. A existência de dois tipos de adoção é didaticamente explicada por Carlos Roberto Gonçalves:

Ao lado da forma tradicional do Código Civil, denominada “adoção simples”, passou a existir, com o advento do mencionado Código de Menores de 1979, a “adoção plena”, mais abrangente, mas aplicável somente ao menor em “situação irregular”. Enquanto a primeira dava origem a um parentesco civil somente entre adotante e adotado sem desvincular o último da sua família de sangue, era revogável pela vontade das partes e não extinguiu os direitos e deveres resultantes do parentesco natural, como dito, a adoção plena, ao contrário, possibilitava que o adotado ingressasse na família do adotante como se fosse filho de sangue, modificando-se o seu assento de nascimento para esse fim, de modo a apagar o anterior parentesco com a família natural<sup>9</sup>.

Com a divisão antes apontada, na adoção plena o menor tornava-se, de forma irrevogável, filho legítimo dos adotantes para todos os efeitos legais e se rompia o liame com os pais biológicos, exceto no que concerne aos impedimentos para o casamento. Já a adoção simples estabelecia vínculo somente entre adotante e adotado, por meio de uma ligação não definitiva, pois sujeita a revogação<sup>10</sup>.

Com o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990, revogou-se o Código de Menores, consagrando o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, que é a “base de todos os direitos que são assegurados à criança, visa primordialmente retirá-la das situações de risco e colocá-la no convívio de famílias substitutas capazes de promover as condições básicas para o pleno desenvolvimento físico, emocional e intelectual”<sup>11</sup>.

Este microsistema, por ser legislação específica, prevalecia sobre as normas gerais da codificação anterior, regulando a adoção dos menores de 18 anos, fixando a ruptura da relação do adotado com seus pais biológicos e outorgando-lhe direito sucessório referente ao adotante. O ECA veio a lume em consonância com os ditames da atual Lei Maior, apelidada de Constituição Cidadã, que dispõe que é dever da família, da sociedade e do Estado, com

---

<sup>9</sup> GONGALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, v. 6, 8 ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 380.

<sup>10</sup> Adoção. Adoção simples. Dissolução do vínculo. Possibilidade. Legislação anterior ao ECA. A adoção simples, realizada em 1989, pode ser dissolvida nos termos da legislação anterior ao ECA (Lei 6697/79 e art. 374 do C Civil). Peculiaridades do caso, que recomendam o atendimento do pedido. Recurso conhecido e parcialmente provido (STJ, REsp 100195/SP, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j. 19.04.2001).

<sup>11</sup> PRESOT, Regiane Sousa de Carvalho. A irrevogabilidade..., op. cit.

absoluta prioridade, assegurar a criança e ao adolescente o convívio familiar e comunitário (CF/88, art. 227).

No período que vigoravam no ordenamento jurídico concomitantemente o CC/1916, a CF/1988 e o ECA, a doutrina apontou que a adoção posta na codificação voltava-se para adotados maiores de 18 anos e era revogável, enquanto que a posta no Estatuto servia para os menores e era irrevogável. Com a CF/88 e o ECA a adoção tornou-se irrevogável. Todavia, as decisões judiciais vacilam quanto à possibilidade de revogação ou dissolução de adoções pretéritas, ora entendendo pela possibilidade<sup>12</sup>, ora negando o desfazimento do vínculo<sup>13</sup>.

A seguir, promulgou-se o novo Código Civil, Lei. 10.406/2002, revogando o CC/1916. “Quando do advento do atual Código Civil, grande polêmica instaurou-se em sede doutrinária. O ECA regulava de forma exclusiva a adoção de crianças e adolescentes, mas a lei civil trazia dispositivos que faziam referência à adoção de menores”<sup>14</sup>. Mas, a Lei 12.010/2009, Lei Nacional da Adoção, corrigiu a antinomia e revogou 10 artigos do CC/2002, bem como deu nova redação aos artigos 1.618 e 1.619, modificando, também, dispositivos do ECA. Assim, o art. 1.618 limita-se a remeter a disciplina da adoção de crianças e adolescentes ao ECA e o art. 1.619 aduz que a adoção das pessoas maiores de idade se faz com assistência efetiva do Poder Público e mediante sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, o ECA.

A adoção requer a participação do Poder Judiciário e é constituída por meio de sentença constitutiva, que irradia seus efeitos a partir do trânsito em julgado, ressalvada hipótese de adoção póstuma, em que os efeitos começam a partir da data do falecimento do adotante. Sobre o assunto, Paulo Lôbo comenta:

---

<sup>12</sup> Família. Filiação. Adoção civil. Possibilidade de dissolução nos termos da lei. Art-48 do ECA inaplicável. Constituição Federal. Linha da natureza. Apelo provido. (TJRS, AP 596149294, 7ª Câmara Cív., rel. Des. Vasco Della Giustina, J. 23/10/1996).

<sup>13</sup> Revogação de adoção. A constituição Federal de 1988 trouxe, insculpido no parágrafo 6º, do artigo 227, a regra da igualdade entre os filhos, proibindo quaisquer discriminações relativas à filiação. Após, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8069), que regula a adoção dos menores de dezoito anos (art. 40), referiu, expressamente, a irrevogabilidade da adoção (art. 48). Diante da disposição constitucional, inserida no Capítulo VII, que trata da família, da criança, do adolescente e do idoso, e frente às regras do Estatuto da Criança e do Adolescente, a doutrina e a jurisprudência tem defendido a existência de duas espécies de adoção: uma, regida pelo Código Civil, aplicável aos nascituros e aos maiores de dezoito anos, e a outra, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a que se submetem os menores de dezoito anos. Àquelas regidas pelo código civil, aplicam-se as normas referentes ao desligamento e a dissolução da adoção, enquanto que, nas adoções submetidas ao Estatuto da Criança e do Adolescente, vige o princípio da irrevogabilidade. A adoção do menor de dezoito anos obedece ao Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 40) e é irrevogável. Os efeitos dessa legislação são imediatos, ou seja, atingem as adoções que foram constituídas preteritamente. Portanto, com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu o princípio da igualdade da filiação, que informou a regra da irrevogabilidade da adoção, incidente no caso dos autos. Apelação provida. (TJRS, AP 598017028, 7ª Câmara Cív., rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 23/09/1998).

<sup>14</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias, 8 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 483.

A sentença não produz efeitos retroativos, dado seu caráter constitutivo. Contudo, a lei abre exceção para a hipótese do falecimento do adotante, no curso do processo, e antes do trânsito em julgado. Retroage-se à data do falecimento. O óbito faz cessar a personalidade e nenhum direito pode ser atribuído ao morto, sendo razoável a retroatividade excepcional, no interesse do adotando<sup>15</sup>.

Sendo a adoção constituída por sentença, a maneira de desconstituí-la é novamente recorrendo ao Judiciário. Quanto a sua natureza jurídica, o Superior Tribunal de Justiça, no inf. n. 435, de 2010, diz que é sentença constitutiva e não homologatória, pelo que se sujeita a coisa julgada material e o meio conducente para o seu desfazimento é a ação rescisória, submetida a prazo decadencial<sup>16</sup>

Conclui-se que, no atual estágio legislativo, há semelhança na adoção de maiores e menores de idade. O adotado de qualquer idade ingressa na família substituta definitivamente, adquirindo o direito ao uso do sobrenome do adotante, bem como se desvincula da família de origem<sup>17</sup>, mas subsistem as proibições para o casamento. Não sofre diferenciações dos demais irmãos, se houver, em respeito ao princípio da isonomia na filiação (CF/1988 art. 227, §6<sup>o</sup><sup>18</sup>).

Os filhos adotivos têm direito sucessório, concorrendo em pé de igualdade com os demais herdeiros, nos moldes da lei. Embora a adoção seja sempre um ato jurisdicional<sup>19</sup>, a competência variará de acordo com a idade do adotando. O processo de adoção de crianças e

---

<sup>15</sup> LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias, 4 ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 291.

<sup>16</sup> Trata-se de REsp em que se discute a natureza jurídica da sentença proferida no processo de adoção: se constitutiva, produzindo coisa julgada material e só podendo ser rescindida por ação rescisória, ou se homologatória, não se sujeitando à coisa julgada material e podendo ser objeto de ação anulatória de atos jurídicos em geral, prevista no art. 486 do CPC. A Turma entendeu que a sentença proferida no processo de adoção possui natureza jurídica de provimento judicial constitutivo, fazendo coisa julgada material. Em sendo assim, a ação anulatória de atos jurídicos em geral, prevista naquele dispositivo legal, não é meio apto à sua desconstituição, só obtida mediante ação rescisória, sujeita a prazo decadencial, nos termos do art. 485 e incisos daquele mesmo código. Observou-se que classificar a sentença de adoção como de natureza meramente homologatória (não sujeita ao trânsito em julgado, à produção de coisa julgada material, tampouco ao prazo decadencial para sua desconstituição mediante ação rescisória) como quer o recorrente, ensejaria verdadeira insegurança jurídica, ao possibilitar o retorno do menor adotado, a qualquer tempo, ao *status quo ante* a adoção mediante simples ajuizamento de ação anulatória de atos jurídicos em geral. Isso afetaria, sem dúvida, direitos personalíssimos, tais como nome e filiação, inerentes à dignidade da pessoa humana do menor adotado. Diante disso, negou-se provimento ao recurso (STJ, REsp 1.112.265-CE, rel. Min. Massami Uyeda, j. 18.5.2010, Inf. 435).

<sup>17</sup> Art. 1.626: A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica concepitiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante (Enunciado 111 do CJF).

<sup>18</sup> §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.

<sup>19</sup> Art. 10: Não é admitida em nosso ordenamento jurídico a adoção por ato extrajudicial, sendo indispensável a atuação jurisdicional, inclusive para a adoção de maiores de dezoito anos (Enunciado 272 do CJF).

adolescentes tramita na Vara da Infância e Juventude, enquanto que a adoção de maiores de 18 anos corre perante a Vara de Família.

## 2.2 CONCEITO

A adoção é ato jurisdicional de colocação do indivíduo em lar substituto, rompendo-se os laços com os pais e parentes biológicos, criando nova identidade familiar ao indivíduo, que passa a integrar este núcleo como se filho natural fosse, com todos os direitos e deveres oriundos da filiação, tais como direito hereditário, direito a sobrenome e direito e dever de prestar alimentos. Maria Helena Diniz traz o seguinte conceito de adoção:

A adoção 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<sup>20</sup>.

Para Caio Mario da Silva Pereira “adoção é, pois, o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”<sup>21</sup>. Corroborando, Carlos Roberto Gonçalves traz que “adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”<sup>22</sup>. Nas lições de Paulo Lôbo, “adoção é ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, pois depende de decisão judicial para produzir seus efeitos. Não é negócio jurídico unilateral”<sup>23</sup>. E, Maria Berenice Dias, no seu Manual de Direito das Famílias, diz que é “ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. A adoção cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica”<sup>24</sup>.

Das definições extraídas dos doutrinadores, verifica-se que a natureza jurídica da adoção é de ato jurídico solene e complexo. É ato jurídico, porque os efeitos da manifestação volitiva são pré-fixados na lei. Solene, pois obedece a forma determinada para seu aperfeiçoamento e validade. E, complexo porque depende da vontade do adotante, do consentimento do adotando maior de 12 anos e dos seus pais ou do representante legal –

---

<sup>20</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso..., *op. cit.*, p. 346.

<sup>21</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, v.5, 5 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 220.

<sup>22</sup> GONGALVES, Carlos Roberto. Direito civil..., *op. cit.*, p. 376.

<sup>23</sup> LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias..., *op. cit.*, p. 273.

<sup>24</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito..., *op. cit.*, p. 483.

anuência dispensável se os genitores forem desconhecidos ou destituídos do poder familiar -, além do necessário aval jurisdicional, através de sentença constitutiva.

O ECA consigna no seu art. 47 que a adoção constitui-se por sentença judicial, daí se extrai substancial diferença da prática anterior. Isto porque, na vigência da antiga lei civilista, a adoção era por escritura pública, com caráter de negócio jurídico, já que sua dissolução poderia ocorrer com manifestação dos envolvidos, embora não por ato de terceiros<sup>25</sup>. Em que pese ainda exista doutrinadores que defendam a natureza contratualista da medida de adoção, “o melhor juízo está com os doutrinadores que afastam a adoção de uma relação contratual, porque as relações contratuais são fundamentalmente de conteúdo econômico, ao passo que o vínculo que a adoção estabelece é essencialmente moral”<sup>26</sup>.

Não sendo a adoção de caráter contratual, de acordo com entendimento consentâneo com a principiologia da matéria, nos moldes do art. 227, §5º, da CF/88 ela é assistida pelo Poder Público, independente da idade do adotado, tendo suas regras fixadas pelo legislador ordinário.

A adoção não mais estampa o caráter contratualista de outrora, como ato praticado entre adotante e adotado, pois, em consonância com o preceito constitucional mencionado, o legislador ordinário ditará as regras segundo as quais o Poder Público dará assistência aos atos de adoção<sup>27</sup>.

E, por fim, a adoção é ato personalíssimo (*intuito personae*), até porque envolve direitos da personalidade como nome e filiação. A adoção é realizada pelos envolvidos, sem substitutos. Justamente por isso, a adoção não se dá por meio de procuração.

### 2.3 REQUISITOS DA ADOÇÃO

A adoção é medida excepcional e irrevogável (ECA art. 39, §1º). O ECA estimula a permanência do indivíduo no seio família originária e a medida só se dá quando esgotadas as tentativas de manutenção do adotando na família natural ou extensa, formada por parentes consanguíneos. Não é admitida a adoção por ascendentes ou irmãos (ECA art. 42, §1º) e o adotante tem que contar com pelo menos 18 anos de idade, independentemente do seu estado

---

<sup>25</sup> Não tem legitimidade para propor dissolução de escritura pública de adoção, pessoa estranha ao vínculo da adoção mormente quando falecidos os adotantes, pleiteia-se invalidar o instrumento no bojo de Inventário (STJ, REsp 64403/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 15/12/1998).

<sup>26</sup> PRESOT, Regiane Sousa de Carvalho. A irrevogabilidade..., op. cit.

<sup>27</sup> GONGALVES, Carlos Roberto. Direito civil..., op. cit., p. 378.

civil (ECA art. 42, *caput*), bem como ser mais velho, no mínimo, 16 anos que o adotando (ECA art. 42, §3º).

Para adoção conjunta, é preciso que os adotantes constituam união estável ou estejam civilmente casados, com comprovação da estabilidade familiar (ECA art. 42, §2º). Se o casal estiver separado ou divorciado, é imprescindível o acordo quanto à guarda e ao regime de visita. O estágio de convivência deve ter início durante a união e o vínculo afetivo justifique a exceção (ECA art. 42, §4º). É possível, inclusive, guarda compartilhada, desde que benéfica ao adotando (ECA art. 42, §5º). Tudo isto para que o desequilíbrio do casal não o atinja.

O adotando é indivíduo vulnerável pelo abandono sofrido. O desajuste dos adotantes pode provocar maiores danos, com possível devolução do adotando. A devolução na adoção “é sentida como um segundo abandono, ou seja, a criança foi rejeitada ou abandonada pelos pais biológicos, e, num outro momento é novamente abandonada pelos pais adotivos, caracterizando um duplo abandono e resultando numa frustração imensa”<sup>28</sup>.

A adoção ocorre com a manifestação de vontade dos adotantes, do adotando maior de 12 anos e anuência dos pais ou responsáveis, salvo de desconhecidos ou destituídos do poder familiar (ECA art. 45). É precedida de estágio de convivência, acompanhada por equipe de interprofissional, com período de duração que a autoridade judiciária estabelecer e que será dispensado se o adotante já tiver tutela ou guarda do adotando com tempo suficiente para a constituição do vínculo (ECA art. 46). Caso as gestantes que expressem a vontade de entregar o filho à adoção são encaminhadas a Vara da Infância e Juventude (ECA art. 13, §1º).

O grupo de irmãos será colocado para adoção conjuntamente, evitando-se a quebra do relacionamento entre eles, exceto se tal providência representar risco ou exista outro motivo relevante (ECA art. 28, §4º). E a colocação em lar substituto estrangeiro somente ocorre mediante adoção é medida excepcional (ECA art. 31), o que demonstra a preferência pela permanência do indivíduo em solo nacional para que as raízes sejam mantidas.

A adoção ocorre através de pedido dos requerentes, formulado por petição quando os pais do adotando forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente com a colocação em família substituta, cujo processo corre perante a Vara da Infância e Juventude, se o adotando é menor, (ECA art. 166 e ss). Os efeitos da adoção se dão com o trânsito em julgado da sentença constitutiva, que será inscrita no registro civil mediante mandado judicial. O mandado será arquivado e se cancelará o registro original do adotado (ECA art. 47).

---

<sup>28</sup> MATTOS, M. P.; HERNANDES, M. A. F; ELOY C. B. Adoção e devolução: a criança devolvida. *Encontros na Psicologia* [online]. 2011, 1 ed., pp. 129-140. ISBN: 978-85-61986-24-7.

## 2.4 PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal é o norteador de todo o sistema jurídico nacional cuja normatividade infraconstitucional guarda compatibilidade. A Constituição, como não poderia deixar de ser, exerce influência no Direito Civil. Nas palavras de Pedro Lenza:

Sob essa perspectiva, especialmente diante do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento a República Federativa do Brasil e princípio-matriz de todos os direitos fundamentais (art. 1º, III, da CF/88), parece mais adequado, então, falar em um direito civil-constitucional, estudando o direito privado à luz das regras constitucionais e podendo, inclusive, em muitos casos, reconhecer a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas (...)<sup>29</sup>.

O Direito Civil Constitucional exsurge da percepção unitária do Direito. Não apenas o Código Civil, mas as leis infraconstitucionais, de modo geral, devem ser interpretadas segundo a Constituição Federal, e não o contrário. Assim, é possível identificar os parâmetros constitucionais que embasam a adoção. Aqui, os parâmetros constitucionais foram divididos em normas diretas, aquelas que tratam diretamente da matéria, e normas indiretas, aquelas que, embora não tratem explicitamente do assunto, irradiam seus efeitos na adoção.

### 2.4.1 Normas Diretas

A Constituição pouco consignou acerca da adoção, relegando à legislação ordinária a disciplina do instituto. Embora escassa a normatividade direta, tais parâmetros constitucionais são importantes porque retratam a evolução do Direito que acompanha a mudança social. São eles: igualdade entre os filhos e participação do poder público na adoção. Enquanto o primeiro visa à eliminação de diferenças na filiação, surgindo a reboque de uma sociedade que exige igualdade substancial de direitos; o segundo ampara o adotando, através da participação do Judiciário, Ministério Público e equipe de interprofissionais a serviço da Justiça da Infância e Juventude no processo de adoção.

#### 2.4.1.1 Igualdade entre filhos

---

<sup>29</sup> LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p.54.

A Lei Maior, no capítulo VII, que trata “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, fez constar no art. 227, §6º, o princípio da isonomia na filiação. Sejam os filhos advindos ou não da relação de casamento e união estável, ou por adoção, todos são iguais, veda-se qualquer discriminação. Tal norma é repita no CC/2002, art. 1.596: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

No particular, o constituinte quis banir do ordenamento o tratamento privilegiado concedidos aos ditos filhos legítimos, em prejuízo dos chamados filhos adotivos e ilegítimos. Promoveu-se a igualdade na filiação em direito e deveres. “A total igualdade de direitos entre os filhos biológicos e os que foram adotados demonstra a opção da ordem jurídica brasileira, principalmente constitucional, pela família socioafetiva”<sup>30</sup>. Não é permitida qualquer interpretação que leve à conclusão contrária, sob pena de subversão da ordem legal.

O princípio da isonomia da filiação representa a mudança da sociedade e evolução do Direito de Família. Se antes a família era constituída pelo casamento, atualmente é aceita a união estável, inclusive a homossexual, e a família monoparental, formada por qualquer dos pais e sua prole. “A partir da Constituição de 1988, e consolidada no Código Civil de 2002, a família assumiu um novo sentido na legislação, pois foram reconhecidas outras formas de constituição familiar”<sup>31</sup>. Os pais passaram a ser iguais na condução da prole (CF art. 229º), alterando-se o nome pátrio poder (poder paternal) para poder familiar (poder dos pais). A igualdade teceu seus efeitos sobre os filhos, que não são mais diferenciados. Respeita-se o indivíduo pelo que é, e não pela sua origem, sexo ou orientação sexual.

#### 2.4.1.2 Participação do poder público na adoção

O §5º do art. 227 da Carta Magna dispõe que a adoção será assistida pelo Poder Público. A norma constitucional provoca uma mudança completa na sistemática anterior. Se antes a adoção era realizada por escritura pública (ato jurídico extrajudicial), agora somente é possível com participação jurisdicional.

Para fazer valer o comando constitucional, o legislador fixou o procedimento de adoção no ECA e consignou que se dará por meio de sentença constitutiva. A adoção é feita por processo judicial em que há participação do Ministério Público e é colhida a concordância

---

<sup>30</sup> LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias..., *op. cit.*, p. 273.

