

**AJES - FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE
DO JURUENA
BACHARELADO EM DIREITO**

MARLENE FERNANDES DOS SANTOS

**UMA ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE
DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE FRENTE À ADOÇÃO À BRASILEIRA**

JUÍNA/2012

MARLENE FERNANDES DOS SANTOS

**UMA ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE
DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE FRENTE À ADOÇÃO À BRASILEIRA**

Monografia apresentada ao curso de Bacharelado em Direito, da Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador:

Prof. Me. Vilmar Martins de Moura Guarany

JUÍNA/2012

**AJES - FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE
DO JURUENA**

BANCA EXAMINADORA

**Prof. Me. Vilmar Martins de Moura Guarany
ORIENTADOR PRES**

**Prof. Me. Luis Fernando Moraes Mello
COMPONENTE DA BANCA**

**Profa. Ma. Christiane Splicido
COMPONENTE DA BANCA**

JUÍNA/2012

À memória de meus pais, Lauro e Rosa.
Ao meu esposo e filhas e a Deus por ter nos
dado forças em mais esta jornada.

AGRADECIMENTOS

A conclusão de um curso não está limitada à entrega da presente obra; ela é construída ao longo dos anos dedicados ao curso da faculdade.

Dessa forma, muitas pessoas fazem parte desse processo, às quais quero agradecer por terem participado de diferentes formas de cada uma das etapas vividas.

Aos professores, e em especial ao meu orientador, professor mestre Vilmar M. Moura Guarany, com quem pude aprender conceitos e prática profissionais com diferentes olhares e edificar um aprendizado baseado em laços de amizade, e, sobretudo, respeito ao próximo.

Às minhas colegas de sala, em especial à “eterna” D. Maria Gregória (*in memoriam*); verdadeira amizade em qualquer que fosse a dificuldade da vida acadêmica ou fora dela.

À minha família, por estar sempre ao meu lado, confortando e auxiliando, o que, certamente, amenizou cada dissabor advindo das experiências acadêmicas, para, ao final desta jornada, desfrutarmos juntos o sabor da vitória de mais uma batalha vencida. Obrigada por vocês existirem na minha vida.

E, finalmente, a mim por ter me permitido modelar por exemplos de vida e pelo comprometimento em me esforçar na realização de um projeto que significa o encerramento de uma etapa e o começo de uma paixão: ser advogada.

RESUMO

A adoção à brasileira é a mais antiga forma de adoção já registrada no Brasil. É considerada uma adoção informal, que, contudo, uma vez realizada, produz todos os efeitos de uma adoção formal. É uma espécie de família substituta por afinidade, de comum acordo entre os pais biológicos e os adotivos. Sua denominação é uma criação da jurisprudência que, apesar de estar tipificado no artigo 242 do Código Penal, é suscetível de clemência, como forma de garantia da convivência familiar. A proteção do melhor interesse do menor é um dos princípios fundamentais da convivência familiar, e vem sendo observado nas decisões de nossos Tribunais, visando à inviolabilidade dos direitos do adotado. Garantindo, sempre que possível, sua permanência junto à família adotiva. A adoção à brasileira, apesar da inexistência do processo legal, possui a finalidade proposta pelo Estatuto da Criança e Adolescente - ECA, qual seja, de dar aos menores abandonados por seus pais biológicos a oportunidade de ter uma família.

Palavras-chave: Adoção à Brasileira - Convivência Familiar - Família Substituta - Princípio do Melhor Interesse - Perdão Judicial.

ABSTRACT

The Brazilian style adoption is the oldest form of adoption ever recorded in Brazil. It is considered an informal adoption, however, once made, produces all the effects of a formal adoption. It is a kind of surrogate family by marriage, by mutual agreement between the adoptive and biological parents. His name is a creation from the case, despite being criminalized in Article 242 of the Criminal Code, is susceptible of clemency as a guarantee of family life. The protection of the best interests of the child is one of the fundamental principles of family life, and has been observed in the decisions of our courts, aiming at the inviolable rights of the adoptee. Ensuring, where possible, remaining close to the adoptive family. The Brazilian-style adoption, despite the absence of the legal process, has the purpose proposed by the Child and Adolescent Statute - ECA, namely, to give abandoned children by their biological parents the opportunity to have a family.