<sup>31</sup> ZARIAS, Alexandre. A família do direito e a família no direito: a legitimidade das relações sociais entre a lei e a Justiça. *Rev. bras. Ci. Soc.* [online]. 2010, vol.25, n.74, pp. 61-76, ISSN 0102-6909.

do adotando maior de 12 anos. A adoção é analisada e decidida pelo Judiciário, afastando a possibilidade de ocorrer extrajudicialmente ou por escritura pública, o que angaria maior estabilidade a medida, que é confirmada pela opção legislativa da irrevogabilidade. Regiane Sousa de Carvalho Presot ao falar sobre a adoção à luz do princípio da proteção integral da criança, diz que a medida deverá ser assistida pelo poder público:

A adoção deverá ser assistida pelo poder público, sendo que se constitui por sentença judicial e somente poderá ser anulada, no caso de ofensa ao princípio da proteção integral do menor e nunca na conveniência dos adotantes, pois neste caso haverá destituição do poder familiar, permanecendo todos os direitos decorrentes da filiação, tais como alimentos e herança<sup>32</sup>.

A participação do poder público permite maior controle, fiscalização, preparação dos envolvidos e evita a convivência com o tráfico de pessoas, já que a adoção obedece a rito próprio. O procedimento da adoção é estabelecido pelo ECA e viabilizado pelo poder público.

#### 2.4.2 Normas Relacionadas

A textura aberta da CF/1988 é identificada pelos princípios constitucionais que abriga, entre eles, alguns possuem maior aproximação com a adoção. As normas relacionadas são os princípios constitucionais que despejam seus efeitos na colocação adotando em lar substituto. Encontram-se dignidade da pessoa humana, que norteia o ordenamento pátrio; liberdade, pois a adoção é uma escolha, tanto dos adotantes, quanto do adotando e seus pais ou responsáveis, quando conhecidos e detentores do poder familiar; razoabilidade e proporcionalidade, vez que a adoção deve ser medida adequada para o caso; princípio da afetividade, que traz o dever de cuidado com o adotando. Porém, atenção para o fato de que outros princípios, a exemplo da segurança jurídica e da solidariedade familiar, também repercutem na adoção.

##### 2.4.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil o art. 1º, III, da CF/1988, lista a dignidade da pessoa humana. O fundamento coloca o ser humano em papel de destaque na existência do Estado, sem o qual não existiria. O princípio diz que o ser humano deve ser respeitado por todos, em razão da sua própria existência e condição, o que abarca um núcleo intangível que se irradia por diversos setores. “Dignidade da pessoa a considerar em si e por

---

<sup>32</sup> PRESOT, Regiane Sousa de Carvalho. A irrevogabilidade..., op. cit.

si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira”<sup>33</sup>. Nas lições de Alexandre de Morais:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre *sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*<sup>34</sup>.

A dignidade da pessoa humana é valor constitucional superior. “A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional”<sup>35</sup>. Este princípio, como postulado essencial da ordem constitucional, vincula o Estado para respeitar a proteção do indivíduo.

Este núcleo axiológico tem tripla dimensão normativa nos dizeres de Marcelo Novelino ao citar Canotilho. Ou seja, é um postulado normativo interpretativo, pois auxilia na exegese e aplicação de normas; um princípio, porque promove valores indispensáveis à vida; uma regra, que deve ser observada no caso concreto.

Na adoção, a dignidade da pessoa humana se expressa nos envolvidos, adotante e adotado. Por estar o adotado em posição de vulnerabilidade, como consequência inerente da fragilidade de sua conexão com os pais biológicos, sua colocação em família substituta há de ser a melhor escolha. O qualitativo precisa estar presente tanto na formação do vínculo adotivo, bem como no decorrer da relação. Quanto aos adotantes, está presente no respeito de seus direitos, afinidade com os candidatos à adoção (adotando) e a necessidade de preparação para medida. Estas são uma das formas de manifestação do princípio.

#### 2.4.2.2 Princípio da liberdade

O princípio da liberdade é direito de primeira geração que compreende não só a liberdade locomoção, como também a de crença, reunião, associação, pensamento e outras.

---

<sup>33</sup> PRESOT, Regiane Sousa de Carvalho. A irrevogabilidade..., *op. cit.*

<sup>34</sup> MORAES, Alexandre de. Direito constitucional, 13ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 50.

<sup>35</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito..., *op. cit.*, p. 62.

Ante sua importância, este princípio é consagrado no caput do art. 5º da Constituição Federal e repetido, nas suas múltiplas dimensões, nos incisos do dispositivo.

Reforçando, o legislador infraconstitucional, no art. 3º do ECA, garante às crianças e aos adolescente todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e as oportunidades que lhes proporcione o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. E o art. 4º obriga a família, a sociedade e o poder público respeitar à liberdade desses indivíduos, traz o diploma:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O princípio da liberdade, no contexto da adoção, se manifesta na escolha feita pelo adotante da criança que tomará como filho e do adotando, principalmente os maiores de 12 anos, na anuência da medida. Ainda, a liberdade continua a animar a relação, enquanto durar. Por óbvio, a liberdade se sujeita a ponderação, não podendo ser invocada a ponto de provocar desestabilização das relações e ofender a segurança jurídica.

#### 2.4.2.3 Princípio da proporcionalidade e razoabilidade

Além das normas explícitas, a Constituição contempla princípios implícitos<sup>36</sup>. O princípio da proporcionalidade e razoabilidade é princípio implícito, com aplicação em todos os ramos do Direito. “Independentemente de sua expressa referência no texto da Constituição, o princípio da proporcionalidade deve ser invocado em todos os ordenamentos em que consagram os direitos fundamentais e o conceito de Estado de Direito”<sup>37</sup>. Há doutrinadores que igualam princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade, tendo-os por sinônimos, por vezes chamando-os de princípio da proibição de excessos. Outros os diferenciam, trazendo a fundamentação desta opção.

Diferenciando-os, o princípio da razoabilidade é aferido no contexto de meios e fins. Refere-se à legitimidade da eleição dos fins pelos quais o Estado atua. Por outro lado, aprecia-

---

<sup>36</sup> Além dos princípios explícitos, a Carta da República abrange também os implícitos, entre os quais estão o da razoabilidade, o da proporcionalidade, aplicáveis ao caso concreto (STF, AI 764423/SE, rel. Min. Marco Aurélio, j. 30.04.2012).

<sup>37</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p.115.

se a proporcionalidade pela ideia de adequação. Observa-se se os meios são necessários, adequados e proporcionais aos fins escolhidos. O Estado justifica racionalmente sua atuação, enquadrando-a nas regras e princípios abraçados pela CF/1988. E a proporcionalidade indaga se o ato estatal é adequado e necessário à finalidade, ao objetivo, pretendido, ao tempo em que promove o cotejo de bens, direitos ou interesse, protegidos e atingidos pela atuação estatal. Diferente da razoabilidade, na proporcionalidade sempre haverá duas grandezas em balanço constitucionalmente consagradas.

A proporcionalidade ordena a harmonização de interesses constitucionais, a fim de provocar justa decisão na hipótese de tensão entre direitos. “Tudo que é proporcional o é em relação a algo”<sup>38</sup>. Ele contém elementos constitutivos para que a comparação se dê por critérios prévios. Os elementos do princípio da proporcionalidade são três: adequação; necessidade; e proporcionalidade em sentido estrito. Na adequação verifica-se a utilidade da medida, ou seja, se o meio trazido é apto e compatível à solução. A necessidade é a análise da exigência ou indispensabilidade da medida adotada. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação de valores.

O fato é que proporcionalidade e razoabilidade se enlaçam e são parâmetros para verificação da constitucionalidade de atos e normas jurídicas. Considerando que o campo de aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade atinge todos os ramos do Direito, não é diferente com a adoção, que se localiza no ramo do Direito Civil. Ele incide na escolha da constituição ou não do vínculo adotivo e sua manutenção. Com amparo no melhor interesse do adotando e da dignidade da pessoa humana, o uso do princípio em pauta desencadeia o exame do caso concreto não pelo simples viés da aplicação fria da lei, mas na busca da solução adequada com fulcro na técnica de ponderação.

#### 2.4.2.4 Princípio da afetividade

É certo que as relações interpessoais são embaladas por simpatias e antipatias. O mote dos relacionamentos é o afeto, exteriorizado pelas ações. E, diante da mudança nos paradigmas do Direito, transmudando-se o foco do patrimônio e da legalidade pura para o respeito à pessoa humana como condição primordial, impossível ignorar o afeto como valor jurídico a ser honrado, principalmente na família.

---

<sup>38</sup> Idem, p.106.

O princípio da afetividade não se sustenta só na doutrina, também nas motivações do STJ: “o que deve balizar o conceito de “família” é, sobretudo, o princípio da afetividade, que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”<sup>39</sup>. Dispõe ainda o tribunal: “o elo de afetividade determinante para a assunção voluntária da paternidade presumidamente legítima pelo nascimento de criança na constância do casamento não invalida a relação construída com o pai socioafetivo ao longo do período de convivência”<sup>40</sup>. Pelo teor dos julgados, vê-se que o tribunal pátrio reconhece aquilo que é vivenciado no cotidiano, que os laços familiares são firmados com a convivência, solidariedade e afeto, e não por exclusiva ligação biológica, patrimonial ou jurídica.

Importa conhecer de onde brota o princípio da afetividade. Na doutrina de Paulo Lôbo, Flávio Tartuce e Maria Berenice Dias o princípio da afetividade é princípio implícito da Constituição Federal. Basta simples leitura da Lei Maior para verificar que não constam as expressões afeto e afetividade no seu texto. Mas, Paulo Lôbo enumera seus fundamentos jurídico-constitucionais que asseguram implicitamente sua existência, são eles: art. 227, §6º, que traz a igualdade entre os filhos; art. 227, §§5º e 6º, dispondo que adoção é uma opção afetiva; e art. 226, §4º, previsão da família monoparental, incluídos os filhos adotivos, que conta com proteção constitucional.

A noção de afetividade não deixa de permear a atual família eudemonista. Nela há o abandono ou desprendimento da família estritamente formal, cuja projeção mais visível é o casamento, para abraçar o afeto, a felicidade e o desenvolvimento da individualidade como características primordiais.

O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do §8º do art. 226 da CF: *o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram*<sup>41</sup>.

O Direito atual alberga valores essenciais ao pleno desenvolvimento do indivíduo na condição de pessoa humana, dentre eles o afeto (princípio da afetividade) e a felicidade (princípio eudemonista). “O desafio que se coloca aos juristas, principalmente aos que lidam

---

<sup>39</sup> STJ, REsp 945.283/RN, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15/9/2009.

<sup>40</sup> STJ, REsp 922462/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 04/04/2013.

<sup>41</sup> Carlos Eduardo Pianovski *apud* Maria Berenice Dias. Manual de direito das famílias, 8 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 55.

com o direito de família, é a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica, a ela subordinando as considerações de caráter biológico ou patrimonial”<sup>42</sup>.

Especificamente quanto ao princípio da afetividade, é importante destacar que “*o afeto não se confunde necessariamente com amor. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio*”<sup>43</sup>. Ambos podem estar presentes nas relações. Mas, o afeto, na concepção jurídica, garante a existência de um núcleo mínimo concernente ao cuidado, à conformação psicológica e repercussão social<sup>44</sup>.

No instituto da adoção, o convívio familiar e construção da solidariedade, mais do que o vínculo jurídico que une adotante e adotado, são as molas propulsoras para a realização e manutenção da relação. A desobediência ao princípio em voga, com quebra do afeto, há de ser aferida à luz da proteção da criança e do adolescente, a bem da observância das reais vantagens da adoção para o adotado.

## 2.5 LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Este tópico restringe-se a averiguar, na legislação infraconstitucional - ECA e Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança -, quais das premissas que tangenciam a adoção e que devem ser respeitadas para tornar a colocação em família substituta à escolha adequada, são elas: princípio do melhor interesse da criança; doutrina da proteção integral; e norma da real vantagem da adoção para o adotado.

### 2.5.1 Princípio do Melhor Interesse da Criança

*Prima facie*, destaca-se a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança que dispõe no art. 3<sup>a</sup> que os tribunais, o legislativo e as autoridades atenderão o primordial interesse da criança na tomada de medidas à elas relativas. “*Afirma assim a vinculação imediata dos poderes públicos, seja do Executivo, Legislativo ou Judiciário, ao princípio do melhor interesse da criança*”<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/527>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

<sup>43</sup> TARTUCE, Flavio. O princípio da afetividade no direito de família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/859>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

<sup>44</sup> REsp 1159242/SP.

<sup>45</sup> PEREIRA, Tânia da Silva, Da adoção. In: Direito de família e o novo código civil. DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo d Cunha (Coord.). 3<sup>a</sup> ed. rev. e atual, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 157.

Em que pese à adoção não se limitar às crianças e adolescentes, pois é plenamente cabível aos maiores de 18 anos, é importante, quando da fixação do vínculo adotivo, que seja enfatizado o melhor interesse da criança<sup>46</sup>. É que, a colocação da criança no novo lar deve ser providência satisfatória, na qual os laços afetivos se solidificam.

A adoção de apenas um dos irmãos, desfazendo a convivência com os demais, ainda que esta convivência se dê em instituição de acolhimento, poderá não atender o princípio do melhor interesse da criança. Tanto é assim que o § 4º do art. 28 do ECA insculpe que os grupos de irmãos serão colocados conjuntamente para adoção, salvo risco de abuso ou outra situação que justifique providência diversa, evitando-se o rompimento definitivo dos vínculos fraternais.

Ao tratar especificamente da adoção, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança determina no seu art. 21 que se considerará o primordial interesse da criança. Ainda, determina que a adoção da criança seja concedida somente por autoridades competentes, em vista da situação jurídica dos pais, parentes e representantes legais do menor, e que caso necessário haja anuência das pessoas interessadas na medida. O prioritário interesse da criança é ponto de partida para a adoção, que ocorrerá com a participação do Poder Público e autorização dos representantes legais, quando preciso.

### 2.5.2 Doutrina da Proteção Integral

O ECA inicia a disciplina no art. 1º dizendo que “esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. Já o art. 2º conceitua criança, dipondo que é pessoa até 12 anos incompletos, e adolescente, pessoa de 12 a 18 anos de idade. Este arcabouço normativo concebe que a criança e o adolescente são sujeitos de direito, dizendo o art. 3º que eles gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Sobre o assunto ensina Wilson Donizeti Liberati:

A doutrina da proteção integral:

- a) É a orientação legal prevista no art. 227 da CF e arts. 1º e 2º do ECA, que reconhece e assegura a todas as crianças e adolescentes, de 0 a 18 anos de idade, todos os direitos previstos na legislação pátria.

---

<sup>46</sup> Apelação cível. Destituição do poder familiar. Maus tratos. Procedência. A adoção não pode ser desfeita por mero arrependimento dos pais adotivos. Contudo, provados os maus tratos e não se vislumbrando possibilidade de que a relação entre adotada e adotantes possa ser restabelecida de modo saudável, não há como deixar de reconhecer que o melhor interesse da menor é mesmo a destituição do poder familiar e a tentativa de recolocação em família substituta. Caso em que a sentença de destituição do poder familiar vai mantida. Negaram provimento. (TJRS, AP 70047693759,8ª Câmara Cív., rel.:Des. Rui Portanova, j. 28/06/2012).

b) A doutrina da proteção integral considera crianças e adolescentes como sujeitos dos direitos individuais, próprios de sua idade em respeito ao seu desenvolvimento<sup>47</sup>.

A proteção integral visa o crescimento saudável da criança e do adolescente com amparo físico, moral, intelectual, psicológico, social e espiritual, abrangendo visão global do indivíduo em formação.

O princípio do maior interesse ou da proteção integral do menor, base de todos os direitos que são assegurados à criança, visa primordialmente retirá-la das situações de risco e colocá-la no convívio de famílias substitutas capazes de promover as condições básicas para o pleno desenvolvimento físico, emocional e intelectual. Ademais, para alcançarem essas condições favoráveis, as crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade familiar e social precisam de um lar em que seus direitos sejam respeitados, já que sozinhos não são capazes de lutar por sua implementação<sup>48</sup>.

“A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os fazem destinatários de um tratamento especial”<sup>49</sup>. A doutrina da proteção integral se traduz nos amplos mecanismos voltados à tutela da criança e do adolescente.

No mais, não há como dissociar a proteção integral do instituto da adoção, porque este princípio incide por todo ECA. A proteção integral<sup>50</sup> se revela no amparo prestado ao adotado no momento da colocação em família substituta e acompanhamento da convivência familiar. Os postulantes à adoção obtém apoio interprofissional, que tem por fim esclarecê-los sobre os efeitos e a irrevogabilidade da adoção e verificar suas condições para adoção. Também participam do processo o Ministério Público e o próprio Judiciário. Neste passo ressalta o papel do psicólogo no acompanhando da adoção:

Esgotadas as possibilidades de reinserção familiar, a legislação determina agora a preparação das crianças e dos adolescentes cadastrados para adoção e das famílias que se candidatam nas Varas da Infância e da Juventude no país. Isso tornou estratégico o papel do psicólogo no processo da adoção de criança. Agora, o trabalho de psicólogos e assistentes sociais não se restringe às análises psicossociais

---

<sup>47</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da Criança e do Adolescente*, 2 ed., São Paulo, Rideel, 2008, p. 16.

<sup>48</sup> PRESOT, Regiane Sousa de Carvalho. *A irrevogabilidade...*, *op. cit.*

<sup>49</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito...*, *op. cit.*, p. 68.

<sup>50</sup> Estatuto da criança e do adolescente. Adoção. Proteção integral. Ausência de condições da família biológica. Colocação em família substituta. Sentença mantida. 1. Os interesses da criança são tutelados numa amplitude que extrapola a simples carência de recursos materiais, sendo ainda considerados os aspectos biopsicossociais dos integrantes da família e sua estrutura. A proteção integral da criança sobressai diante dos direitos da família biológica. 2. Constatado, tanto pelo parecer técnico quanto pela prova testemunhal, que a mãe biológica efetivamente não reúne condições para promover a proteção e bem-estar da infante, ao contrário da família substituta, na qual a menor já se encontra perfeitamente adaptada, é de ser mantida a sentença que concedeu a adoção. 3. Recurso conhecido e não provido. (TJDFT, AP 64536620058070001, 2ª TC, rel. Min. Jesuíno Rissato, j. 01/07/2009).

das famílias candidatas à adoção, mas envolve uma preparação que se estende ao período pós-adoção<sup>51</sup>.

Este aparato se presta a proteger o adotando e evitar uma futura rejeição pelos pais adotivos, ensejadora de prejuízos emocionais. Pode acontecer que os pais adotivos queiram devolver do adotados, já que não é prole biológica. A devolução na adoção demonstra ausência de sensibilidade e afeto dos adotantes. Os adotados são “pessoas e não de objetos passíveis de devolução, mas existem pais que não compreendem a extensão e a importância que advém de uma adoção, legalmente irrevogável”<sup>52</sup>. A devolução provoca danos de diversas ordens, morais, psicológicos, materiais e outros, o que tem ensejado o reconhecimento pelos tribunais pátrios do direito à indenização em favor do adotado<sup>53</sup>. A adoção impõe-se como uma escolha séria, vez que envolve indivíduos com histórico de rejeição.

A doutrina da proteção integral não tem o condão de extirpar da realidade os riscos inerentes à adoção. Contudo, os cuidados que embalçam o procedimento, oriundos da opção legislativa, postos em prática, tem a vantagem de minimizá-los e proteger o infante e o adolescente.

Demonstrando a escolha do legislador em preservar tais indivíduos, o art. 5º do ECA diz que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”. As atitudes vedadas pela regra são voltadas aos pais biológicos, aos adotantes, aos representantes legais e as pessoas que detenham, de alguma forma, sob sua guarda ou responsabilidade criança ou adolescente. Como reprimenda aos infratores, o ECA comina sanções administrativas, penais e civis, a exemplo da destituição do poder familiar.

E, para fazer valer normas como a suscitada, o ECA, no art. 6º, disciplina regra de hermenêutica que diz: “levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências

---

<sup>51</sup> ALMEIDA, Beth; BRAGA, João Paulo; MARQUES, Márcia; FUENTE, Rogério dy la. Mudança de foco nos processos de adoção reforça papel do psicólogo. *Revista Diálogos: Psicologia, Ciência e Profissão*, ano 9, n. 8, out/12, p. 36.

<sup>52</sup> MATTOS, M. P.; HERNANDES, M. A. F.; ELOY C. B. Adoção... *op. cit.*

<sup>53</sup> Ação civil pública. Indenização. Danos morais e materiais. Adoção. Devolução do menor. Responsabilidade civil dos pais adotivos configurada. Tendo os pais adotivos abandonado o menor, devolvendo-o ao abrigo, não tendo demonstrado sequer um mínimo de esforço para reaproximarem da criança, patente o dever de indenizar, não só porque o filho foi privado do convívio de seus pais mas, primordialmente, de sua irmã de sangue de quem sente muita saudade. Negligenciando os requeridos na criação e educação do adotado, mormente, por terem ciência de que a adoção somente foi concedida, para possibilitar o convívio de irmãos, ferindo, assim, o princípio constitucionalmente assegurado, da dignidade da pessoa humana, cabe-lhes indenizar a criança pelos danos sofridos. (TJMG, AP 1.0702.09.568648-2/002, 8ª Câm. Civ., rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 10/11/2011).

do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”. O artigo deixa claro que a busca pelo significado e alcance da norma não se faz com a leitura literal dos dispositivos. É patente que a exegese parte do entendimento gramatical da norma, mas a ela não se restringe. Na análise, considera-se sua finalidade, adaptando-a a realidade social. Ademais, dois fatores ressaltam: i) a visão sistemática, por ser necessário observar os direitos e deveres individuais e coletivos; e ii) a condição peculiar da criança e adolescente como pessoas em desenvolvimento, o que significa que sua formação não está completa.

### 2.5.3 Norma da Real Vantagem da Adoção para o Adotado

Consta no art. 43 do ECA que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Percebe-se que o texto traz dois conceitos jurídicos indeterminados, *reais vantagens* e *motivos legítimos*. Isto porque tais expressões são vagas e imprecisas, o que acarreta dúvida nos seus significados, muito embora a consequência dos seus descumprimentos já esteja definida na lei, qual seja indeferimento da adoção.

A norma não estabelece *a priori* o significado dos pressupostos de aplicação e o magistrado, diante dos fatos, efetua o preenchimento valorativo. O axioma referente às *reais vantagens* e os *motivos legítimos* é aferido ante a realidade levada a análise do Judiciário. Isto porque, não é possível, de antemão, determinar-lhes a extensão denotativa.

Da exegese do artigo se extrai que a adoção não ocorrerá porque o adotando é órfão, tenha pais desconhecidos ou destituídos por poder familiar. Para a concretização da medida, a adoção deve ser a melhor opção. A colocação em lar substituto há de representar a alternativa financeira, emocional e psicológica mais adequada, para não se transformar em experiência traumática.

De outro lado, a adoção não pode se imbuir de motivação espúria, nem acontecerá quando a família substituta não se mostre compatível com a medida (ECA art. 29) ou somente porque a família natural possui poucos recursos<sup>54</sup>, o que reclamará a assistência do Estado de

---

<sup>54</sup> Apelação. Direito de família. Adoção. Criança inserida no âmbito da família substituta. Interesse do menor. Possibilidade. Inteligência do art. 43 do ECA. Princípio constitucional da máxima proteção à criança e da dignidade da pessoa humana. Recurso desprovido. A falta de recursos materiais não constitui pressuposto para a destituição do poder familiar, medida extrema a ser apurada em procedimento judicial amplo e irrestrito. Todavia, conforme orientação jurisprudencial dos tribunais pátrios o mesmo não ocorre acerca da carência de amor, afeto, atenção, cuidado, responsabilidade, compromisso e proteção para com o menor, pois tais sentimentos são imprescindíveis para o seu pleno desenvolvimento, especialmente se este já se encontra inserido

acordo com a lei (ECA art.23). A adoção obedece aos parâmetros definidos no art. 43 do ECA, ainda que os conceitos ali apontados sejam indeterminados. Não é o abandono ou os maus-tratos dos pais biológicos que desencadeará automaticamente a adoção. É preciso que os candidatos a pais adotivos mostrem-se compatíveis com a responsabilidade e que haja construção afetiva favorável ao adotado.

Em síntese, para a prolação de sentença constitutiva de adoção é imprescindível que a escolha pela família substituta satisfaça os interesses do adotado. As *reais vantagens* e os *motivos legítimos*, em que pese ganhem densidade na apreciação casuística e concreta, trazem uma ideia, mesmo que inexata, de que a adoção deve ser benéfica ao adotado, em todos os sentidos.

---

em outra família, sendo certo que a adoção deve ser deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos (art. 43, do ECA), o que efetivamente é o caso dos autos. (TJMG, AP 1.0309.04.004465-8/001, 6ª Câm. Cív., rel. Des. Edilson Fernandes, j. 17/07/2007).

### 3 IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO

O ECA dispõe que a adoção é irrevogável. Significa que, adotando um indivíduo, os adotantes firmam elo indissolúvel com o novo filho. É importante contextualizar a vedação da revogação da adoção e a que ela se presta.

#### 3.1 CONTORNOS DA IRREVOGABILIDADE

Quando em vigor o Código Civil anterior, era possível o desfazimento da adoção. A adoção constituía vínculo quebrável e dissolúvel por concordância do adotante e adotado, como se contrato fosse. A adoção era maleável e constituível por ato jurídico extrajudicial, escritura pública.

Para proteção dos adotados, muitos deles crianças, gradativamente se introduziu no ordenamento pátrio a impossibilidade de rompimento da adoção, culminando na regra do art. 39, §1º, do ECA, que diz ser ela medida excepcional e irrevogável. E o art. 49 também do ECA diz que “a morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais”. Vê-se que o intuito da norma é a salvaguarda dos direitos do adotado frente aos adotantes, seus descendentes, ascendentes e herdeiros, à sociedade e aos próprios pais biológicos.

A irrevogabilidade da adoção surge para amparar os direitos dos adotados e proteger sua dignidade. A perpetuidade do vínculo o deixa a salvo, outorgando-lhe o direito de manter o sobrenome do adotante; direitos sucessórios; e a sua identificação no seio familiar. Há doutrinadores que enaltecem a providência da irrevogabilidade, a exemplo de Carlos Roberto do Gonçalves ao citar Eduardo Cambi que diz “malgrado a aludida proclamação, o novo Código poderia ter sido mais enfático, asseverando, como bem fez o art. 48 do ECA, que a adoção é irrevogável”<sup>55</sup>.

Outros se limitam a repetir a regra sem fornecer comentários aditivos, conforme Flavio Tartuce que diz que “a adoção deve ser encarada como a *ultima ratio*, sendo irrevogável assim como o reconhecimento de filhos”<sup>56</sup>, ou se restringem a breve exposição da matéria, como Maria Berenice Dias:

Como a adoção é irrevogável (ECA 39 §1º), rompe todos os laços com a família biológica. Ainda assim, com certa frequência simplesmente os adotantes evolvem as crianças que adotaram. Tal situação não está prevista na lei, mas infelizmente é algo

<sup>55</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil..., *op. cit.*, p. 402.

<sup>56</sup> TARTUCE, Flavio. Manual de direito civil, v. único, 2 ed., São Paulo, Método, 2012, p. 1190.

que existe e há a necessidade de disponibilizar a criança novamente à adoção. Nesses casos, vem a jurisprudência impondo aos adotantes o dever de pagar alimentos, ao menos para subsidiar o acompanhamento psicológico de quem teve mais uma perda, até ser novamente adotado<sup>57</sup>.

Ao determinar que a adoção é irrevogável, a lei concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana. O adotando é pessoa e não coisa, não podendo ser objeto de devolução por vício. O desrespeito à irrevogabilidade, como regra geral, prejudica o adotando que passar à categoria de objeto. “Ocorrerá coisificação de pessoas, desconsiderando-a como sujeito de direitos, num contexto jurídico e ético, razão pela qual tal postura viola o núcleo intangível do princípio da dignidade da pessoa humana, eis que compromete seu conteúdo básico”<sup>58</sup>. Por considerar tão importante, Regiane Sousa de Carvalho Presot defende que à luz da doutrina da proteção integral, que incide na adoção, a irrevogabilidade da adoção é um direito humano<sup>59</sup>.

A irrevogabilidade da adoção tornou-se pacífica na lei<sup>60</sup>, na doutrina e na jurisprudência<sup>61</sup>, no que tange àquelas ocorridas após a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente. Porém, as adoções feitas sob a égide do Código Civil de 1916, a jurisprudência é oscilante. Ora se decide pela impossibilidade de revogação<sup>62</sup>, ora pelo seu cabimento, seja na adoção de crianças ou adolescentes<sup>63</sup>, seja na adoção de menor de idade<sup>64</sup>. Existem decisões

---

<sup>57</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito..., *op. cit.*, p. 485.

<sup>58</sup> PRESOT, Regiane Sousa de Carvalho. A irrevogabilidade..., *op. cit.*

<sup>59</sup> *Idem.*

<sup>60</sup> Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei (Lei 8.069/1990).

<sup>61</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito..., *op. cit.*, p. 485: “Ação Rescisória. ECA. Adoção. Tentativa de rescindir sentença proferida em processo de adoção. (...) Independentemente do fato de o art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente prever que a adoção é irrevogável, a pretensão da adotante é incoerente e revoltante, na medida que pretende revogar a adoção com base em argumentos como “dificuldades de adaptação” e “impossibilidade de convivência”. À evidência, a adoção de uma criança não se trata de uma “brincadeira”, sendo esta objeto de “devolução”. Preliminar rejeitada e ação extinta, sem julgamento [resolução] de mérito (TJRS, AR 70024114696, 7ª Câm. Cív., rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 10.09.2008)”.

<sup>62</sup> Adoção. Escritura pública anterior a Constituição Federal de 1988 e vigente o Código Civil de 1916. Revogabilidade pelo adotado. Decadência. Impossibilidade. Conforme a melhor doutrina e jurisprudência atual e iterativa tem-se por irrevogável a adoção simples por escritura pública, ainda que realizada antes da Constituição Federal de 1988 e mesmo antes do Estatuto da Criança e do Adolescente; ademais quando presentes os requisitos para o ato e sendo feito o pedido de revogação pelos adotados decorrido o prazo de um ano após completarem a maioria civil à época (TJMG, AP 1.0040.11.008157-3/001, 1ª Câm. Cív., rel. Des. Geraldo Augusto, j. 17/04/2012).

<sup>63</sup> Apelação cível. Adoção de maior de idade feita na vigência do CC/16. Possibilidade de revogação consensual, em situação excepcional. Tendo sido a adoção de pessoa maior de idade levada a efeito na forma simples, na vigência do CC/16, e realizada por ascendente, é viável sua desconstituição, por estar em descompasso com as exigências legais hoje postas, mormente quando formulada tal pretensão de forma consensual, por todas as partes interessadas. Isso porque notórios os inconvenientes dessa adoção (por ascendentes) a tal ponto reconhecidos que o legislador culminou por expressamente vedá-la. Deram provimento. Unânime (TJRS, AP 70040744807, 8ª Câm. Cív., rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05/05/2011).

<sup>64</sup> Revogação de adoção simples. Escritura pública de adoção lavrada no ano de 1980, quando o autor contava com 13 anos de idade. Adotantes réus que são irmã e cunhado do autor. Regramento anterior que autorizava a adoção por irmãos bem como a revogação do ato, quando houvesse concordância das partes, como ocorre na

judiciais que estabelecem a impossibilidade da anulação de revogação de adoção anterior, pois ato jurídico de quebra do vínculo era perfeito e em sintonia com a norma jurídica vigente no seu tempo<sup>65</sup>, ou sob a rubrica de ausência de interesse processual<sup>66</sup>. Após o ECA, não pode *a priori* o vínculo ser dissolvido, embora haja a possibilidade da suspensão ou destituição do poder familiar dos adotante.

### 3.2 DEFINIÇÃO DE REVOGAÇÃO

A revogação, que é a extinção ou desfazimento de algo, pode ser encarada por dois enfoques, revogação de leis e revogação de atos jurídicos. O primeiro aspecto a ser analisado são as regras sobre revogação encontradas na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. Em seguida, parte-se para o exame, em si, da revogação de leis e atos jurídicos.

#### 3.2.1 Revogação na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é diploma jurídico que tem por fim regulamentar outras normas. É norma de *sobredireito*, ou seja, o objeto de preocupação é a própria lei. Pois bem, conforme previsão do art. 2º, *caput*, “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue” e, de acordo com o §1º, “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

De modo geral, a lei introduzida no ordenamento jurídico, após regular procedimento legislativo de elaboração de normas jurídicas, fica em vigor por tempo indeterminado. “Da própria noção conceitual temos que a lei é uma ordem permanente, o que implica a dedução de sua continuidade, mas não traduz obviamente eternidade, incompatível que seria com a

---

hipótese. Inteligência do art. 374, I, do CC de 1916. "Tempus regit actum". Direito de revogação, assegurado pelo ordenamento à época da celebração do ato, que prevalece sobre a regra atual, sobretudo, em face das circunstâncias dos autos. Precedentes do E. STJ. Sucumbência invertida. Sentença reformada. Recurso provido (TJSP, AP 0015772-83.2011.8.26.0077, 4ª Câmara de Dir. Priv., rel. Des. Milton Carvalho, j. 13/12/2012).

<sup>65</sup> Anulação de ato jurídico. Adoção revogada sob a égide do CC/1916. Alegação de que a adoção é irrevogável. Pedido de aplicação do art. 48 da Lei 8.069/90 (ECA). Ausência de nulidade. Dissolução de comum acordo entre adotantes e adotado. Modalidade simples de adoção, que permitia a revogação. Adotado maior de idade à época dos fatos. Inaplicabilidade do art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Provimento negado (TJSP, AP 254.674.4/8, 8ª Câmara de Dir. Priv., rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 15.08.2007).

<sup>66</sup> Apelação cível. Ação anulatória de escritura pública de revogação de adoção. Ausência de interesse processual. Sentença mantida. No caso concreto, a parte autora não demonstrou que interesse teria para anular a revogação de adoção, impondo-se manutenção da sentença. Negaram provimento à apelação, por maioria. (TJRS AP 70039415559, 8ª Câmara Cív., rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 09/06/2011).

natureza contingente da obra humana”<sup>67</sup>. Em seu art. 2º a Lei de Introdução consubstancia o princípio da continuidade, pois as leis são destinadas a vigorar até que outra as altere ou revogue.

“Á semelhança da vida humana, também as leis têm a sua própria vida, que é a sua vigência ou a faculdade impositiva: nascem, existem, morrem”<sup>68</sup>. As leis têm início de vigência, continuidade e cessação. Exceções à regra da indeterminabilidade são as leis temporárias e as leis excepcionais, a primeira destinada a vigorar durante lapso de tempo limitado e a segunda permanece enquanto perdurar uma situação especial que motivou sua criação. A vigência das leis temporárias em sentido *lato* é pré-fixada no tempo.

Em apertada síntese, as leis são destinadas a vigorar sem período de tempo pré-estabelecido – exceto as temporárias em sentido *lato* -, perdendo sua obrigatoriedade com a sua superveniente revogação. Desta forma, é o art. 2º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro que traz o arcabouço legal do princípio da continuidade da norma jurídica que se correlaciona com a revogabilidade.

### 3.2.2 Revogação de Leis e de Atos Jurídicos

Precedentemente a exposição da ideia de revogação de leis e de atos jurídicos, três conceitos devem ser apreendidos: validade, vigência e eficácia das normas jurídica, cujos conceitos são amplamente discutidos na doutrina. Diz-se que validade é a verificação da compatibilidade da norma jurídica com o ordenamento pátrio. “A noção de validade da norma é um aspecto dogmático fundamental, pois significa a sua identificação como compatível ao sistema jurídico que integra, sendo critério puramente lógico-formal”<sup>69</sup>. Quanto à vigência, é o aspecto temporal da lei. É o período que nasce da sua força vinculante e segue até sua revogação. É o denominado tempo de validade da norma. “Já a eficácia é a qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos”<sup>70</sup>. Em suma, a eficácia é a aptidão da norma em produzir efeitos.

A revogação da lei, propriamente dita, é a retirada de sua obrigatoriedade. Ela pode ser total, chamada de ab-rogação, quando uma norma emergente torna totalmente sem efeito a lei

---

<sup>67</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, v.1, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p.79.

<sup>68</sup> Idem, p.73.

<sup>69</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil, v.1, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 61.

<sup>70</sup> Idem. p. 62.

até então em vigor, e pode ser parcial, ou derrogação, que se dá quando lei nova torna parcialmente sem efeito lei anterior.

“Revogação é a supressão da força obrigatória da lei, retirando-lhe a eficácia – o que só pode ser feito por outra lei, da mesma hierarquia ou de hierarquia superior”<sup>71</sup>. A revogação decorre de aplicação de *metanormas* para solução de antinomias jurídicas: lei superior revoga lei inferior (*lex superior derogat legi inferior*); lei especial revoga lei geral (*lex specialis derogat legi generali*); e lei posterior revoga lei anterior (*lex posterior derogat legi priori*).

As definições acima se referem à revogação da lei. Entretanto, a revogação, em visão ampla, significa deixar de vigorar, produzir efeito ou ser válida. Importante é o entendimento do ato jurídico e de seus planos, existência, validade e eficácia, a fim de correlacioná-lo com a ideia de revogação.

Antes de conceituar ato jurídico *lato sensu*, é preciso situá-lo topograficamente. Com isso, o fato jurídico é todo evento do homem ou da natureza que repercute no mundo jurídico. “Fato jurídico, em sentido amplo, seria todo acontecimento natural ou humano capaz de criar, modificar, conservar ou extinguir relações jurídicas”<sup>72</sup>. Deste modo, o fato jurídico *lato sensu* acoberta o fato jurídico *stricto sensu* (fato da natureza sem intervenção humana e que irradia efeitos jurídicos), o ato-fato jurídico (comportamentos ou atos humanos que a norma determina resultados jurídicos, independentemente da vontade de praticá-los) e ato jurídico *lato sensu*.

Deixando de lado a divergência doutrinária sobre ser ou não o ato ilícito espécie de ato jurídico, passa-se a definição de ato jurídico em sentido amplo. Ato jurídico *lato sensu* decorre de ações humanas em que as consequências jurídicas são *ex lege*, sejam elas queridas ou não, e de manifestação de vontade hábeis a produção de efeitos almejados. “Trata-se de um fato jurídico com elemento volitivo e conteúdo lícito”<sup>73</sup>, para aqueles que se filiam a corrente em que desconsidera a juridicidade do ato ilícito. Dentro da classificação de ato jurídico *lato sensu* se encontram ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico. Ato jurídico *stricto sensu* “configura-se quando houver objetivo de mera realização da vontade do titular de um determinado direito, não havendo a criação de instituto jurídico próprio para regular direitos e deveres, muito menos a compensação de vontade entre as partes envolvidas”<sup>74</sup> e o negócio jurídico que é a declaração de vontade destinada a produção de efeitos desejados pelo agente e reconhecidos pelo direito.

---

<sup>71</sup> GONGALVES, Carlos Roberto. Direito civil..., *op. cit.*, v. 1, 6 ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 42.

<sup>72</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso..., *op. cit.*, p. 62.

<sup>73</sup> TARTUCE, Flavio. Manual de direito..., *op. cit.*, p. 184.

<sup>74</sup> *Idem*.

Ademais, o ato pode existir, ser válido e eficaz, ou existir, ser inválido e ineficaz, ou ser existente, inválido e eficaz. Útil é distinguir os planos de existência, validade e eficácia. Quanto à existência, os dizeres de Carlos Roberto Gonçalves:

O plano da existência é dos *elementos*, posto que elemento é tudo o que integra a essência de alguma coisa.

O ato existente deve passar por uma triagem quanto à sua regularidade, para ingressar no plano da validade, quando então se verificará se está perfeito ou se encontra eivado de algum vício ou defeito inviabilizante<sup>75</sup>.

Compreende-se que o plano da existência é o primeiro e indispensável, do qual exsurge todas as premissas. Para que o ato exista é necessária à presença do mínimo essencial, o agente, o objeto, a forma e vontade exteriorizada. No plano da existência, o fato material entra no mundo jurídico, transformando-se em fato jurídico.

A partir daí segue a apreciação do plano da validade. “Validade, no que concerne a ato jurídico, é sinônima de perfeição, pois significa a sua plena consonância com o ordenamento jurídico”<sup>76</sup>. Por conseguinte, a invalidade do ato é penalidade imposta pelo ordenamento jurídico àqueles que infringiram a norma legal e, por isso, não obterão o resultado natural e, quiçá, pretendido. Por fim, a eficácia está relacionada com a produção de efeitos previstos e determinados pela lei.

Neste contexto, dá-se conta de que a adoção na vigência do Código Civil de 1916 era relativamente simples, não só porque prevista em lei, mas porque de natureza contratualista. Na atual conjuntura do ECA, adoção ganha contornos de ato jurídico complexo e solene e o exame de sua revogação perpassa pela compreensão da escada ponteana, planos da existência, validade e eficácia. “Diz-se válido o ato jurídico cujo suporte fático é perfeito, isto é, os seus elementos nucleares não têm qualquer deficiência invalidante, não há falta de qualquer elemento complementar”<sup>77</sup>. Então, estando o ato de adoção perfeito, há que se indagar se seria possível sua revogação, ainda mais frente à regra proibitiva do 39, §1º, do ECA.

A revogação de lei, conforme visto alhures, dá-se quando uma lei nova disciplina inteiramente a matéria versada na anterior ou é com ela incompatível, ou na hipótese de expressamente determinar. Já a revogação de ato jurídico, no sentido amplificado, implica invalidação, extinção ou retirada de eficácia. Numa ou noutra situação, consequências jurídicas deixam de atingir o destinatário.

---

<sup>75</sup> GONGALVES, Carlos Roberto. Direito civil..., *op. cit.*, p. 308.

<sup>76</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico, plano da validade, 11ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 37.