Keywords: The Brazilian Adoption - Family Living - Family Substitute - Principle of Best Interest - Judicial Forgiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I - DO DIREITO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR	11
1.1 Origem e conceitos de família.....	12
1.2 Família na Constituição Federal de 1988	16
1.3 Princípios referentes ao direito de família	18
1.4 Do pátrio poder ao poder familiar: princípio da igualdade dos pais	25
CAPÍTULO II - EVOLUÇÃO DO DIREITO DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA	30
2.1 A evolução legislativa do direito da infância e adolescência no contexto familiar	30
2.2 Convenção Internacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes	33
2.3 Do Código de Menores	35
2.4 ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente	37
CAPÍTULO III - COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA COMO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA.....	40
3.1 Origem e conceito da adoção civil legal na modernidade.....	40
3.2 Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente e a nova lei de adoção.....	44
3.3 Modalidades e procedimentos para a adoção civil	47
CAPÍTULO IV - DA ADOÇÃO À BRASILEIRA	51
4.1 Adoção à brasileira e a aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	51
4.2. Adoção à brasileira e seus efeitos jurídicos.....	56
4.2.1 Causas e consequências sociais da adoção à brasileira	57
4.3 Previsão de aplicabilidade do perdão judicial na garantia da continuidade à convivência familiar e comunitária da criança e adolescente	59
4.4 Decisões jurisprudenciais no tocante a adoção à brasileira.....	62
CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
REFERÊNCIAS.....	69

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca fomentar e ampliar a discussão sobre adoção como uma das medidas protetivas dos direitos da infância e juventude. Pretende verificar a aplicabilidade das disposições legais nos casos das adoções realizadas nos moldes à brasileira, à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A adoção à brasileira se constituiu historicamente como uma das primeiras formas de amparar, dar um lar, e, sobretudo, afeto às crianças abandonadas por seus pais biológicos. Essa prática foi pela primeira vez noticiada no Código de Hamurabi, na Babilônia, por volta dos anos 2283 e 2241 a.C.. Já no Brasil, o primeiro registro legislativo sobre adoção surgiu em 1916, com o denominado Código Civil Brasileiro. Destaca-se, contudo, que a prática da adoção não era muito bem vista pela comunidade religiosa, pois se tratava, em sua maioria, da regularização de filhos adulterinos, e não baseado em atender ao interesse da criança.

O instituto da adoção encontra amparo legal quando regulado pela Constituição Federal de 1988, pelo ECA/90, pelo Código Civil 2002, e, mais recentemente, pela Lei 12.010 – Nova Lei da adoção. Diferentemente do disposto no Código Civil de 1916, onde a adoção somente era permitida a casais que não tivessem filhos e que já possuíssem mais de cinquenta anos, o atual código prevê que o adotante pode adotar quantos filhos quiser. O novo texto alterou, ainda, significativamente as possibilidades de uma intervenção arbitrária do Estado na vida de crianças e jovens.

Nesse contexto, o Capítulo I do presente trabalho realizará uma abordagem sobre o direito da convivência familiar, verificando sua origem e seu conceito; volta-se à explanação trazida pelo texto constitucional de 1988 acerca dos direitos fundamentais da criança e do adolescente e os princípios norteadores da convivência familiar.

O Capítulo II tece um panorama da evolução histórica do posicionamento da criança e do adolescente no contexto sócio familiar; seu reconhecimento como

sujeito de direitos e a legitimidade desse reconhecimento, bem como os dispositivos legais relativos à infância e adolescência.