<sup>77</sup> *Idem.*

### 3.3 ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DA ADOÇÃO

A adoção é irrevogável conforme regra explícita do ECA. Ao se fala de revogação da adoção, pode ser compreendida a revogação da regra da irrevogabilidade da adoção, ou seja, exclusão da norma na legislação, ou revogação do ato jurídico de adoção, extinguindo a sentença de adoção. Estes dois aspectos serão abordados.

#### 3.3.1 Análise da Revogação e suas Consequências

O exame da revogação da adoção sob os prismas de revogação da regra e ato jurídico conduz a verificação das consequências. Ao revogar a regra ou o ato necessário analisar qual a implicação que a providência terá no âmbito jurídico.

##### 3.3.1.1 Revogação da regra da irrevogabilidade

Dispõe o art. 39, §1º, do ECA que a adoção é medida excepcional e irrevogável. Atribui-se à adoção vínculo indissolúvel. Por via transversa, concebe-se a quebra da ligação na disponibilização do adotado para nova adoção em virtude da destruição do poder familiar dos pais adotivos. Tal resultado jurídico ocorreria porque a nova adoção importaria constituição de novo liame e o rompimento do anterior.

Contudo, pode acontecer do adotado *devolvido* não ser acolhido em outro lar substituto, mantendo-se o vínculo jurídico com os adotantes originais. No caso, é possível não ser salutar, razoável ou respeitoso à dignidade do adotado a permanência da conexão. A extinção deste laço, porém, não ocorre ante a vedação legal.

Uma das opções para a resolução da celeuma apontada é a *extirpação* da regra da irrevogabilidade da adoção do ordenamento jurídico. Através de projeto de lei ordinária, a ser deliberado e votado no Congresso Nacional, promulgar-se-ia legislação alterando o comando normativo, seja para retirar a palavra *irrevogável*, provocando o silêncio eloquente, em que o que não é proibido é permitido, seja para manter a irrevogabilidade, porém trazendo hipóteses expressas de exceção. Mas, as consequências de extrair a regra que veta a revogação podem ser ainda piores.

A irrevogabilidade da adoção, no sistema jurídico pátrio, decorrente de gradativa mudança legislativa, proveniente da evolução da sociedade, que deixou de lado a família

matrimonial e patriarcal para acolher a família plural, em que os consortes são iguais em direitos e deveres. O mesmo há que se dizer dos filhos, onde são tratados com isonomia.

Os filhos adotivos à semelhança dos filhos naturais ou consanguíneos fazem jus ao vínculo inquebrável com os pais. Esta indissolubilidade apenas reforça sua igualdade com os descendentes de primeiro grau, evitando discriminações. Então, a regra é protetiva e se presta a salvaguardar o adotado. Retirar a regra da irrevogabilidade da lei é dá passos para trás, retroagir na conquista e concretude de direitos em prol do mais vulnerável dos sujeitos da adoção.

Cogitar-se-ia a inserção de exceções à regra da irrevogabilidade da adoção a fim de contemplar possibilidades em que a extinção do vínculo estivesse em consonância com a dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança e a proteção integral da criança e do adolescente. Ocorre que, a dinâmica das relações socioafetivas dificulta a previsão de todas as premissas em que a excepcionalidade seria a assertiva indicada. Contemplar hipóteses de exclusão à regra não abarcaria a gama de possibilidades oriunda de uma relação que, mais do que jurídica, é afetiva. A análise da realidade concreta, caso-a-caso, através de parâmetros constitucionais e infraconstitucionais parece ser a rota segura.

### 3.3.1.2 Revogação do ato de adoção

A adoção se constitui com obediência ao procedimento fixado no ECA, através de sentença judicial constitutiva, que é ato jurídico complexo e solene. O exame da revogação neste particular refere-se ao ato jurídico e não à regra do art. 39, §1º, do ECA. Considerando a regra expressa da irrevogabilidade da adoção, é preciso construção dogmática justificadora do afastamento da norma jurídica, possibilitando a extinção do ato nos casos em que tal solução se mostre mais adequada.

Para que haja revogação, mister se faz a existência do ato, pois não se revoga ato inexistente. É que, ato inexistente não produz efeitos, vez que não preencheu os pressupostos mínimos. “Para os adeptos dessa teoria, em casos tais, não é necessária a declaração de invalidade por decisão judicial, porque o ato jamais chegou a existir – não se invalida o que não existe”<sup>78</sup>. Para o rompimento do ato de adoção, o plano da existência há de estar conformado.

---

<sup>78</sup> TARTUCE, Flavio. Manual de direito..., *op. cit.*, p. 246.

Relembre-se que, tomada na acepção ampla, revogação implica a invalidade ou a ineficácia do ato. Presente os requisitos de existência, o ato deve ter sintonia com a lei. A dissonância entre o ato e a norma jurídica gera invalidade, que tem por base causas anteriores ou contemporâneas à sua formação. “A nulidade e a anulabilidade, uma vez pronunciadas, implicam recusa dos efeitos da declaração de vontade, que encontra na infração da lei barreira ao resultado a que o agente visava”<sup>79</sup>. Quanto aos graus de invalidade, Marcos Bernardes de Mello traz a seguinte lição:

A estruturação em cada ordenamento jurídico do sistema das invalidades é uma questão de técnica legislativa. No direito brasileiro, há dois graus de invalidade: (a) *nulidade*, que constitui a sanção mais enérgica, acarretando, entre outras consequências, em geral, a ineficácia *erga omnes* do ato jurídico quanto a seus efeitos próprios, além da insanabilidade do vício, salvo exceções bem particularizadas, e (b) *anulabilidade*, cujos efeitos são relativizados somente às pessoas diretamente envolvidas no ato jurídico, o qual produz sua eficácia específica, integralmente, até que sejam desconstituídos, o ato e seus efeitos, mediante impugnação em ação própria, podendo ser convalidado pela confirmação ou pelo transcurso do tempo<sup>80</sup>.

Observa-se que a invalidade exsurge da discrepância com a ordem legal<sup>81</sup>, que se dá na origem do ato. No processo civil vige a máxima de que não há declaração de invalidade se não existir prejuízo à parte (*pas de nullité sans grief*), conforme interpretação do art. 239 do CPC. No âmbito do direito civil há quem defenda que a invalidade decorre da infração à lei, sem questionamentos quanto ao prejuízo, ao dizer que “na construção da teoria da nulidade, desprezou o legislador brasileiro o critério do prejuízo”<sup>82</sup>, já outros entendem o contrário. Na adoção, para pronunciamento da invalidade indispensável à demonstração de prejuízo para o

---

<sup>79</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições..., *op. cit.*, p. 409.

<sup>80</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico..., *op. cit.*, p. 94-95.

<sup>81</sup> Civil e processo civil. Anulação de registro de nascimento. Adoção simulada. Falsidade ideológica. Legitimidade ativa. Interesse econômico. Possibilidade. Prescrição vintenária. Conflito de valores normativos. Princípio da proporcionalidade e da segurança jurídica. Fins sociais na aplicação da lei. Recurso a que se nega provimento. 1) A anulação de registro de nascimento em virtude de falsidade ideológica - adoção simulada - pode ser pleiteada por quem tenha legítimo interesse moral ou mesmo econômico - precedentes do Superior Tribunal de Justiça; 2) Tratando-se de ação anulatória de registro de nascimento ajuizada por terceiro interessado, diversa da negatória de paternidade em que o filho pode vindicar estado contrário àquele que resulta do registro de nascimento, inaplicável é o prazo de quatro anos apregoado pelo art. 1.614 do Código Civil, posto que inerente à ação interposta pelo filho; 3) Inexistindo prazo especial para o ajuizamento da ação por terceiro interessado, aplica-se a regra geral para as ações pessoais do art. 177 do Código Civil de 1.916 obedecendo-se à regra de transição do art. 2.028 do Novo Código Civil Brasileiro; 4) Considerando as peculiaridades do caso concreto, havendo conflito de valores normativos – de um lado o atendimento à regra matriz de prioridade da convivência familiar, de outro lado os procedimentos legais para a adoção ou registro que não foram atendidos - há que se observar os fins sociais e o bem comum na aplicação da lei, afastando-se a invalidade do registro de nascimento pelo princípio da proporcionalidade, eis que não pode ser considerada quando se mostrar o estado de filiação, por longos anos estabilizado na convivência familiar - inteligência do art. 5º da Lei de introdução ao Código Civil; 5) Recurso a que se nega provimento (TJAP, AP 1.367/03, Câm. Ún., rel. Des. Mello Castro, j. 10/08/2004).

<sup>82</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições..., *op. cit.*, p. 405.

adotado, conforme decidiu o TJDF<sup>83</sup>. Ou seja, se o ato não provocou dano ao adotado, deve ser mantido, porque está prestigiando a proteção integral e o melhor interesse da criança.

Não obstante as considerações acima, o objeto de análise é o ato perfeito e válido. A declaração de invalidade da adoção, com comprovação de prejuízo ao adotado, parece não trazer maiores indagações. Questão polêmica se dá quando o ato é existente, válido e produz efeitos, contudo, fato superveniente torna a adoção imprópria. Segue, então, que o exame da eficácia é componente chave.

O plano da eficácia é a aptidão para a produção de efeitos jurídicos. Tratando-se de adoção os efeitos são: o rompimento do vínculo com a família biológica - exceto quanto aos impedimentos para o casamento -; a colocação do sobrenome do adotante no adotado, com possibilidade, inclusive, de alteração do prenome; constituição de parentesco entre adotante e adotado, passando este à condição de filho daquele; relação de parentesco do adotante com os descendentes do adotado; e, também, fixação de parentesco dos ascendentes, descendentes e colaterais do adotante com o adotado. Por fim, “os efeitos da adoção começam com o trânsito em julgado da sentença. Observa a regra geral do trânsito em julgado, porque é suscetível de recurso das partes ou do Ministério Público”<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Vara da infância e da juventude. Artigos 202 e 204, ambos do estatuto da criança e do adolescente. Invalidades processuais. Consequências jurídicas da prática de ato processual defeituoso. Sentença proferida no juízo *a quo* sem que oportunizada ao Ministério Público se manifestar em alegações finais ou recorrer contra o indeferimento de diligências que postulava para complementação da fase instrutória de demanda voltada à adoção de menor. Sanção de invalidação só aplicável quando verificada a ocorrência de duplo suporte fático: defeito do ato processual e prejuízo. Não há nulidade sem a efetiva ocorrência de dano, ainda que falha tenha sido constatada na ausência de preenchimento de requisito atinente à necessidade de intervenção do Ministério Público em todos os atos relativos a procedimentos que tramitam na Vara da Infância e da Juventude. Princípios da proteção integral e da prevalência dos interesses do menor devidamente preservados pela sentença monocrática. Recurso conhecido e improvido. 1. Conquanto se tenha a intervenção do Ministério Público como condição processual de validade de todos os procedimentos que tramitam nas Varas da Infância e da Juventude (artigos 202 e 204 do ECA); embora irrefutável o direito que tem o órgão ministerial, como parte ou fiscal da lei, de participar do contraditório e assim se manifestar no intuito de exercer influência sobre a decisão do magistrado; se bem que necessária sua intimação para falar em alegações finais ou recorrer contra o indeferimento de diligências complementares que formulara em fase de instrução do feito; certo é que a decretação de nulidade pela falta de intervenção do *parquet* não prescinde do exame das demais regras que orientam o sistema de nulidades no processo civil. 2. Logo, se não demonstrado o prejuízo do interesse tutelado, não se pode decretar a invalidade do procedimento porque dita sanção constitui decorrência de regra jurídica estabelecidora de duplo suporte fático: defeito do ato processual e prejuízo. 3. Dispensabilidade manifesta de prolongamento da fase instrutória para realização de estudo psicossocial da família biológica e juntada de certidões relativas à pessoa da adotante. Processo maduro, apto a receber decisão de mérito. 4. Na hipótese, especiais circunstâncias, as quais vieram associadas ao inequívoco consentimento dado pela mãe biológica em presença do órgão do poder judiciário e do ministério público, bem como de advogados regularmente constituídos pelos interessados, revelam que a sentença vergastada atende aos basilares princípios do estatuto da criança e do adolescente, entre os quais o da proteção integral da criança (artigos 3º, 4º e 7º, ECA) e da prevalência de seus interesses (artigo 18 ECA). 5. Não havendo nulidade sem prejuízo, é de conhecido, mas negado provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público (TJDF, AP 112420620088070001 DF 0011242-06.2008.807.0001, 5ª TC, rel. Des. Diva Lucy Ibiapina, j. 30/09/2009).

<sup>84</sup> LÓBO, Paulo. Direito civil: famílias..., *op. cit.*, p. 291.

Sobrevindo fato que torne a adoção inconveniente, não se cogita a clássica teoria das nulidades, que transporta a ideia de defeito na origem, mas a ineficácia do ato, que deixa de propagar suas naturais consequências. A revogação propõe a ineficácia do ato de adoção, porém, esbarra na regra da irrevogabilidade. Nem sempre a regra jurídica posta encontra ressonância na realidade. Nesta linha, interessantes e pertinentes as considerações do Douto Miguel Reale sobre a eficácia das normas e seus problemas:

Se atentarmos ao Código Civil, veremos que os usos e costumes não ab-rogam, nem revogam lei; é preciso, entretanto, balizar o alcance dessa asserção nas coordenadas da Dogmática Jurídica. Todos os ordenamentos jurídicos, e o Código Civil é um deles, põem-se como unidades técnico-formais sem lacunas. O Código Civil, o Código Penal, são conjuntos de preceitos lógicos que se ordenam em sistemas; todo código tem a pretensão de ser pleno, de bastar para explicar todas as hipóteses possíveis da vida.

Um dos propósitos do legislador é de que aquele sistema não possa ser revogado ou modificado, a não ser por outras regras escritas, que, implícita ou explicitamente, contenham a sua revogação. Isso, porém, é o que se pode aceitar no plano técnico-formal, ou seja, no plano da Dogmática Jurídica.

A vida social, entretanto, é muito mais exigente e sorri daquelas pretensões técnico-formais. O que vemos, em verdade, são preceitos jurídicos que não são vividos pelo povo, por não corresponderem às suas tendências ou inclinações, por múltiplos motivos que não vem ao caso examinar<sup>85</sup>.

Embora a regra da irrevogabilidade encontre campo fértil na maioria das adoções, casos são levados ao Poder Judiciário nos quais a norma é entrave ao próprio adotado. Neste diapasão, a noção tridimensional do Direito, fato, valor e norma, revela-se útil à dissolução do problema. “Privilegia-se a ideia de interação, de visão unitária do sistema, prevalecendo a constatação de que, muitas vezes, a norma não é suficiente”<sup>86</sup>.

Para a inaplicabilidade da regra expressa que veda a revogação, no caso concreto há de se buscar dentro do mesmo direito positivo a fundamentação da decisão. Considerando que o sistema jurídico compõe-se por normas-princípios e por normas-regras é através da primeira e das exceções implícitas às segundas que é possível do desfazimento da adoção.

### 3.3.2 Revogação da Adoção e Poder Familiar

Para a constituição da adoção é imprescindível à destituição do poder familiar dos pais naturais, porque o poder familiar exsurge da filiação. É reflexo da sentença constitutiva de adoção a retirada do poder familiar. Poder familiar é *munus* público atribuído aos pais, pelo Estado, a fim de zelarem pelos filhos. É conjunto de direitos e deveres atribuído aos pais em

<sup>85</sup> REALE, Miguel. Filosofia do Direito, v. 2, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969, p. 535.

<sup>86</sup> TARTUCE, Flavio. Manual de direito..., *op. cit.*, p. 52-53.

relação aos filhos, como cuidar, educar, orientar, alimentar, representar ou assisti-los nos atos da vida civil, entre outros.

Quanto às características do poder familiar, são elas: irrenunciabilidade, pois não é objeto de transação; imprescritibilidade, já que não decai pelo decurso do tempo ou por ausência de uso; e irrenunciável, posto não ser delegável ou transferível a outrem<sup>87</sup>. Por fim, ele é incompatível com a tutela, de acordo com a exegese do art. 36, parágrafo único, do ECA, que diz: “O deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar e implica necessariamente o dever de guarda”.

O poder familiar deve ser exercido em igualdade de condições pelos pais e, havendo discordância, compete à autoridade judiciária a solução da controvérsia. A perda ou suspensão é decretada judicialmente nas hipóteses do CC/2002 e do ECA. Sendo que a extinção do poder familiar se dá com a morte dos pais ou do filho; emancipação; maioridade; adoção; e, judicialmente, caso o pai ou a mãe castigue imoderadamente o filho, deixe-o em abandono, pratique atos contrários à moral e aos bons costumes, ou incida, reiteradamente, no abuso de autoridade, falte no cumprimento de deveres ou arruíne-lhe os bens. Ainda, o descumprimento não justificado dos pais do dever de manutenção, guarda e educação dos filhos menores, bem como, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as ordens judiciais também é hábil a provocar a perda ou suspensão do poder familiar.

Com a sentença constitutiva, os adotantes obtêm o poder familiar, exercido enquanto os filhos são menores (CC/2002 art. 1.630). Semelhante ao que acontece com os pais naturais, os adotantes também podem ser destituídos do poder familiar. Nos dizeres de Maria Berenice Dias, “há a possibilidade de haver a suspensão ou a destituição do poder familiar do adotante (CC/2002 1.635 a 1.638)”<sup>88</sup>.

Embora vigore a proibição da revogação da adoção como regra no ordenamento, nada veta suspensão ou destituição do poder familiar dos adotantes<sup>89</sup>. Incidindo os adotantes numa

---

<sup>87</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso..., *op. cit.*, p. 373.

<sup>88</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito..., *op. cit.*, p. 485.

<sup>89</sup> Apelação cível. Poder familiar. Destituição. Pais adotivos. Ação ajuizada pelo ministério público. Adoção de casal de irmãos biológicos. Irrenunciabilidade e irrevogabilidade da adoção. Impossibilidade jurídica. Renúncia do poder familiar. Admissibilidade, sem prejuízo da incidência de sanções civis. Aplicação analógica do art. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Perda do poder familiar em relação ao casal de irmãos adotados. Desconstituição em face da prática de maus tratos físicos, morais. Castigos imoderados, abuso de autoridade reiterada e conferência de tratamento desigual e discriminatório entre os filhos adotivos e entre estes e o filho biológico dos adotantes. Exegese do art. 227, § 6º da Constituição Federal c/c art. 3º, 5º, 15, 22, 39, §§ 1º, 2º e art. 47, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente c/c art. 1.626, 1.634, 1.637 e 1.638, incisos I, II e IV, todos do Código Civil. Manutenção dos efeitos civis da adoção. Averbção do julgado à margem do registro civil de nascimento dos menores. Proibição de qualquer espécie de observação. Exegese do art. 163, § único do Estatuto da Criança e do Adolescente c/c art. 227, § 6º da Constituição Federal. Dano moral causado aos menores. Ilícito civil evidenciado. Obrigação de compensar pecuniariamente os infantes. Aplicação do art. 186 c/c art. 944,

das hipóteses de lei, a extinção ou perda do poder familiar é cabível. Tratamento discriminatório entre filhos adotivos e naturais, maus tratos físico e psicológico, abandono intelectual e castigo imoderado são atos que conduzem a perda do poder familiar pelos pais adotivos.

A extinção do poder familiar retira dos pais naturais uma gama de direito e deveres, em que pese a filiação ser mantida. Igual consequência acontece com os pais adotivos. Apesar da extinção do poder familiar, os adotados permanecem com direito sucessório, ao uso do sobrenome e obtenção de alimentos. Em casos tais, o Judiciário tem condenado os adotantes ao pagamento de verba indenizatória em virtude dos danos morais provocados nos adotados.

Em certas situações, a permanência da ligação entre adotante e adotado não é solução adequada. Dependendo da gravidade da ofensa perpetrada contra o adotado, a continuação da filiação significa perpetuação de mácula e dor. Adoção é ato de responsabilidade, continuação ou construção de relação socioafetiva. Ora, evento suficientemente prejudicial ou danoso cometido pelo adotante contra o adotado pode provocar ruptura da afetividade e desencadear tamanha repulsa que torne difícil não interromper o vínculo jurídico, como, por exemplo, na hipótese de que a permanência com o apelido de família do adotante represente sofrimento e golpe à honra do adotado.

Como a alternativa à problemática apontada, mostra-se razoável e proporcional a quebra da conexão mesmo que não haja nova adoção. A revogação não é prêmio ao mau comportamento do adotante, que se alivia dos deveres da filiação. Deve ser permitido o rompimento, como é preciso haver responsabilização jurídica dos adotantes em função do ato ilícito cometido. Mas, a regra da irrevogabilidade da adoção não traz expressas exceções, em que abrir-se-ia alternativa para a extinção da adoção, por isso é importante construção jurídica para a solução do caso.

A realidade social clama pacificação de conflitos e não se contenta com a incidência de regras sem qualquer análise dos fatos, valores, riscos, vulnerabilidade dos envolvidos ou juízo de ponderação. Por óbvio, afastamento da regra da irrevogabilidade para todas hipóteses

---

ambos do Código Civil. Juros moratórios. Marco inicial. Data em que a sequência de ilicitudes atinge o seu ápice, matizada, no caso, pelo abandono do filho adotado em juízo e subscrição de termo de renúncia do poder familiar. Exegese do art. 398 do Código Civil em interpretação sistemática com o art. 407 do mesmo diploma legal. Princípio da congruência. Pertinência entre o pedido e o pronunciado. Necessidade de flexibilização e relativização das regras processuais clássicas em sede de direito da criança e do adolescente. Mitigação da disposição contida no art. 460 do Código de Processo Civil. Vítimas que, na qualidade de irmãos biológicos e filhos adotivos dos réus merecem receber, equitativamente, a compensação pecuniária pelos danos imateriais sofridos. Hipoteca judiciária. Efeito secundário da sentença condenatória. Aplicação do art. 466 do Código de Processo Civil. (TJSC, AC 208057 SC 2011.020805-7, 1ª Câm. Cív., rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 20/09/2011).

não é resolução aceitável. Isto porque, a proibição de revogação da adoção protege o adotado, na maioria dos casos. Uma vez que o liame é indissolúvel, o adotado fica acobertado no direito sucessório, do nome e dos alimentos, não sendo dado aos demais parentes escamoteá-lo da divisão dos bens e da família.

Porém, fatos especiais reclamam providência enérgica e coerente, e cabe ao Direito solver a questão. Evidente que a solução se impõe a obediência ao sistema jurídico vigente. E o Judiciário não se furta ao dever. Mas, já é ultrapassado o tempo de mero aplicador de regras, através de um sistema legalista puro e distanciado da necessidade concreta. Tanto é verdade que a tradição da *civil law* atialmente se entrelaça, aos poucos, aos institutos da *common law*, a exemplo das súmulas vinculantes, em que o precedente jurisprudencial tem forte influência nas lides levadas à apreciação do Judiciário.

Vê-se que, se por um lado a simples destituição ou extinção do poder familiar dos adotantes pode ser incapaz de dissolver conflitos satisfatoriamente, chega-se à conclusão, de outro turno, que a substituição da irrevogabilidade da adoção por uma norma que permita a ruptura do vínculo como regra geral é temerária. A criação de raciocínio pertinente e lógico, sensível a problemática carecedora de solução, é indispensável. Neste ponto, a derrotabilidade surge como uma inovação apta a trazer a solução para casos tais. O exame aprofundado do tema, que é instituto afeto ao Direito Constitucional e que tangência as demais matérias, será feito adiante.

### 3.3.3 Revogação da Adoção e o Princípio da Separação dos Poderes

A revogação dissolve o ato anterior que passa a ser inválido ou ineficaz. Contudo, o ECA dispôs regra proibitiva da revogação da adoção, conforme redação clara do §1º do art. 39. Nas ações que a pretensão é o desfazimento do ato, tem-se concluído pela impossibilidade jurídica do pedido<sup>90</sup>, exatamente em virtude da regra da irrevogabilidade.

No processo civil, defende-se que o direito de ação – que é o direito de obter do Estado um pronunciamento judicial – não se confunde com o direito material. Para exercer o direito de ação é preciso o preenchimento de requisitos formais, as denominadas condições da

---

<sup>90</sup> Família. Adoção. Irrevogabilidade. Inteligência do art. 48 do ECA (Lei 8.069/90). Impossibilidade jurídica do pedido. Extinção do processo sem resolução do mérito. A norma do art. 48 do ECA. Estatuto da Criança e do Adolescente. Confere à adoção o caráter irrevogável, sendo manifestamente impossível qualquer pretensão de se desfazer tal medida (TJMG, AP 1.0319.07.026883-8/001, 1ª Câm. Cív., rel. Des. Geraldo Augusto, j. 25.09.2007).

ação, que são três: legitimidade de parte, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido<sup>91</sup>. A última é o exame do pedido à luz da ordem legal. “O pedido será juridicamente impossível quando a pretensão desejada pelo autor for expressamente vedada pelo ordenamento jurídico, como ocorre numa ação em que o Estado brasileiro pede seu desligamento da Federação (direito de secessão)”<sup>92</sup>.

Se o pedido exarado na exordial for a revogação da adoção, conclui-se pela extinção do processo sem resolução de mérito por ausência de uma das condições da ação, qual seja, a possibilidade jurídica do pedido. É que a irrevogabilidade da adoção é norma expressa, tornando impossível o pedido. Como o ECA veda a revogação da adoção, no confronto abstrato do pedido formulado e o ordenamento jurídico, observa-se que a pretensão é inviável, não merecendo sequer ser analisada no seu mérito.

Possível decisão contrária, afastando a regra da irrevogabilidade e extinguindo o vínculo jurídico entre adotante e adotado, pode ser tida por inconstitucional. É que o Princípio da Separação dos Poderes, abraçado pela Lei Maior, estabelece a divisão das atividades entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que são independentes e harmônicos entre si, que exercem as funções típicas e atípicas. Discorre o constitucionalista Alexandre de Moraes sobre a separação das funções estatais:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de Poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “*Política*”, detalhada, posteriormente, por John Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra *Montesquieu, O espírito das leis*, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal<sup>93</sup>.

O Poder, na verdade, é uno e indivisível, repartindo-se tão somente suas funções. Ao Legislativo, na função típica, incumbe a elaboração de norma. Neste papel, o legislador editou lei fixando a regra da irrevogabilidade. Por outro lado, no exercício da função típica, o Poder Judiciário diz o direito no caso concreto, solucionando o conflito e aplicando a lei. Seguindo este raciocínio clássico, o Judiciário estaria impossibilitado de revogar a adoção, por existir lei

---

<sup>91</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições..., *op. cit.*

<sup>92</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil, volume único, 4 ed., São Paulo, Método, 2012, p. 95.

<sup>93</sup> MORAES, Alexandre de. Direito constitucional, 13ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 369.

proibindo a providência. Assim, no positivismo jurídico puro, decisão diversa implicaria dizer que o Judiciário estaria legislando no caso concreto, o que afrontaria à função legislativa.

Esbarraria a possibilidade de revogação da adoção nos princípios da legalidade e da separação dos poderes. Todavia, a manifestação clássica não se coaduna com os tempos de hoje<sup>94</sup>. Não cabe, na atualidade, visão legalista e aplicação da regra jurídica a todo preço, apenas porque elaborada pelo Poder Legislativo. É certo, também, que não se afasta a regra em qualquer tipo de conflito de interesse, daí porque as decisões invocarem o princípio da proporcionalidade<sup>95</sup>. “Na concepção pós-positivista, a razoabilidade de qualquer decisão deve ter como pressuposto um mínimo de correção moral, como decorrência da pretensão de correção e da tese de conexão necessária entre direito e moral”<sup>96</sup>.

A decisão de afastamento da proibição da revogação da adoção perpassa pela compreensão axiológica da norma, tendo em mente que a norma jurídica se divide em princípios e regras. Por conseguinte, na opção de afastamento da irrevogabilidade da adoção, a deliberação judicial não infringe os princípios da legalidade e da separação dos poderes, porque encontra na própria ordem jurídica a resolução da controvérsia.

---

<sup>94</sup> A argumentação da inicial gravita em torno da concepção do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II, e 37, caput) e da Separação de Poderes (CF, art. 2º) no Estado Democrático de Direito contemporâneo. Com a devida vênia, porém, a verdade é que a compreensão clássica manifestada pelos autores não se ajusta com exatidão aos desafios colocados pela vida em sociedade nos dias atuais, marcada pela velocidade e pelo dinamismo, e já distante do passado oitocentista (STF, MS 30604, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 29.22.2011).

<sup>95</sup> Adoção. Elementos e circunstâncias dos autos. Direito fundamental. Dignidade da pessoa humana. Cancelamento do ato. Possibilidade jurídica do pedido. Em abstrato, no caso concreto. Interpretação teleológica/sociológica. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Teoria da concreção jurídica. Técnica da ponderação. Situação fático-social. Criança. Proteção integral, com absoluta prioridade. Sentença anulada - Recurso provido. Tem-se o conflito das realidades fático-social e jurídica, ocasionado pela escolha indevida do instituto da adoção, ao invés de tutela. Não se olvida que a adoção é irrevogável, mas o caso sob exame revela-se singular e especialíssimo, cujas peculiaridades recomendam (ou melhor, exigem) sua análise sob a ótica dos direitos fundamentais, mediante interpretação teleológica (ou sociológica), com adstrição aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, dando-se azo, com ponderação, à concreção jurídica, máxime por envolver atributo da personalidade de criança, advinda de relacionamento “aparentemente” incestuoso, até porque o infante tem proteção integral e prioritária, com absoluta prioridade, assegurada por lei ou por outros meios. Inteligência dos arts. 5º da LICC; 3º e 4º, caput do ECA; e 226, caput e 227, caput da CF (TJMG, AP 1.0056.06.132269-1/001, 3ª Câ. Cív., rel. Des. Nepomuceno Silva, j. 06.12.2007).

<sup>96</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional, 4 ed., São Paulo, Método, 2010, p. 188.

## 4 DERROTABILIDADE

A derrotabilidade é tema novo e comentado no Direito Constitucional, mas útil aos demais ramos. Seu entendimento requer o conhecimento de que normas jurídicas subdividem-se em regras e princípios, e quais as diferenças entre elas. Daí é possível conceituar o instituto e averiguar sua aplicação na adoção, estabelecendo, inclusive, seus pressupostos de aplicação.

### 4.1 DIFERENÇA ENTRE PRINCÍPIO E REGRA

Precedente à atual conjuntura, norma jurídica confundia-se com regra. Através do mecanismo de subsunção, à hipótese descrita na norma (premissa maior) enquadravam-se os fatos (premissa menor), chegando-se à conclusão, aplicando o direito ao caso concreto. Com isso, pensou-se no ordenamento exauriente, com a ordenação da vida em sociedade definida abstratamente pelo legislador, e eventual lacuna suprida pelo fenômeno da integração.

O silogismo, portador de grande evidência, e o pensamento dedutivo fundados no comando do dispositivo orientavam o raciocínio e o papel da regra era de destaque. Por outro lado, os princípios, em que pese existentes e conhecidos, distanciavam-se da conotação de aplicabilidade direta e eficácia jurídica, possuíam aceção circunscrita à esfera valorativa e da ética.

Superada esta fase, normas jurídicas se bifurcam em regras e princípios, chamadas de norma-regra e norma-princípio. O princípio afasta-se do plano puramente axiológico e, além de norteador do sistema jurídico, passa a ter força imperativa. Há a reaproximação do direito com a moral e a ideia de justiça. E, antes do aprofundamento de Ronald Dworkin e Robert Alexy, essas espécies normativas distinguiam-se, mormente, pela generalidade, porquanto as regras regulam situações específicas e os princípios incidem sobre variados fatos em virtude da sua abstração.

Ronald Dworkin, precursor de Robert Alexy, afirma que a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica. Para ele, as regras são aplicáveis na base do tudo-ou-nada. “Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso nada contribui para a decisão”<sup>97</sup>.

---

<sup>97</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, tradução Nelson Boeira, 1ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2011, p.39. Ao desenvolver a ideia do tudo-ou-nada, o autor exemplifica com a regra de beisebol em que se o bateador da bola erra por três vezes é eliminado. Com a regra delineada e válida, o fato ocorrendo, não poderia o rebatedor deixar de ser eliminado. Diz, ainda, que é possível a existência de exceções a ser prevista na regra, sem

Quanto aos princípios, não trazem consequências jurídicas automáticas nas condições dadas. Ademais, os contra-exemplos (noção que assemelha-se às exceções) não são arrolados, pois não tornará o enunciado do princípio mais completo ou extenso. Isto porque, os princípios, diferente das regras, possuem a dimensão de peso ou importância, e no conflito entre eles há de se levar em consideração a força relativa de cada um deles.

Partindo das reflexões de Dworkin, Alexy diz que os princípios são mandamentos de otimização. As normas-princípios devem ser realizadas na maior proporção possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Por seu turno, as regras contêm determinações que ou são cumpridas, ou não são cumpridas. No conflito entre regras, - se incabível a introdução de exceção -, considera-se uma das regras à parte do ordenamento jurídico, por meio do uso dos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade, de solução de antinomias, aplicando-se a regra sobrevivente.

Numa diferenciação abrangente, abrangendo os conceitos de Dworkin e Alexy, os princípios são dotados da dimensão peso, valor ou importância e possuidor de maior abstração; atingem diversificado número de casos; devem ser realizados na máxima medida possível; permeiam o ordenamento jurídico; e são a *ratio* das regras. Na colisão de princípios há balanceamento e ponderação, em que um prevalecerá, sem, contudo, existir invalidação de qualquer deles.

Já as regras estão na dimensão da validade, com convivência antinômica, cuja consequência do conflito é exclusão de uma das regras colidentes. Regra é mandamento de definição com aplicação no esquema tudo ou nada. Na regra há determinação e amplitude pré-fixada. A situação é abstratamente delimitada, com previsão do correspondente preceito.

Certo é que o ordenamento jurídico precisa compor-se de princípios e regras. A regra, através da subsunção, outorga segurança necessária ao sistema. Prevê-se solução jurídica advinda da concretização da situação abstrata descrita na norma. Mas, uma ordem jurídica formada apenas por regras engessaria o sistema. O legislador não é capaz de antever todas as situações passíveis de verificação na realidade. Daí porque os princípios permitem fluidez e dá textura aberta ao ordenamento, pois podem ser aplicados com maior ou menor intensidade.

## 4.2 NOÇÃO DE DERROTABILIDADE

---

o que ela seria incompleta. Arremata argumentado que, em teoria, todas as exceções podem ser listadas e quanto mais o for, mais completa é a regra.

É atribuída à Hart<sup>98</sup> a primeira ideia de derrotabilidade, com a expressão *a menos que*, que traz a noção de exceção. A *exceção* não é conceito novo, conforme alerta Fernando Andreoni Vasconcellos, já que uma regra pode ser excetuada. Contudo, a construção racional de Hart de que, ainda que preenchidas as condições necessárias e suficientes, a norma pode não incidir, em razão da existência de exceção não prevista, introduz originalidade ao Direito. “A derrotabilidade deve ser entendida como a capacidade de acomodar exceções”<sup>99</sup>. Portanto, a consequência da regra não é aplicada, é derrotada, por motivo de fato ou circunstância não prevista na norma.

A derrotabilidade surge a partir do reconhecimento de que não é possível antever todas as hipóteses fáticas, interpretações e situações que excepcionam a norma, o que acontece por motivo simples: surgem casos futuros até então desconhecidos, nos dizeres de Carster Bäcker. É impossível ter controle sobre todas as circunstâncias da vida, que provocam a mudança social e desafiam o direito posto.

Fernando Andreoni Vasconcellos, em sua Dissertação de Mestrado intitulada O Conceito de Derrotabilidade Normativa, cita o levantamento produzido por Luis Rodriguez e German Sucar referente aos principais aspectos atribuídos à derrotabilidade, elencando seus onze principais fatos geradores. Em seguida, conclui afirmando que, “sem embargo da falta de univocidade do termo “derrotabilidade”, é possível afirmar a existência de um núcleo comum atribuído ao seu conceito”<sup>100</sup>. Este núcleo comum é justamente a superação da norma jurídica, derrotando-a, a fim de alcançar resultado diverso daquele inicialmente previsto.

Para melhor e completa compreensão da derrotabilidade, duas percepções devem ser apreendidas: raciocínio não-monotômico e diferenciação entre norma e texto normativo. A primeira, raciocínio não-monotômico, fundamenta-se no entendimento de que a inserção de nova informação, no sistema de premissas iniciais, leva a conclusão diversa da prevista<sup>101</sup>. Logo, a introdução de exceção conduz a solução diferente da inicialmente pensada. Diferentemente ocorre no raciocínio monotômico, em que a conclusão não é alterada em razão da exceção. No campo do direito, observa-se, então, que a exceção implícita derrota a norma. No que tange a norma, ela é extraída do texto normativo, com ele não se confundido. Tanto é assim que, duas ou mais leis podem formar uma norma. A norma emerge com

---

<sup>98</sup> Herbert Lionel Adolphus Hart, referido como H. L. A. Hart, no ensaio *The Ascription of Responsibility and Rights*, 1948.

<sup>99</sup> BACKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 102, p. 55-82, jan./jun. 2011.

<sup>100</sup> VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. O conceito de derrotabilidade normativa. Curitiba, 2009. 132p. Dissertação (Pós-Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

<sup>101</sup> BACKER, Carsten. Regras..., *op. cit.*

resultado da hermenêutica, daí porque, princípios e regras são normas jurídicas. Tal percepção é importante porque a ideia de derrotabilidade irradia seus efeitos na norma jurídica.

Para Pablo Malheiros da Cunha Frota a derrotabilidade das normas jurídicas é entendimento aplicável, inclusive, aos enunciados, julgados pacíficos e súmulas vinculantes, pois a teoria “representa a possibilidade de tratamento de casos excepcionais, dentro de uma norma geral e abstrata aplicável *prima facie* a todas as situações normais ou típicas”<sup>102</sup>. E para Carster Bäcker a derrotabilidade é fator de diferenciação entre princípios e regras, já que, no seu pensar, o campo de atuação dela restringe-se as regras.

Aproveitando-se dos ensinamentos de Robert Alexy acerca dos princípios como mandamentos de otimização, Carster Bäcker defende interessante tese jurídica em que a derrotabilidade é critério de identificação e diferenciação dos princípios e das regras <sup>103</sup>. Conclui Carster Bäcker, professor da Universidade de Kiel, na Alemanha, que somente as regras são derrotáveis, pois nos princípios todas as circunstâncias relevantes são consideradas, porque as possíveis motivações das exceções são consideradas no processo de otimização, o que não ocorre com as regras:

Otimizar significa realizar um fim na maior medida possível, considerando todas as circunstâncias relevantes. No entanto, se todas as circunstâncias relevantes forem consideradas, como exigem os princípios, não pode haver exceções. Não existe “a menos que” nos princípios. Por outro lado, ao aplicar uma regra não é necessário levar em consideração todas as circunstâncias relevantes. Se a condição é satisfeita, segue-se a conclusão. A condição em uma regra é sempre um conjunto mais ou menos complexo e coesivo de circunstâncias das quais o resultado se segue, independentemente de outras circunstâncias que estão em jogo. Portanto, quando regras são aplicadas, uma condição “a menos que” pode surgir daquelas circunstâncias que não fazem parte da condição. A regra é, então, derrotada, devendo ser revisada. Um princípio nunca precisa ser revisado<sup>104</sup>.

Certo é que a derrotabilidade, como categoria jurídica nova ou não, seja ela incidente apenas nas regras ou nas normas jurídicas como um todo, é teoria em construção. Contudo, seus reflexos já são vistos na prática forense, porque algumas decisões judiciais a açabarcam na prestação jurisdicional<sup>105106</sup> ou a ela se referem para rejeitá-la, por desnecessária<sup>107</sup>.

---

<sup>102</sup> Frota, Pablo Malheiros da Cunha. Derrotabilidade das normas jurídicas e a sua aplicabilidade: o diálogo principiológico entre o direito contratual civil e o direito contratual administrativo. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 52, p.81-99, 2010.

<sup>103</sup> No seu próprio artigo intitulado *Regras, princípios e derrotabilidade*, Carster Bäcker enumera três opositores à sua tese jurídica, Giovanni Sartor, Jaap Hage e Aleksander Peczenik que entendem que tanto as regras quanto os princípios derrotáveis, e procura rebater as críticas que lhe são dirigidas.

<sup>104</sup> BACKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 102, p. 55-82, jan./jun. 2011.

<sup>105</sup> Embargos de declaração. Transferência de estudante dependente de empregado de sociedade e economia mista. Inexistência, no local de destino de instituição congênere. "Derrotabilidade" da vedação contida no artigo 99 da Lei 8.112/90. Aplicação da parte final da súmula 43 desta Corte. 1. A alegação de que à vista do disposto

### 4.3 DERROTABILIDADE NA ADOÇÃO

A derrotabilidade na adoção se traduz na análise da possibilidade de superação da regra explícita de irrevogabilidade da adoção pelo surgimento de exceções implícitas. Com isso, é preciso construir fundamentação teórica consistente e examinar princípios jurídicos, técnica da ponderação e argumentação jurídica.

#### 4.3.1 Irrevogabilidade e os Princípios Concretizados pelo Legislador

A adoção forma liame jurídico entre os envolvidos, ao tempo em que visa facilitar a promoção da afetividade ao permitir o convívio constante dos sujeitos. Pretende-se, no ideal da adoção, o cultivo do amor. Este sentimento de difícil definição, para muitos, não é objeto

---

no artigo 173, § 1º, II, da Constituição, os empregados de sociedade de economia mista e de empresas públicas que exploram atividade econômica não poderiam ser equiparados, para o fim da transferência deles e de seus dependentes, não tem, com a devida vênia, forte relevância jurídica, uma vez que o objetivo da norma constitucional não é restringir os direitos dos empregados daquelas pessoas jurídicas, mas sim não permitir que elas possam competir com as empresas privadas, usufruindo vantagens não aplicáveis a estas. 2. Por outro lado, o disposto na parte final da súmula 43 da jurisprudência predominante desta Corte ("A transferência compulsória para instituição de ensino congênera a que se refere o art. 99 da Lei 8.112/90, somente poderá ser efetivada de estabelecimento público para público ou de privado para privado, salvo a inexistência, no local de destino, de instituição de ensino da mesma natureza") não atenta contra a decisão do Plenário da Suprema Corte que, ao julgar a ADI3324/DF, relator Ministro Marco Aurélio, uma vez que nesse caso, a vedação em causa é "derrotável", porquanto o legislador (Carta Magna, art. 102, § 2º), ao editar o dispositivo (inexistência no local de destino de instituição da mesma natureza) em referência, não considerou essa circunstância em sua formulação normativa, de forma que o princípio do direito constitucional à educação (Carta Magna, art. 205), bem como o de que as normas restritivas devem ser interpretadas restritivamente "derrotam" a vedação contida no referido dispositivo legal. 3. Embargos de declaração não providos. (TRF 1ª Reg., EDAMS: 5553, GO 2001.35.00.005553-9, 6ª Turma, rel. Des. Maria Isabel Gallotti Rodrigues, j. 16/03/2005).