Seguidamente, o Capítulo III apresenta a questão que envolve a colocação de crianças em famílias substitutas como um direito da criança, sobretudo, da convivência familiar, visto que se trata da adoção, propriamente dita. Neste momento será apreciada a origem e o conceito do instituto da adoção na modernidade, verificando as alterações inseridas pelas atuais legislações, observadas as modalidades de adoção existentes e seus procedimentos legais.

Por fim, no Capítulo IV, objeto deste trabalho, será explicitada e minuciosamente estudada a questão que envolve a modalidade de adoção à brasileira. Averigua-se a previsão da aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, quando da realização deste tipo de adoção, que vise à inviolabilidade do direito à convivência e sua permanência na família adotiva.

Esse tipo de adoção, apesar de produzir efeitos jurídicos, também está tipificado no Código Penal e reflete diretamente no direito de família. Ainda sobre o assunto, são examinadas as possíveis causas sociais, bem como suas e consequências no mundo jurídico apresentando decisões jurisprudenciais visando o melhor interesse do adotado.

Este capítulo trata das garantias dos direitos fundamentais através da aplicação de medidas protetivas de colocação em família substituta, especificamente da inviolabilidade deste direito quando se trata da realização da adoção à brasileira, considerando-se a aplicação do princípio do melhor interesse do adotado. Ainda, analisa os critérios sociais que levam à opção por essa modalidade de adoção, bem como convida à prática reflexiva dos impactos sociofamiliares que tal prática lega à vida dos envolvidos – adotante e adotado – na esfera do direito civil.

Como forma de melhor entender a aplicabilidade do melhor interesse da criança nos casos de adoção à brasileira, esclarece sobre seus conceitos e sua finalidade.

Considerando o exposto, surgiram os seguintes questionamentos: o princípio da aplicabilidade do melhor interesse da criança e do adolescente garante a inviolabilidade dos direitos fundamentais do adotado? A colocação de crianças em famílias substitutas como direito à convivência familiar é parte da garantia da

inviolabilidade de direito? A permanência no convívio familiar é direito do adotado mesmo essa prática sendo ilegal? A prática da adoção à Brasileira pode trazer consequências jurídicas e sociais para os envolvidos?

Diante destes questionamentos, será realizado um estudo bibliográfico, descritivo com abordagem qualitativa, objetivando demonstrar a aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente nos casos de adoção à brasileira, como forma de garantir a inviolabilidade dos direitos fundamentais do adotado.

Para contemplar este objetivo, serão utilizadas como fonte de pesquisa, publicações científicas do âmbito jurídico em formato tradicional e eletrônico, exame de livros, investigações de artigos e críticas elaboradas por juristas da área. Serão utilizadas, ainda, as atualizações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais.

A análise dos dados será feita com o intuito de verificar as garantias do direito do adotante e adotado, em manter a convivência no seio de suas famílias substitutas frente à adoção à brasileira. Feita uma leitura minuciosa, as informações serão categorizadas e analisadas conforme a análise do discurso.

O tema apresentado observa-se, é de grande relevância para a comunidade acadêmica, visto que a adoção à brasileira ainda hoje é uma prática constante, e se trata de uma questão social, ampla e não isolada, que deve ser melhor estudada. Ante as circunstâncias que envolvem essa questão, deve ser sempre observado o princípio do melhor interesse da criança, no que tange à aplicação das penalidades previstas. Assim, o conhecimento dos resultados da pesquisa em apreço, pode dar ao jurista embasamento legal para decidir a relevância da verificação da aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, no intuito de preservar os direitos do adotado, em caso deste tipo de adoção.

CAPÍTULO I - DO DIREITO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Antes de adentrar ao assunto em curso, faz-se mister uma breve reflexão sobre o direito de família, o qual, nos últimos tempos, vem sofrendo consideráveis modificações, visando acompanhar a dinâmica da sociedade, sobretudo, no contexto familiar.