<sup>106</sup> "Expressiva jurisprudência da Suprema Corte, tem orientado que a lista de serviços é taxativa e exaustiva, sendo vedada a ampliação das atividades ali indicadas, mas seus itens comportam interpretação ampla e analógica para a compreensão das nomenclaturas, seu sentido e alcance, porque que uma atividade (espécie) poderia estar contida em outra (gênero), evitando-se com isso, que os efeitos tributários de um ato jurídico se confira a seus negócios ou atos jurídicos, propiciando um canal livre à evasão fiscal. Inúmeras são as hipóteses em que a diversidade terminológica não altera a substância da atividade desenvolvida, a ponto de desautorizar sua exclusão do campo de abrangência da atividade especificada em determinado item da Lista de Serviços.' (AgRg no REsp 763.958/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17.05.2007, DJ 31.05.2007 p. 342). Justamente em razão do princípio da derrotabilidade, que esclarece que os fatos derrotam a lei porque esta não pode prever todo o universo de situações sobre as quais o juiz deve decidir. (v. Jean Cruet, A vida do Direito ou a inutilidade das leis. 1908), impõe-se a interpretação da lista de serviços de forma a considerar as espécies de atividades e não o seu gênero. Desprovimento do recurso" (STJ, REsp 1170222, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 08.11.2010).

<sup>107</sup> "Mandado de Segurança. Transferência ex officio de militar. Indeferido pleito de matrícula no curso de Engenharia da Unicamp. Impossibilidade. Servidor que estudava na Universidade Federal de São Del-Rei, tendo direito à vaga em instituição de ensino no local de destino. Interpretação do disposto na Lei nº 9.536/1997, que regulamentou o artigo 49, parágrafo único, da Lei nº 9.394/1996. Exigência de que a transferência do universitário se dê entre instituições congêneras. Desnecessidade de aplicação do entendimento doutrinário acerca da derrotabilidade das regras, incluindo-se a hipótese dentre aquelas expressamente previstas em lei. Requisito satisfeito pelo impetrante. Precedente do STF no julgamento da ADI nº 3324-7. Apelação e reexame necessário não providos" (TJSP)

de discussão ou assunto a ser suscitado na temática jurídica. Todavia, no atual estágio de conhecimento humano, no qual se envolve as Ciências, torna-se quase que indispensável o levantamento do tema, porque ele é mola propulsora das relações, tornando-se mais evidente no Direito de Família.

A questão da presença ou ausência do amor não há de aparecer para configuração da culpa ou atribuição de responsabilidade civil, e para isso se edificou a teoria da afetividade, mas para colmatar prática jurídica com o campo da vida. A quebra do dever de cuidado e da afetividade são ensejadoras de dano, o que atrai a noção de responsabilidade, sendo que o cuidado como valor jurídico já está incorporado ao nosso ordenamento. A matéria ganha contornos técnicos “pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar”<sup>108</sup>.

No entanto, ignorar que legislação e decisões judiciais influenciam enormemente nas relações interpessoais e de amor é fechar os olhos para a realidade social. A confecção de leis e a prestação jurisdicional servem ao indivíduo, não são fins em si mesmas. Na adoção, a fixação de vínculo inquebrável dá força à relação que, no entanto, precisa ser desenvolvida no âmbito familiar.

Outorga-se ao adotado proteção especial para compensar a vulnerabilidade em que se encontra. Para isso, a adoção, tanto quanto possível, enche-se das características da filiação e relação de parentesco natural, a fim de que sejam eliminadas discriminações. Neste intuito, a lei, no art. 39, §1º, do ECA, dispõe explicitamente que a adoção é irrevogável, sem fixar exceções.

O texto da lei, na primeira parte do §1º, art. 39, diz “a adoção é medida excepcional e irrevogável”. Do dispositivo exprime-se a regra da irrevogabilidade. A norma jurídica, por conseguinte, dá conta que a adoção não pode ser desfeita, contrapondo-se à realidade anterior que, por simples acordo das partes, dissolvia-se a adoção. A intenção é a segurança jurídica no vínculo adotivo, enaltecendo o interesse do adotado ante as possíveis intempéries do adotante. Além disso, suscita no adotante a concreta dimensão de responsabilidade ao optar pela adoção, em face da irretratabilidade da medida.

O arcabouço da irrevogabilidade são os princípios, que são *prima facie* das regras. O legislador infraconstitucional deu concretude aos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade entre os filhos, afetividade, proteção integral e melhor interesse da criança. Vê-se

---

<sup>108</sup> STJ, REsp 1159242/SP, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrigh, j. 24.04.2012.

que o ponto comum dos princípios é o viés de beneficiar o adotado. Ou seja, a leitura que se faz dos princípios elencados é no fito de promover os direitos do adotando e protegê-lo.

O princípio da dignidade humana enxerga o indivíduo na sua essência, abraçando valores, condições e fatos que é indispensável moral, espiritual e materialmente. Dentro do núcleo intangível, o Estado deve facilitar a manutenção e a inserção da pessoa no seio familiar originário, derivado ou supletivo. Em decorrência da impossibilidade de ruptura da filiação consanguínea ou natural – inexistente norma jurídica que autorize o filho a deixar de ser filho, exceto na hipótese de adoção -, igual vedação se dá com o adotado, cuja adoção é irrevogável. Homenageia, assim, o princípio da dignidade.

A conclusão acima leva ao segundo princípio, igualdade entre os filhos. Na filiação não há diferença entre descendentes, sejam eles consanguíneos, naturais, ou não. Entre os filhos há igualdade de direitos e deveres, deixando de lado as designações discriminatórias. O adotado tem direito ao sobrenome, à relação de parentesco com os ascendentes, descendentes e colaterais do adotante, e à herança, conforme previsto no ECA. A consolidação da adoção se dá por meio do respeito ao princípio da afetividade, com observância do dever de cuidado. E o adotado se apresenta à sociedade como filho do adotante, cuja eficácia do ato não está sujeita a termo ou condição.

A proteção integral e o melhor interesse da criança estão ainda mais evidenciados na opção legislativa da irrevogabilidade. Na situação de normalidade, impossível a dissolução do vínculo, pois a permanência da ligação mostra-se protetora do adotado, que têm seus direitos assegurados.

Conclui-se, a vedação à revogação do vínculo de adoção é a concretude de princípios constitucionais e infraconstitucionais, cuja proposta é a valorização e proteção do adotado. Pensou-se no bem estar da parte vulnerável da adoção (o adotado), sendo a norma jurídica criada em seu favor. Na regra, vê-se que através da premissa adoção, chega-se a conclusão irrevogabilidade. Contudo, se causa superveniente macula a adoção, tornando-a imprópria ao adotado, é questionável manter o vínculo jurídico. É possível pensar em outra solução jurídica e os parâmetros a serem usados. É preciso construção de soluções jurídicas aos casos práticos em que a conclusão da regra não é viável.

#### 4.3.2 Técnica da Ponderação e Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade

Para entrega da prestação jurisdicional, a decisão judicial recorre, em grande parte, a subsunção, através da avaliação dos fatos, aplicando a lei ao caso concreto. Há casos difíceis

(*hard cases*), em que a solução não é encontrada pelo mecanismo da subsunção, é preciso ir além. Contudo, “ao se falar em nova interpretação constitucional dos princípios, ponderação de valores, teoria da argumentação, não se está renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções subsuntivas”<sup>109</sup>. Percebendo-se que a subsunção não desvenda a controvérsia, parte-se para outras técnicas.

Segundo Dworkin, no positivismo jurídico, nos *hard cases*, o magistrado age com discricionariedade. Entretanto, aduz que, na sua argumentação, as decisões judiciais não criam novos direitos retroativamente, apenas descobrem quais são os direitos da parte.

A técnica da ponderação é uma da forma de lidar com casos difíceis, “em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo a aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas”<sup>110</sup>. Desta forma, a técnica “resulta da explicação dos fatos, com opção de agir para o alcance de determinado fim particular”<sup>111</sup>, é uma escolha de procedimento pela ciência.

Luís Roberto Barroso descreve a técnica da ponderação em três etapas. Na primeira, o intérprete verifica quais são as normas aplicáveis ao caso e os possíveis conflitos entre elas. Na segunda, há exame dos fatos e circunstâncias, e sua interação com as normas. Na terceira e última etapa, faz-se a análise dos fatos e conjunto de normas de forma integrada, apurando o peso estabelecido a cada elemento e o grau de intensidade da prevalência. Logo, a ponderação está a par da proporcionalidade ou faz uso dela na mediação de interesses.

Os diversos Tribunais pátrios utilizam a técnica da ponderação nos julgados, sopesando direitos, valores e normas jurídicas. Através deste processo não há exclusão de interesses, mas atribuição de dimensão a cada um deles. Observe-se o que traz os Tribunais:

A ponderação de valores, técnica hoje prevalecente no pós-positivismo, impõe a duração razoável dos processos ao mesmo tempo em que consagra, sob essa ótica, a promessa calcada no princípio da isonomia, por isso que para causas com idênticas questões jurídicas, as soluções judiciais devem ser iguais (STJ, REsp 1111743 / DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.02.2010).

Revista íntima sem desnudamento. Colisão de direitos. Ponderação. Esclarecimentos. A técnica da ponderação é um instrumento relevante que visa solucionar questões afetas à colisão de direitos fundamentais. A revista íntima sem desnudamento, feita por empresa de segurança e transporte de valores, atende ao princípio da razoabilidade e não ofende a dignidade da pessoa humana”. (TRT 5ª Região - ED: 903006720075050464 BA, rel. Vânia Chaves, 1ª T., DJ 10/12/2008).

“A técnica da ponderação recomenda que a colisão de princípios seja solucionada pelo princípio da proporcionalidade, atendo-se às peculiaridades de cada caso.

<sup>109</sup> BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição, fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora., 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 346.

<sup>110</sup> Idem, p. 358.

<sup>111</sup> REALE, Miguel. Filosofia..., *op. cit.*, v. 1, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969, p. 241.

(TJES, AGT 24089015275 ES, rel. Ney Batista Coutinho, 4ª Câ. Cív., j. 23/06/2009).

Mandado de Segurança. Ensino Superior. Atraso no repasse de verba do Fies. Matrícula indeferida. Impossibilidade. Descabe a suspensão de matrícula de estudante vinculado ao sistema do Fies havendo atraso no repasse das verbas do programa. Necessidade de utilização da técnica da ponderação de interesses, devendo haver um balanceamento dos fatos com os princípios e normas jurídicas a serem utilizadas para a solução da questão. Garantia do direito fundamental à educação, que se contrapõe neste caso a problemas internos de repasse dos valores. Apelação improvida (TRF 5ª Região, AMS 90709 RN, rel. Frederico Pinto de Azevedo, 2ª T, j. 14/06/2005).

Quando se discute a norma proibitória da revogação da adoção num caso concreto, fala-se em caso difícil (*hard case*), pois não é possível a incidência de uma proposição clara a ser colhida do ordenamento jurídico e aplicada à controvérsia. Ao contrário, averigua-se que a regra não soluciona a questão e o que se pretende é sua inaplicabilidade. Plausível, então, verificar se a técnica da ponderação resolve a problemática.

A finalidade da regra do §1º do art. 39 do ECA (adoção é medida irrevogável) é pôr a salvo os interesses do adotado. Pois bem, supondo não ser vantajosa a manutenção do vínculo, pela ocorrência de fato grave imputado ao adotante ou por circunstâncias outras que impeçam ou dificulte o exercício de direitos do adotado, a simples técnica da ponderação não será suficiente a justificar a superação da regra explícita da lei.

A ponderação, no sistema brasileiro, é comumente relacionada ao balanceamento de normas de igual hierarquia. A regra da irrevogabilidade é norma infraconstitucional, embora - fugindo à análise perfunctória -, seja a concretização de princípios constitucionais. Por consentâneo, formam-se dois raciocínios quanto à ponderação na aplicação ou não da regra da irrevogabilidade da adoção: colisão de regra infraconstitucional e princípios da constituição, ou colisão entre princípios constitucionais.

O primeiro raciocínio esbarra na dificuldade de ponderação de normas de diferentes hierarquias. A norma infraconstitucional deve guardar compatibilidade com a Constituição Federal, já que é seu fundamento de validade. Logo, caso a regra da irrevogabilidade a ferisse, estaria sujeita à declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

Quanto ao segundo raciocínio, colisão de princípios constitucionais, não prescinde da identificação daqueles conflitantes. Relembre-se que a *ratio* das regras advém dos princípios, conseqüentemente elas são a consolidação de valores. A impossibilidade de desfazimento da adoção tem fulcro na dignidade da pessoa humana e igualdade entre filhos, ao lado de outros princípios, proporcionando a segurança jurídica no vínculo. No pedido de ruptura incidirão os

mesmos princípios, inexistindo propriamente colisão entre eles, pois o sentido será unívoco, ou seja, proteção do adotado.

Com resistência da pretensão pelo adotante a fim de conservar a adoção, é imperioso verificar que princípios lhe dão suporte. Feita varredura na CF/88 não são encontrados princípios específicos patrocinadores dos interesses do adotante. Na triagem, o princípio da dignidade da pessoa humana, na sua peculiar condição de pai ou mãe dedicado e respeitoso, por exemplo, poderia sustentar a alegação do adotante. Ocorre que, aí, estaríamos diante da colisão de dignidade humana versus dignidade humana, sendo que ninguém é mais digno que outrem, na acepção jurídica do termo. Com isso, a ponderação de valores pode não ser apta ao deslinde da celeuma, o que conduz à atenção ao princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade e razoabilidade – estas duas compreendidas na sua interligação - é mediador na busca de solução adequada e moderada aos fatos apresentados. Considerando bens, princípios e interesses diversos, procura-se o que é mais aceitável, ante as circunstâncias. Não há resposta prévia. Por meio do raciocínio com fulcro nos fatos, normas e princípios dissolve-se a questão. Duas ou mais grandezas são apreciadas e avaliadas, chegando-se a conclusão razoável.

Conforme demonstrado, a regra da proibição da revogação da adoção é concretização de princípios constitucionais e infraconstitucionais, que possuem o ponto comum de proteger a figura do adotado. Beneficiar o adotado e protegê-lo em seus direitos é o objetivo da norma, dando mais estabilidade à relação de adoção. Contudo, por motivo relevante, a manutenção do vínculo pode ser inviável e a ruptura o caminho a trilhar.

O pleito de desfazimento da ligação, aplicando-se o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, tomam por base as grandezas envolvidas. Suponha um caso extremo, em que o adotante mata os genitores do adotado a fim, justamente, de obter a adoção e, após anos de consolidação do vínculo, os homicídios sejam desvendados e identificado o autor dos delitos. Considere, ainda, que o adotado tome conhecimento dos fatos, o que torna insuportável sua convivência na família acolhedora. Para o deslinde do caso, é preciso apontar quais interesses presentes e mensuráveis no juízo de proporcionalidade e razoabilidade.

Na sua compreensão isolada, a proporcionalidade envolve necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Na hipótese delineada, a necessidade de rompimento do vínculo de adoção resta configurada. Isto porque, o adotado não pode ser obrigado a manter uma ligação com o algoz de seus pais. Em atendimento à sua dignidade, que perpassa pelo respeito aos seus íntimos sentimentos e estado de espírito, caso a ruptura lhe cause alívio psicológico e emocional, dentro do possível, está aí presente o critério da necessidade. Por

outro lado, a dissolução da adoção é medida adequada, pois não há outra forma de dissociar adotante e adotado, senão esta. A quebra do vínculo provoca consequências, a exemplo da retirada do sobrenome do adotante, o que não é alcançável com a simples destituição do poder familiar. Por fim, examina-se a proporcionalidade em sentido estrito.

O último critério, a proporcionalidade em sentido estrito, ressalta a ponderação de valores. “Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito)”<sup>112</sup>. Na sua análise percebe-se que os fins pretendidos pelo legislador, bem como a intervenção para o atingido, adotado, é a mesma, proteção dos seus interesses. A regra da irrevogabilidade da medida tem o objetivo de beneficiar o adotado, o que coincide com a pretensão de dissolução do vínculo. Vê-se aí uma questão a ser racionalizada.

Por sua vez, se se atentar apenas para o princípio da razoabilidade, como conceito à parte, verifica-se o cotejo entre meios e fins. Aqui objetiva-se decisão razoável, comedida. Logo, o corte do liame da adoção é o meio para chegar-se ao fim, o bem estar do adotado. Em face das circunstâncias hipotéticas, está é uma decisão aceitável e que prestigia o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como resguarda o adotado.

Mas, uma e outra consideração – proporcionalidade e razoabilidade -, embora chegue a resultado satisfatório, não apresenta solução para a questão da existência da norma jurídica da irrevogabilidade. As duas apontam que a permanência da filiação é inadequada, chega-se à conclusão da quebra do vínculo, mas não tratam da superação da norma.

Na proporcionalidade, no momento da ponderação de valores, vê-se que uma só ideia fundamenta duas conclusões diametralmente opostas. Uma do legislador, que traz a vedação da revogação, e outra do magistrado, que conclui pelo corte da ligação.

Na razoabilidade nota-se que o sopesamento entre os meios e os fins a serem alcançados induzem ao resultado, também, de ruptura da adoção. Para fazer valer real vantagem da adoção para o adotado e sua dignidade humana, dissolve-se o liame. Todavia, o modo de instrumentalizar o desfecho, carece de resposta.

Não é através da exegese da norma, nem da proporcionalidade e razoabilidade por si só que se alcança a completo desfecho. A exegese, porque a interpretação infere que a proibição da revogação foi criada para beneficiar o adotado e não se presta a provocar a

---

<sup>112</sup> MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 02 de junho de 2013.

alteração da lei. A proporcionalidade e razoabilidade, por não conseguirem demonstrar sozinhas as ferramentas de superação da regra expressa.

#### 4.3.3 Argumentação jurídica

Para sustentar a irrevogabilidade da adoção como regra derrotável, aprioristicamente se faz digressão à argumentação jurídica. Ponto crucial nas decisões judiciais, a ausência de motivação é causa de nulidade (CF art. 93, IX<sup>113</sup>), e a argumentação desenvolve o raciocínio jurídico embalador da deliberação. Não é diferente na exteriorização de uma ideia ou de um pensamento jurídico.

Luís Roberto Barroso diz que a argumentação jurídica tem três pilares: fundamentos normativos, não sendo suficiente tão somente a sustentação lógica ou moral; possibilidade de universalização dos critérios, com habilidade de utilização em casos semelhantes; e conjunto de princípios instrumentais e materiais, que dão carga axiológica. Ao trazer os balizadores, o autor pensa na argumentação jurídica e na técnica de ponderação usadas pelo magistrado ao formatar sua decisão. No entanto, é possível transportar os parâmetros para colorir o tema da superação da proibição da revogação da adoção.

O conjunto de normas, sustentáculo da matéria, está na Constituição e na legislação infraconstitucional, sendo este o arcabouço normativo da argumentação. A linha de partida é a consciência da existência de uma única regra - oriunda da opção legislativa de proteção do adotado -, que concretiza princípios constitucionais. O legislador ordinário não ficou inerte. Ao invés, seguindo a evolução social e normativa, balanceou abstratamente as vantagens e desvantagens da perenidade do vínculo jurídico, escolhendo a indissolubilidade da adoção. Conclui-se que, na pretensão de ruptura da ligação, existe somente uma regra, e ela é contrária ao objetivo almejado.

Por isso, ou seja, porque existe regra expressa proibitória da revogação, encontram-se decisões judiciais de extinção do processo sem resolução do mérito, numa avaliação estritamente processual e sem conteúdo axiológico. Se o ordenamento jurídico impõe regra que veda revogação - reconstruindo a ilação processual -, reside aí a impossibilidade jurídica do pedido. Sequer realiza-se a análise de fundo.

---

<sup>113</sup> Art. 93, IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

O direito é uno e, por esta razão, apreendido globalmente. Evidente que os institutos de seus diversos ramos têm funções próprias, que devem ser respeitadas. Porém, eles não impedem a análise crítica das situações que se apresentem. Por isso, sofrem contínuo processo de desenvolvimento, seguindo a mutabilidade da vida. “Por ser perene a atualização do justo, o Direito é condição primeira de toda cultura, e nisso reside a dignidade da Jurisprudência”<sup>114</sup>. Logo, os julgados são o reflexo da gradual transformação social.

Surge, então, a indagação se é possível superar a regra explícita oposta à pretensão da parte, que é calcada em fato relevante e amparado pela ordem jurídica - que não compactua com certos atos, fatos e condutas -, considerando, ainda, que a criação desta mesma regra se deu em benefício do requerente. A argumentação lógica obtém resposta afirmativa a pergunta, o que, contudo, não retira a necessidade de permanência da regra no ordenamento posto, nem apresenta a solução de como deixar se aplicá-la num caso concreto.

No pós-positivismo discute-se a aproximação do direito à moral, e do sentido de justiça substancial. Ao percorrer este caminho, Robert Alexy discorre sobre a reivindicação da adequação à moral. Diz que “a reivindicação pela adequação implica não apenas no poder legal de o juiz aplicar razões morais em casos difíceis, implica também na obrigação legal de fazê-lo, sempre que possível”<sup>115</sup>. Brota aqui o argumento moral na inaplicabilidade da regra.

A defesa de sentença judicial ou ideia jurídica que ressalta injusta é insustentável. Traz Alexy que Gustav Radbruch concebe que injustiça extrema não é direito. Certo é que nos posicionamentos jurídicos deve aportar conteúdo ético, que dá coerência ao sistema e suporte a vida em sociedade. Para tanto, o Estado democrático e constitucional abriga valores que não são encontrados apenas no direito positivo. Sendo que sua textura aberta permite a solução dos casos difíceis.

Duas coisas devem ser consideradas. Primeiro, que o direito necessariamente tem, como defende Hart, uma textura aberta, e, segundo, aqueles casos anteriormente explicados, que são comumente chamados “casos difíceis” (*hard cases*), não podem ser decididos apenas sobre razões consideradas exclusivamente a partir do direito positivo. Nesta situação, duas são as possibilidades. A primeira é a de que a decisão é tomada sem quaisquer razões, o que, contudo, é excluído pela reivindicação pela adequação. A segunda é a de que a decisão é tomada sobre razões que não são extraídas do direito positivo. Existem diferentes tipos de razões fora da classe de razões extraídas do direito positivo. A gama de razões compreende considerações de utilidade, tradição e ideias comuns sobre o que é bom e mal, tanto como sobre princípios de justiça. Pode-se considerar a questão de onde entre essas razões não-jurídicas está desenhada a linha divisória entre considerações morais e não-morais.

<sup>114</sup> REALE, Miguel. Filosofia..., *op. cit.*, v. 2, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969, p. 626.

<sup>115</sup> ALEXY, Robert. A natureza dos argumentos acerca da natureza do direito. Artigo originalmente publicado em inglês com o título: *The nature of arguments about the nature of law*, traduzido por *Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira e Bruno Costa Teixeira*. Disponível em <http://www.panoptica.org/marjun08pdf/marjun08006.pdf>, acesso 02 jun. 2013, ISSN: 1980-7775.

Não se pode duvidar, contudo, de que considerações de justiça pertencem ao conjunto de razões morais. Quando as razões do direito positivo se esgotam, a reivindicação pela adequação considera todos os tipos de razões, onde elas são boas razões para uma decisão judicial, contanto que seja dada prioridade às considerações de justiça sobre outras considerações que também não sejam baseadas no direito positivo. Isso é suficiente para estabelecer que a reivindicação pela necessária adequação se refere a razões morais onde a decisão não pode ser tomada apenas com fulcro no direito positivo<sup>116</sup>.

A argumentação moral conduz ao pilar da argumentação jurídica referente à que princípios constitucionais instrumentais e materiais dão carga axiológica a ideia de superação da regra. O princípio instrumental é o da proporcionalidade e razoabilidade, já analisado. Percebe-se que ele contribui no raciocínio da questão, mas, sozinho, é incapaz de dá solução adequada. Por outro lado, os princípios materiais explícitos, dignidade humana e igualdade entre os filhos, foram concretizados na regra da irrevogabilidade. Entretanto, não deixa, também, a dignidade humana de ser vetor para superação da norma.

Para fundamentar a não aplicação da regra, é preciso que os critérios orientadores sejam universalizados. Ou seja, em casos semelhantes, de iguais pressupostos, é alcançada a mesma solução jurídica. Os parâmetros podem ser: o fato repercute na relação de adoção ou o vínculo impede o gozo de outros direitos; o fato é uma exceção previsível pelo legislador; a solução não invalida o sentido para que a regra foi criada; inexistência de outro modo de resolução satisfatório.

Com a argumentação jurídica, há precisão na derrotabilidade da regra da revogação da adoção e campo de aplicação. “Determinação e aplicação não podem nunca produzir uma certeza jurídica perfeita, mas podem produzir uma certeza jurídica que seja adequada”<sup>117</sup>.

#### 4.3.4 Irrevogabilidade da Adoção como Regra Derrotável

A derrotabilidade é a existência de exceção implícita que torna a norma inaplicável. O §1º do art. 39, do ECA, traz que a adoção é medida excepcional e irrevogável, sem exceções. Mas, a vida não contém modelo único para encaixe no molde da norma. Aliás, o direito visa à organização e facilitação do convívio em sociedade, e não ser limitador à criação humana, nem limitado ou eterno. Se assim fosse, não ressoaria nos indivíduos, que não reconheceriam sua validade, em razão do disparate entre realidade e norma.

---

<sup>116</sup> Idem.

<sup>117</sup> ALEXY, Robert. A natureza dos argumentos..., *op. cit.* Ao divagar se coerção faz ou não parte da natura do direito, o autor acaba por concluir que determinação, aplicação e organização promovem certeza e eficiência jurídicas. Por sua vez, esses são valores formais e mínimos do direito que, quando necessário, é aplicado por coerção.

O dinamismo nas relações possibilita o reconhecimento jurídico de situações fáticas consolidadas, como a união estável e o casamento homoafetivos. Essa gradual transformação permitiu a descoberta do princípio da afetividade a acondicionar, principalmente, as relações familiares, atribuindo o dever de cuidado. Conforme dito em ponto acima, não há de descartar o exame da presença ou ausência do amor. Sua consideração tem por fim, não a atribuição de culpa ou responsabilidade – papel do princípio da afetividade -, mas o impacto que a decisão judicial terá na vida daqueles que sofrerão suas consequências.

Supondo que adolescente humilde tenha dado à luz e, por não ter condições de criar a criança, entregue-a para adoção. Imaginando, ainda, que após anos mãe e filho se reencontrem e firmem vínculo de afeto e amor. Pensando, por fim, que a aproximação é chancelada pelos pais adotivos, que, em ato altruísmo, juntamente com o adotado, ingressem com ação para revogação da adoção. Não se trata de burla à lei, simples incompatibilidade de convivência ou fuga ao cumprimento de responsabilidades pelos adotantes. Neste caso, a derrotabilidade pode ser vista como alternativa a hipótese.

A regra de irrevogabilidade da adoção conta com exceções implícitas, apresentadas nos fatos supervenientes à vigência da lei e que batem às portas do Judiciário. Embora não seja possível antever todas as excepcionalidades possíveis, é factível delinear parâmetros em que a derrotabilidade da regra apresente compatibilidade com o sistema, conforme exposto na argumentação jurídica.

A derrotabilidade (defeasibility) é figura nova. Discute-se seu conceito, estrutura da norma jurídica, insuficiência do procedimento de subsunção, justificativa e fatos geradores. Pouco se fala dos condicionantes que a tornam efetiva - sem transformar exceção em regra – e evitam arbitrariedades. A revelação de requisitos para incidência da derrotabilidade permite o uso racional, lógico e consentâneo da medida.

Fernando Andreoni Vasconcellos dispõe que Humberto Ávila sustenta que as regras não são superáveis com facilidade. O autor diz que Ávila traz modelo bidimensional dos requisitos, materiais e procedimentais. No material, há o cotejo do valor subjacente à regra (específico) e o valor formal subjacente às regras (conjunto), mantendo a segurança jurídica em razão da probabilidade de repetição de casos, para equilíbrio do sistema. Vasconcellos, citando Ávila, diz: “o grau de resistência da regra deverá ser tanto inferior quanto menos a tentativa de fazer justiça para um caso afetar a promoção da justiça para a maior parte dos casos (...)”<sup>118</sup>. Ao requisito material comentado, Vasconcellos soma o critério da

---

<sup>118</sup> VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. O conceito..., *op. cit.*

universalização, em que, em nome da coerência e do princípio da isonomia, os demais destinatários (casos semelhantes) são beneficiados com a solução e as consequências emergidas do caso anterior.

No procedimental, exprime-se fundamentação e comprovação condizentes, não basta controvérsia interpretativa. Para superar (derrotar) a regra, a motivação é indispensável. Na subsunção, justifica-se a aplicação da norma ao caso concreto, não sendo suficiente o mero enunciado textual, maior razão quando a exceção supera a regra para torna-la inaplicável. A justificação e sua exteriorização concedem validade à decisão.

Ultrapassada a linha doutrinária, a fundamentação é necessária de acordo com norma constitucional (CF art. 93, IX) e sua ausência causa de nulidade do ato. Emerge a motivação como princípio processual com dois enfoques complementares. Um, proteger os interesses das partes que, ciente das razões, convencem-se do acerto do julgado ou recorrem. Dois, assegurar interesse de ordem pública, garantindo a averiguação da imparcialidade do juiz. “A motivação das decisões judiciais é essencial para que se possa assegurar a participação da sociedade no controle da atividade jurisdicional, o que lhe confere legitimidade”<sup>119</sup>. Portanto, a motivação tem caráter doutrinário, normativo e político, pois, “vê-se, assim, que a garantia de motivação das decisões judiciais tem por fim assegurar uma justificação política para as decisões”<sup>120</sup>.

Feitas considerações quanto aos princípios concretizados pelo legislador, técnica da ponderação e princípio da proporcionalidade e razoabilidade, e argumentação jurídica, bem como traçadas as diretrizes condicionantes da derrotabilidade propostas por Humberto Ávila, passa-se agora à sugestão dos pressupostos para entendimento da irrevogabilidade como regra derrotável.

Os pressupostos a seguir listados e avaliados objetivam dar lógica ao acolhimento da superação da regra da irrevogabilidade da adoção, sem, porém, engessar as decisões judiciais. Através deles a segurança jurídica é garantida e a exceção é interpretada restritivamente, não desnaturando a essência própria da norma jurídica. Não se faz aqui nítida separação entre os pressupostos formais e materiais, focando-se na presença simultânea deles para configuração da derrota da regra. Abaixo seguem seis pressupostos de incidência desenvolvidos neste trabalho.

---

<sup>119</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, v. 1, 20 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 59.

<sup>120</sup> Idem.

**Preservação da ratio da regra.** Os princípios são formadores das regras. Possuidores de carga axiológica e ética, ao ditar a razão da existência da regra, sofrem concretização com a vigência desta norma jurídica. Então, da abstração surge o mandamento de definição.

Conforme suscitado anteriormente, a proibição de revogação da adoção é irradiação dos princípios da igualdade entre filhos, dignidade da pessoa humana, afetividade, melhor interesse da criança e proteção integral. O conjunto dos princípios tem finalidade de assegurar os interesses e proteger os direitos do adotado.

No histórico da adoção, o adotado era marginalizado, pois não lhe eram outorgados direitos iguais dos filhos legítimos ou naturais. Ainda, adoção era desfeita, inclusive, sem motivação. A irrevogabilidade ampara o adotado, que não pode ser escamoteado ou deixado de lado por não corresponder às expectativas dos adotantes. A *ratio* da regra favorece o adotado.

Brotada a exceção, averigua-se sua natureza íntima. Como dito, a regra assegura os direitos do adotado e, se a exceção pretenda também essa proteção, porém através de solução diversa da norma, a regra está garantida. A exceção confirma a regra e sua *ratio* é preservada.

**Universalização da motivação.** O caso concreto tem peculiaridades que não podem ser ignoradas, mas a motivação da solução deve transcender o particularismo individualista, transformando-se em fundamento justificador de demandas afins. Ao transportar as fronteiras do singular para irradiar seus efeitos em fatos análogos, põe-se salvo o princípio da isonomia.

O princípio da isonomia, na acepção substancial, requer desprendimento das algemas da igualdade formal para promover tratamento paritário a todos os iguais. Seus destinatários são o administrador, o legislador e o julgador. O fator de *discrimen* é permitido desde que a distinção seja dotada de razoabilidade.

É rechaçada a subjetividade que obstaculiza, em circunstâncias semelhantes, a igualdade da conclusão. A universalização dos argumentos para todos os destinatários em posições parecidas confere coerência. “O procedimento de universalização/generalização impõe que “a exceção” seja incorporada a norma, permitindo que possa ser invocada por todos que queiram dela se valer”<sup>121</sup>. Isto traz segurança para os atingidos pela norma jurídica.

**Superioridade das vantagens.** Restou esclarecido que a *ratio* da norma é a proteção do adotado. Ademais, na exceção, a *ratio* da regra é preservada. Ou seja, também a exceção quer assegurar melhor posição ao adotado. Considerando que as razões da regra e da exceção são

---

<sup>121</sup> VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. O conceito..., *op. cit.*

as mesmas, é necessário o sopesamento de suas vantagens e desvantagens. A primazia do benefício da exceção, então, indica que derrotabilidade é a opção adequada.

**Exceção previsível ao legislador.** Ao elaborar a regra, o legislador prevê a hipótese de incidência. Ao direito positivo soma-se o fato para que ocorra sua aplicação. Portanto, a norma é geral e abstrata e, às vezes, são inseridas exceções. As excepcionalidades previstas são as cláusulas a *minus* que expressas (exceções explícitas). Contudo, revelam-se exceções implícitas, não contempladas na norma jurídica.

As exceções reveladas, embora não previstas, devem ser previsíveis, considerando o contexto em que se manifestem. Na derrotabilidade da regra, impõe-se ausência de exceção teratológica ou casuística. A exceção inflige possibilidade e certa generalidade, senão faltará isonomia e nascerá o privilégio.

**Inexistência de outra medida adequada.** A máxima de que a exegese da exceção é restritiva encontra abrigo na superação da regra. Admitir a teoria da derrotabilidade é permitir que algo não assentado no direito positivo nele repercuta. Sendo a introdução de uma exceção implícita uma excepcionalidade, por si só, deve tal medida sofrer interpretação estrita para sua verificação e aplicação.

Por conseguinte, antes de derrotar a regra, é imprescindível observar se o resultado jurídico pretendido pode ser alcançado de modo diverso. Ou seja, se a solução da questão pode ocorrer de forma a preservar a norma jurídica em toda sua extensão. Acaso haja outra medida adequada àquela realidade, é ela que deve ser aplicada. Por exemplo, se a retirada do poder familiar dos pais adotivos seja suficiente ao deslinde dos fatos, desnecessário tornará a derrota da revogação da adoção.

**Preservação da segurança jurídica.** Em verdade, a observância dos pressupostos anteriormente apontados contribui para preservação da segurança jurídica. A delimitação de parâmetros diminui os riscos de instabilidade no ordenamento. Presente as condicionantes, a decisão se torna mais firme e embasada.

Também, a segurança jurídica advém da possibilidade de repetição da exceção. O reaparecimento frequente de fatos similares induz a conclusão que aquela exceção poderia e deveria ser prevista pelo legislador. A situação deixa de ser pontual e se torna reflexa de uma situação juridicamente relevante. Com isso, reduz-se o grau de discricionariedade, fundado em argumentos de direito.

Os seis pressupostos desenvolvidos no trabalho torna mais segurança a aplicação da derrotabilidade na adoção. O conceito de derrota da norma jurídica é novo e são apontados

pela doutrina vários fatos geradores. Então, os pressupostos elencados traçam um roteiro para a aplicação do instituto de modo a evitar arbitrariedades.

#### 4.3.5 Derrotabilidade e Revogação

A identificação de exceção não explícita à regra é a característica da derrotabilidade. Inferir a premissa da excepcionalidade altera a consequência jurídica, mas mantém-se a norma jurídica para a generalidade dos casos. Daí porque a derrota da regra não se confunde com a revogação.

Tratando-se de revogação de lei, o meio de ocasioná-la é outra lei. A derrotabilidade é uma inaplicabilidade episódica da norma ante a conformação de exceção implícita. Não há exclusão da norma no ordenamento jurídico. Aliás, a existência e a continuação da regra no sistema são da natureza da superação. Quer dizer, caso a derrota provocasse a exclusão da regra, inexistiria sentindo para criação da teoria, já que a revogação possui seus mecanismos.

Enquanto a derrotabilidade reconhece a importância da norma jurídica, já que é a partir dela que percebe sua inadequação no caso concreto, por consequência da cláusula *a menos que*, a revogação retira total ou parcialmente a norma do direito positivo. A revogação da lei é resolvida pelos métodos de solução de antinomia: *lex superior derogat legi inferior*; *lex specialis derogat legi generali*; e *lex posterior derogat legi priori*.

Uma vez emergida a exceção e identificados os pressupostos de superação da regra, é inevitável contemplar as consequências. Examina-se a revogação, não da norma jurídica, mas do ato de adoção. A revogação, então, provoca a extinção do ato jurídico.

#### 4.3.6 Derrotabilidade e Medida Judicial Cabível

A adoção tem como consequências o estado de filiação; a relação de parentesco; o direito de uso de sobrenome do adotante; a submissão do poder familiar ao menor; o direito à herança, inclusive, na sucessão legítima; o direito e dever à prestação de alimentos; atribuição de responsabilidade civil dos adotantes pelos atos do adotado menor; e outros. Os efeitos da adoção ocorrem com trânsito em julgado da sentença constitutiva.

Com a superveniência de situação que se transmuda em exceção implícita à regra de vedação da revogação e, considerando a obediência aos pressupostos listados no tópico precedente, a adoção é derrotada. O ato jurídico é revogado, extingue-se. Porém, até a decisão

de extinção o ato produziu efeitos, como o dever alimentar. Logo, o efeito da revogação é *ex nunc*, irretroativo.

Inexistindo mácula na origem da adoção, seus efeitos se propagam até a extinção do ato. Na hipótese contrária, vício congênito, haverá a invalidação, com possibilidade de efeito *ex tunc*, retroativo. Portanto, na derrotabilidade não há defeito na fonte, pressupondo um ato perfeito e válido, razão porque na adoção, neste caso, não há nulidade ou anulabilidade.

Controversa é a identificação da medida judicial cabível para reconhecimento da derrota da regra, com revogação do ato de adoção. Os tribunais pátrios têm se inclinado à ação rescisória<sup>122</sup> como a medida cabível para o desfazimento da adoção. A jurisprudência retrata que a ação declaratória de nulidade não é pertinente, em razão da natureza do ato de adoção ser sentença. Sendo a adoção oriunda de sentença constitutiva e não homologatória, seria apta ação rescisória e não ação declaratória de nulidade.

“Note-se que, com a “ação rescisória”, não se pretende a anulação (ou a nulificação) da sentença, eis que não há, *in casu*, nulidade ou anulabilidade”<sup>123</sup>. Ocorre que, ao tempo em que a teoria da derrotabilidade não trata de invalidação e, portanto, incabível ação declaratória de nulidade, a rescisória também não produzirá, invariavelmente, o resultado pretendido.

É que a rescisória serve para atacar sentença de mérito acobertada pela coisa julgada, nas hipóteses taxativamente disposta em lei (CPC art. 485) e que têm interpretação restritiva. Além disso, somente pode ser proposta dentro do prazo de 2 (dois) anos a contar do trânsito em julgado da decisão (CPC art. 495). Então, nem a derrotabilidade (e por consequência a revogação do ato) se encaixa numa das hipóteses *numerus clausus* da ação rescisória, nem sempre o prazo legal de 2 (dois) anos será decurso temporal suficiente para a emersão da exceção subjacente.

Antes da escolha da medida judicial pertinente, é necessária a digressão aos direitos da personalidade. Os direitos da personalidade são emanações do próprio indivíduo, decorrem da essência do ser. Eles não se confundem com os direitos das obrigações ou com direitos reais, conforme suscita Roxana Borges:

---

<sup>122</sup> Apelação cível. Ação declaratória de nulidade de adoção cumulada com pedido de cancelamento de averbação junto ao registro civil. Adoção deferida por sentença de mérito, a qual deve ser atacada via Ação Rescisória. A adoção deferida através de ação própria, com sentença de mérito de procedência transitada em julgada, deve ser atacada via Ação Rescisória, na forma do art. 485 do CPC, e não conforme os atos jurídicos em geral (Art. 486 do CPC). Impossibilidade jurídica do pedido deduzido em Ação Declaratória de Nulidade da Adoção, restando extinta, com base no art. 267 (...). (TJRS, AP: 70043305069 RS, 7ª Câmara Cív., rel. André Luiz Planella Villarinho, J. 28/09/2011).

<sup>123</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, v. 2, 18 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 9.

Considera-se, atualmente, que o objeto dos direitos da personalidade são projeções físicas ou psíquicas da pessoa, ou as suas características mais importantes. As projeções da personalidade, suas expressões, qualidades ou atributos são bens jurídicos e se apoiam no direito positivo. Os direitos da personalidade são uma categoria especial de direito, diferente dos direitos obrigacionais e dos direitos reais. Por meio dos direitos da personalidade se protegem a essência da pessoa e suas principais características. Os objetos dos direitos da personalidade são os bens e valores considerados essenciais para o ser humano<sup>124</sup>.