O Direito de Família está voltado a regular a vida das pessoas, envolvendo tanto a questão social quanto patrimonial. Neste contexto, na lição de Beviláqua:

Direito de família é o complexo de normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.¹

Diante disso, observa-se que o instituto do direito de família é o ramo que mais tem sofrido modificações; sua abrangência é extensa, vez que a questão que envolve a sociedade familiar é ampla, devendo esta, portanto, tutelá-la em todas as suas formas.

Com desígnio de esclarecer sua abordagem no contexto familiar, o ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente² dispõe em seus artigos 19 e 24 que o direito à convivência familiar é inerente a toda criança e adolescente^{3 4}. Neste caso, é de fundamental importância que essa convivência seja harmoniosa e satisfatória, pois a

¹ BEVILÁQUA, Clóvis, *Apud* VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Família**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 9.

² DIGIÁCOMO, Murillo José. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. Curitiba . Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2010. O Estatuto da Criança e do Adolescente comparece no nosso ordenamento jurídico enquanto forma de regulamentação do art. 227, da Constituição Federal, que absorveu os ditames da doutrina da proteção integral e contempla o princípio da prioridade absoluta. Disponível em: <http://www.mpdf.gov.br/porta1/pdf/unidades/promotorias/pdij/Legislacao%20e%20Jurisprudencia/ECA_comentado.pdf> Acesso em: 15 set. 2012.

³ Art. 19 do ECA, dispõe que o Poder Público, em todos os níveis (municipal, estadual e Federal), tem o dever de desenvolver políticas públicas voltadas à proteção integral da saúde de crianças e adolescentes, em regime da mais absoluta prioridade.

⁴ Art. 24. ECA, prevê que a perda e a suspensão do pátrio poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

criança, desde a sua origem, deve ser tratada como pessoa e sentir-se protegida no seio da família em que vive, seja ela natural ou adotiva, priorizando sempre seu bem estar.⁵

1.1 Origem e conceitos de família

Para a abordagem deste tema é necessário, primeiramente, fazer um exercício no sentido de estimular o nosso imaginário sobre a origem e o conceito de família e suas relações na sociedade, embasado em análises teóricas e legislativas, permitindo uma compreensão mais abrangente desta importante instituição no contexto da sociedade. Nesse sentido podemos iniciar respondendo a seguinte indagação: Qual a origem da família e como podemos defini-la na atualidade?

Para responder aos questionamentos acima recorreremos a alguns autores importantes neste campo do conhecimento, no sentido de melhor abordar sobre sua origem e conceituar a família na sociedade atual.

Na antiguidade, o casamento era monogâmico, embora se admitisse o concubinato. Com a chegada do Código de Hamurabi, por volta dos anos 2.283 e 2.241 a.C., o sistema familiar da Babilônia passou a ser orientado por lei patriarcal.⁶ Já no que se refere ao Código de Manu, este reiterou de forma explícita a incapacidade da mulher, apesar de admitir o divórcio, mas essa decisão cabia somente ao marido.⁷

Destaca-se que no Direito Romano o termo “família” era utilizado tanto para se referir às coisas ou pessoas. O patrimônio era considerado como coisa, enquanto que pessoa se referia, à consanguinidade.

⁵ VIANNA, Guaraci de Campos. **Direito Infanto-Juvenil: Prática e Aspectos Multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 88.

⁶ LOUZADA, A. M. Gonçalves. Evolução do conceito de família In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo. Ed Revista dos Tribunais, 2011. cap.16 p. 264.

⁷ LOUZADA, A. M. Gonçalves. Evolução do conceito de família In: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo. Ed Revista dos Tribunais, 2011. Cap.16 p. 264.