Os direitos da personalidade exigem o respeito à honra, a privacidade, ao nome, a imagem, a incolumidade física e psíquica, sendo listados no CC/2002 e na CF/88. O rol dos direitos da personalidade é *numerus apertus*, porque não são considerados simples direitos característicos. “Pelo contrário, são listas apenas exemplificativas e refletem dado momento histórico que está em veloz mutação”<sup>125</sup>.

Nesta toada, o enunciado n. 274 da IV Jornada de Direito Civil do CJF diz que a enumeração dos direitos da personalidade é meramente exemplificativa<sup>126</sup>. Já o enunciado n. 286, também da IV Jornada, traz que os direitos da personalidade dizem respeito à pessoa humana e não são atribuídos à pessoa jurídica<sup>127</sup>. Não obstante, os tribunais reconhecem o direito de indenização por danos morais a favor da pessoa jurídica, por conta da ofensa à sua honra objetiva, por exemplo.

Esses direitos possuem caracteres próprios relativos à proteção. À irrenunciabilidade e intransmissibilidade (CC/2002 art. 11) acrescentam-se ser extrapatrimonial, relativamente indisponível (cf. enunciados n. 4<sup>128</sup> e n. 139<sup>129</sup> da I e III Jornadas de Direito Civil do CJF, respectivamente), vitalício, impenhorável, absoluto (oponível *erga omnes*) e imprescritível.

A imprescritibilidade dos direitos da personalidade faz com que o decurso do tempo ou o desuso não os retire de seu titular. Reconhecem-se nas demandas que envolvem filiação

---

<sup>124</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 20.

<sup>125</sup> Idem, p. 25.

<sup>126</sup> Art. 11: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

<sup>127</sup> Art. 52: Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos.

<sup>128</sup> Art. 11: O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.

<sup>129</sup> Art. 11: Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.

o direito da personalidade, tema que trata da identificação do indivíduo<sup>130</sup>. Por conseguinte, diz respeito a direito imprescritível.

Muito se fala da imprescritibilidade referente à filiação biológica, especialmente com o advento do exame de DNA, na busca, principalmente, da delimitação da paternidade. Pouco se comenta acerca da filiação oriunda da adoção, que não sofre diferenciação na apreensão, outorga e defesa de direitos. Em deferência ao ditame constitucional da igualdade entre os filhos, a filiação na adoção também é imprescritível, a exemplo da posse do estado de filho. Neste passo, “cabe ao direito identificar o vínculo de parentesco entre pai e filho como sendo o que confere a este a posse do estado de filho e ao genitor as responsabilidades decorrentes do poder familiar”<sup>131</sup>. E, por consequência, a natureza imprescritível do direito.

Na busca pela via processual adequada, na discussão de direitos da personalidade que são imprescritíveis<sup>132</sup>, não se coaduna sustentar a ação rescisória como medida cabível. É que, como antes ressaltado, a ação rescisória tem prazo de 2 (dois) anos para sua propositura, conforme CPC. A existência de lapso temporal não se coaduna com a imprescritibilidade do direito. Cumpre destacar que, por óbvio, que presentes os requisitos processuais e obedecido o prazo legal, a ação poderia, em tese, ser ajuizada. De outro prisma, conforme dito, a ação declaratória não se presta à entrega da prestação jurisdicional, posto não se discutir invalidação.

Frente à análise feita, a proposta de ação através de procedimento comum ordinário é a solução adequada. Nisto, merece certo aprofundamento a coisa julgada. “A coisa julgada é a qualidade da sentença que torna os efeitos imutáveis e indiscutíveis”<sup>133</sup>. Sendo a adoção um ato jurisdicional, ou seja, sentença constitutiva, é ela acobertada pelo manto da coisa julgada. Entretanto, é admitida em sede doutrinária a relativização (flexibilização) da coisa julgada<sup>134</sup>.

---

<sup>130</sup> Direito civil. Família. Negatória de paternidade. Desistência e irrenunciabilidade ao direito de fundo. Indisponibilidade do direito. Art. 27 do ECA. 1. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça. 2. O estado de filho é irrenunciável e imprescritível, não sendo admitida a transação quanto ao direito de filiação. Seus atributos são pessoais e integram os direitos da personalidade. 3. A indisponibilidade do direito de filiação traz como consequência a impossibilidade de renúncia ao direito relativo ao estabelecimento da verdade biológica. No sistema normativo pátrio somente se permite a desistência quanto ao prosseguimento da demanda, sem, contudo, renunciar ao direito de fundo. 4. Recurso conhecido e não provido (TJDFT, AI: 20080020008861 / DF, 1ª T., rel. Carlos Rodrigues, j. 02/04/2008).

<sup>131</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito..., *op. cit.*, p. 359.

<sup>132</sup> Direito de personalidade. Estado da pessoa. Imprescritibilidade. Negatória de paternidade. Via inadequada. Ainda que indisponíveis e imprescritíveis os direitos atinentes ao estado da pessoa, a parte deve buscar pela via adequada a desconstituição da sentença que transitou em julgado, sendo que a negatória de paternidade não se presta a esta finalidade (TJRO, AP: 10000520060001653 / RO, 2ª Câmara Cív., rel. Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia, J. 30/05/2007).

<sup>133</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual..., *op. cit.*, p. 550.

<sup>134</sup> Extinção. Coisa julgada. Relativização. Retificação de registro civil. Estado de filiação. Adoção após a maioria do adotado realizada na vigência da constituição federal de 1988. Posse de estado de filho. 1. A coisa

Alexandre Câmara ao tratar da possibilidade de relativização da coisa julgada, a que chama de descon sideração da coisa julgada material, admite-a quando houver fundamento constitucional, ou seja, “apenas seria possível descon siderar-se a coisa julgada quando a mesma tenha incidido sobre uma sentença inconstitucional”<sup>135</sup>. E adiante diz que “o caso mais importante de descon sideração da coisa julgada é, sem sombra de dúvida, o dos processos em que se busque a declaração de existência ou inexistência de relação de parentesco”<sup>136</sup>.

É certo que a coisa julgada é proteção ao sistema e corolário da segurança jurídica e, por isso, deve ser preservada. Contudo, a ausência de fundamento constitucional na origem de sua formação não deve ser a única possibilidade de sua flexibilização, pelo menos nas ações em que discuta as relações de parentesco.

Especialmente no estado de filiação – direito imprescritível -, a coisa julgada deve ceder em prol dos direitos fundamentais. Na ponderação entre a preservação da coisa julgada e a conservação de direitos fundamentais, e sendo a derrota da regra a solução ajustada ao caso, matéria processual não pode ser empecilho à entrega da prestação jurisdicional. Ao contrário, o processo é mecanismo viabilizador da concretude de direitos.

#### 4.4 CASOS PRÁTICOS

A revogação da adoção como regra derrotável ganha visibilidade na apresentação de casos práticos, que o fundamento poderia ter sido utilizado. Paulo Lôbo, no seu livro Direito Civil – Famílias, narra duas decisões judiciais, uma do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e outra do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que admitiram excepcionalmente a dissolução da adoção. Traz o autor:

A adoção é irrevogável e não pode ser extinta por ato das partes. Todavia, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina admitiu excepcionalmente a dissolução de adoção, em 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 —, em virtude de

---

julgada não pode fugir aos limites objetivos e subjetivos da demanda. Com a alteração das partes e a inclusão do adotante, bem como em face de novos elementos trazidos à demanda, abre-se uma nova cognição que afasta a incidência da coisa julgada. 2. Não incide coisa julgada sobre processos de jurisdição voluntária, uma vez que não há lide entre as partes. A coisa julgada material se destina aos efeitos da sentença que decide a lide (art. 468, CPC); não havendo lide, não há coisa julgada. 3. Em matéria de filiação, a coisa julgada deve ser flexibilizada em nome dos interesses maiores em julgamento que caracteriza a excepcionalidade capaz de autorizar o afastamento da regra da coisa julgada material, em prol dos direitos fundamentais à filiação. É que o *status* de filho, mas do que fontes de direitos patrimoniais, ostenta um inquestionável viés existencial, como um substrato fundamental para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana... (TJSP. AP 9166190872006826 / SP, 3ª Câm. Cív., rel. Carlos Alberto Garbi, j. 04/10/2011).

<sup>135</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições..., *op. cit.*, v. 1, 20 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 499.

<sup>136</sup> *Idem*, p. 500.

inexistência de qualquer vínculo afetivo entre os envolvidos, que acabou gerando a instabilidade psicológica do adotado em face da obrigação de manter um sobrenome com o qual não se identificava, fundamentando-se no princípio da dignidade da pessoa humana (Ap. Cív. 032504-8). Também o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ainda que reconhecendo que a adoção é irrevogável, decidiu pelo cancelamento da adoção em situação existencial considerada excepcional, por força da incidência de direitos fundamentais e do princípio do melhor interesse da criança; no caso, dois primos passaram a viver juntos e tiveram uma filha, sendo que a mulher fora adotada quando criança pela mãe de seu companheiro, que era prima biológica da mãe daquela, levando a que seu relacionamento, juridicamente, fosse considerado incestuoso, impedindo o casamento deles, o que apenas seria possível com o cancelamento da adoção, além dos constrangimentos vividos pela filha, apontada como “filha de irmãos” (Proc. 1.0056.06.132269-1/001(1))<sup>137</sup>.

Passa-se ao exame conjunto dos dois casos práticos à luz da derrotabilidade e dos pressupostos de aplicação. Observa-se, inicialmente, que os fatos originários do pedido de desconstituição ou cancelamento da adoção foram ausência de ligação afativa do adotante e adotado e relação juridicamente incestuosa entre irmão consanguíneo e irmã adotiva, que gerou prole. Tratam-se de exceções implícitas à regra de irrevogabilidade.

É que o ECA dispõe que a adoção é medida irrevogável. A adoção visa à construção de relação socioafetiva entre os envolvidos. O liame afetivo é da essência da adoção que, mais que configuração de união jurídica, deve ser permeada por envolvimento emocional. Na sua falta, levando em conta as circunstâncias fáticas e jurídicas da situação, a ligação mostra-se inviável. Por outro lado, no caso de enlace amoroso entre irmãos adotivos, advindo prole, a adoção de um deles mostra-se impeditivo do exercício de outros direitos, a exemplo do estado de casado. Conclui-se que a adoção é irrevogável, *a menos que* não se construa afetividade de entre adotante e adotado (em razão de evento peculiar) e seja empecilho de gozo de direitos civis do próprio adotado.

Os seis pressupostos indicados no subitem 4.3.4 para derrotar a revogação estão presentes nos dois casos práticos relatados. Preservação da *ratio* da regra traduz-se no resguardo dos interesse do adotado, ou seja, a extinção da adoção não ofende valores, bens ou direitos do destinatário *prima facie* da irrevogabilidade. Diversamente, a quebra da adoção garantem a dignidade da humana. Universalização da motivação está na possibilidade de, situações análogos, as razões da decisão serem usadas. Nas demanadas acima, entre outras questões, não há litigiosidade na pretensão, pois os interesses de adotante e adotados convergem. Quanto a superioridade das vantagens da dissolução do vínculo de adoção são patentes. Isto porque, no primeiro caso o adotado poderá, inclusive, constituir relação filiação-paternidade com pessoa que cumpra o papel de pai. Já, no segundo, a revogação da adoção

---

<sup>137</sup> LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias..., *op. cit.*, p. 291.

refletirá até na prole da adotada, através de efeito ricochete. No que tange ao pressuposto de exceção previsível ao legislador, a falta de concreção do vínculo, bem como quando ele se torne impedimento ao exercício de outros direitos civis são exceções aptas a serem prevista na legislação. Ainda, a inexistência de outra medida adequada é verificada, por exemplo na inapropriação da destituição do poder familiar para salvaguardar os direitos do adotado. Por fim, a preservação da segurança jurídica se dá no fato de que a revogação da adoção nas casos analisados não debilita a irrevogabilidade. É que as exceções confirmam a proteção da dignidade do indivíduo.

Os casos práticos averiguados, assim como outras situações da realidade cotidiana, reclamam por soluções que, nem sempre, encontram respaldo na norma explícita. A teoria da derrotabilidade é uma das formas de atendimento a direitos legítimos.

## 5 CONCLUSÕES

A adoção é ato de louvável generosidade e amor, que requer superação de desafios. Sua formação se dá por sentença judicial constitutiva, ápice do procedimento jurisdicional em que há presença do Ministério Público e de equipe interdisciplinar, participando assistentes sociais e psicólogos. O apoio fornecido aos candidatos a adotantes objetiva a preparação para uma tarefa que requer afeto e para a qual não há instrução infalível, a de serem pais e mães. Acima da ligação jurídica, a conexão há de ser emocional. O relacionamento socioafetivo é construído no dia-a-dia.

Adotar é um ato de liberdade. Ninguém é obrigado a adotar, muito menos o maior de 12 anos tem o dever de aceitar a adoção. A adoção desencadeia ligação jurídica através de um ato jurídico complexo e solene. Criar este tipo de conexão com outro indivíduo é uma opção. Mas, a regra expressa do ECA diz que a permanecer com o vínculo é obrigação. Estabelece-se que a adoção é medida excepcional e irrevogável.

A paternidade e maternidade decorrente da filiação biológica aponta, *a priori*, uma responsabilidade latente. Ao ser genitor de prole consanguínea, sabe-se dos encargos advindos deste papel por uma questão de formação cultural. A irrevogabilidade da adoção tem o intuito de fazer responsável o adotante diante a impossibilidade de ruptura do vínculo, ao tempo em que o adotando deixa de ser visto como coisa, e pois objeto de devolução, para ser enxergado como pessoa, concretizando o princípio da dignidade humana.

A irrevogabilidade da adoção aponta no ordenamento jurídico em razão da evolução da normativa. Por conta da eliminação da discriminação de adotado frente aos filhos naturais e legítimos, a partir da CF/88 procurou-se o *status* de igualdade entre os descendentes. Outorgou-se permanência à adoção, que não pode ser realizada por escritura pública, nem ser revogada por vontade das partes. Legislação superveniente ao CC/1916 extirpou do sistema as hipóteses em que era permitida a dissolução do vínculo. A adoção é ligação emocional e psicológica, cumprindo-se o princípio da afetividade com a emersão do dever de cuidado, educação e orientação do adotado.

Mas, por vezes, o ideal não se concretiza na realidade fática ou, ainda que vivenciado, há fatores supervenientes que interferem na relação. Por conseguinte, a dissolução da adoção torna-se imperativa. Não se pretende com a extinção do vínculo o retorno ao *status quo ante* em que o adotando era tratado como objeto. Ao contrário, a ruptura do elo deve ser feita para a garantia da continuação da incidência do princípio da dignidade da pessoa humana.

A dissolução não se traduz em revogação da regra da irrevogabilidade da adoção, de forma que a norma jurídica expressa seja retirada da legislação, com uso das regras de solução de antinomias (superioridade, especialidade e temporariedade). O que se propõe é a superação da regra (revogação da adoção como regra derrotável), porém mantendo-a no direito posto, porque cumpre a função de proteger o adotado na maioria dos casos.

A derrotabilidade surge como a identificação de exceções implícitas que emergem de casos futuros e superam a regra. É a introdução da cláusula *a menos que* formulada por Hart e que provoca a alteração da conclusão em consequência da introdução de nova premissa. Nota-se, a solução a ser dada, portanto, contraria a regra expressa da lei, o que poderia suscitar a discussão acerca da ofensa do princípio da separação dos Poderes. Contudo, a resolução é encontrada no próprio campo da norma jurídica e do sistema vigente. Não fere qualquer princípio, diversamente, reforma a aplicação de alguns deles.

A exceção que derrota a regra está abrangida dentro da própria norma e somente não foi prevista porque é incabível ao legislador o domínio de todas as circunstâncias frente ao dinamismo da vida e a capacidade inventiva do homem. A exceção está viva na norma, porém implicitamente. A superação da regra requer o apoio de outro tipo de norma, os princípios, sejam constitucionais ou infraconstitucionais.

Observa-se, não há usurpação do Poder Judiciário das funções típicas do Legislativo, o que provocaria a ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Cada um dos Poderes continua atuando no seu âmbito de atribuições. O que há, em verdade, é avanço para além da dogmática do positivismo jurídico, propagador da legalidade pura e da dissociação entre moral e direito. Para tanto, faz-se necessário o utilização da técnica da ponderação e do princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

A regra da irrevogabilidade da adoção é a concretude dos princípios constitucionais da igualdade entre os filhos e da dignidade da pessoa humana, além dos infraconstitucionais da afetividade, proteção integral e melhor interesse da criança. Este arcabouço objetiva da salvaguarda do adotado. A *ratio* da regra é a proteção e benefício do adotado. E a superação da regra deve obedecer à igual razão. A regra da irrevogabilidade da adoção é derrotável, com o surgimento de exceção implícita, e para que a medida se dê com margem de segurança, os seis pressupostos desenvolvidos neste trabalho são necessários.

Os seis pressupostos indicados para derrotar a revogação são: preservação da *ratio* da regra, universalização da motivação, superioridade das vantagens, previsível ao legislador, inexistência de outra medida adequada, e preservação da segurança jurídica. É claro que

persiste certa margem de subjetividade, inerente a decisão. Mas, tais parâmetros diminuem os riscos da discricionariedade.

A derrota da regra da proibição da adoção é benéfica ao próprio adotado em hipóteses em que a manutenção do vínculo constitua malefício. Se a adoção visa salvaguardar direitos do adotado e se esta mesma medida passa a lhe provocar danos, impedindo-o, por exemplo, de exercer certas prerrogativas que lhe são outorgadas, a manutenção do ato jurídico perde sua razão de ser. É imprescindível o respeito ao princípio da liberdade pelo adotado, ainda mais quando a regra que lhe seria favorável passa a ser um entrave. O Direito não pode cerrar os olhos às situações como esta e pretender um legalismo simplório, destituído carga axiológica.

A medida judicial cabível para efetivar a derrota da regra e revogar o ato de adoção não é ação rescisória ou ação declaratória de nulidade. A primeira é rechaçada porque a derrotabilidade não se encontram entre as hipóteses legais, previstas do CPC, que permitem o uso da medida, além do inconveniente da existência do prazo decadencial de 2 anos. E a segunda é rejeitada porque não se discute invalidação do ato, mas sua extinção por situação superveniente. Então, a propositura de ação através do procedimento comum ordinário é a via adequada.

Por fim, na demanda pretende-se desconstituição da sentença judicial constitutiva de adoção. Entretanto, não há ofensa ao instituto da coisa julgada, que é imutável e indiscutível. Isto porque, o objeto da ação versa sobre direitos da personalidade, que tem a característica da imprescritibilidade. Roga-se, assim, a flexibilidade da coisa julgada.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **A natureza dos argumentos acerca da natureza do direito**. Disponível em: < <http://www.panoptica.org/marjun08pdf/marjun08006.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

ALMEIDA, Beth; BRAGA, João Paulo; MARQUES, Márcia; FUENTE, Rogério dy la. Mudança de foco nos processos de adoção reforça papel do psicólogo. **Revista Diálogos: Psicologia, Ciência e Profissão**, Brasília, ano 9, n. 8, 2012.

BACKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. n. 102. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição, fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. 1. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **Lições de Direito Processual Civil**. v. 2. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COSTA, Nina Rosa do Amaral; ROSSETTI-FERREIRA, Maria Clotilde. **Tornar-se pai e mãe em um processo de adoção tardia**. *Psicol. Reflex. Crit.* [online]. 2007, vol.20, n.3.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. **Revista dos Tribunais, São Paulo**, 8. ed.2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 5. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Derrotabilidade das normas jurídicas e a sua aplicabilidade: o diálogo principiológico entre o direito contratual civil e o direito contratual administrativo. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 52, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. v.1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONGALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito civil brasileiro**. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Jus Navigandi**, [online], ano 5, n. 41, 2000.

MATTOS, M. P.; HERNANDES, M. A. F.; ELOY C. B. Adoção e devolução: a criança devolvida. **Encontros na Psicologia** [online], 1 ed., 2011.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico, plano da validade**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 5, 2001

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORENO, Alessandra Zorzetto. Adoção: práticas jurídicas e sociais no Império Luso-Brasileiro (XVIII-XIX). **História** [online], vol. 28, n.2. 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Método, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

ORLANDO, Gomes. **Questões de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 5. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

PEREIRA, Tânia da Silva, Da adoção. *In: Direito de família e o novo código civil*. DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo d Cunha. 3. ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

PRESOT, Regiane Sousa de Carvalho. A irrevogabilidade da adoção: um direito humano. **Revista Internacional de Direito Internacional e Cidadania**. v.5, n. 13, 2012.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do Direito**. v. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

\_\_\_\_\_. **O princípio da afetividade no direito de família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/859>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O conceito de derrotabilidade normativa**. 132p. Curitiba, 2009. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2009.

ZARIAS, Alexandre. A família do direito e a família no direito: a legitimidade das relações sociais entre a lei e a Justiça. **Rev. bras. Ci. Soc.** [online], vol.25, n.74, 2010.