Convém ressaltar que a formação da família primitiva em algumas tribos fundou-se de forma poligâmica ou monogâmica patriarcal ou matrilinear, apresentando-se como um grupo natural de indivíduos, unidos por diversas relações biológicas.⁸ Esta, portanto, não se limitava na consanguinidade do grupo, pois o estado de natureza conduzia essa aproximação até mesmo por questão de sobrevivência. Assim, na visão de Louzada:

A humanidade sempre se portou e se mostrou de forma aglomerada, tendo em vista a necessidade de viver em comunidade. É psicologicamente difícil o ser humano a vida segregada, sem compartilhamento, sem trocas. E a partir junção de dessa junção de pessoas começaram a se formar as famílias. A ideia de família surgiu muito antes do direito, dos códigos, da ingerência do Estado e da Igreja na vida das pessoas.⁹

Interessante ressaltar que, embora a família não tenha sido criada pela religião, ela se mantinha unida pela divindade, uma vez que a família era considerada a perpetuação da vida do *pater* família. O critério de parentesco, na família antiga, não era o ponto determinante para formação da entidade familiar, e sim, aqueles que tivessem a mesma religião,¹⁰ ou seja, havia um vínculo de afetividade.

Essa situação acima descrita, embora tenha ocorrido em tempos distantes da realidade atual, não perdera totalmente sua essência, uma vez que a família continua sendo a base da instituição familiar, ainda que, por questões sociais, tenha sofrido algumas alterações. Conforme pontua Silveira¹¹, a família é o lugar indispensável para a garantia da sobrevivência e da proteção integral dos filhos e demais membros, independentemente do arranjo familiar ou da forma como vêm se estruturando. É a família que propicia, ou deveria propiciar, os aportes afetivos e, sobretudo, materiais necessários ao desenvolvimento e bem-estar dos seus componentes. Ela desempenha um papel decisivo na educação formal e informal; é

⁸ CUNHA PEREIRA, Rodrigo. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 2ª ed. rev, atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 42.

⁹ LOUZADA, A. M. Gonçalves. Evolução do conceito de família In: DIAS, Maria Berenice (org.). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo. Ed Revista dos Tribunais, 2011. Cap. 16, p.264.

¹⁰ NOGUEIRA, M. de O. Instituição da família em a cidade antiga. In: - WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. 4ª ed. rev. Atual. Belo Horizonte. Del Rey, 2008 p.112.

¹¹ SILVEIRA, Maria Lucia da. **Família: conceitos sócio antropológicos básicos para o trabalho em saúde**. Fam. Saúde Desenv., Curitiba, v.2, n.2, jul./dez. 2000. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/refased/article/view/4927/3751>> Acesso em: 10 out. 2012.

em seu espaço que são absorvidos os valores éticos e humanitários e onde se aprofundam os laços de solidariedade. É também em seu interior que se constroem as marcas entre as gerações e são observados valores culturais.

A família, sem sombra de dúvidas, é o lugar do “aconchego”, onde o sujeito se sente seguro, amparado, ou seja, onde a pessoa se sente no mundo. Mas é muito importante também dizer que a família precisa ser respeitada no seu modo de ser e de viver, em suas particularidades e singularidades, no seu espaço social e cultural. Quando isto não ocorre, a família é violentamente discriminada, diminuída, inferiorizada e manipulada.

Portanto, é necessário que se tenha o devido cuidado no processo de abordagem, seja qual for, junto à família, principalmente daquela família considerada “pobre”, “vulnerável” e sujeita a uma intervenção social ou jurídica por parte do Estado. Dependendo da forma que se faz a abordagem, do olhar e do conceito que se tem de família, a chance de se injustiçar uma família é imensa, devido sua amplitude. Com relação a esta situação colocada, Venosa pontua que “a conceituação de família oferece, de plano, um paradoxo para sua compreensão (...) não existe identidade de conceito para o direito, para a sociologia e para a antropologia”.¹²

O conceito de família tem sofrido inúmeras transformações nos últimos tempos, tendo em vista o surgimento das legislações. Para o direito brasileiro, a família sempre esteve ligada àquele conceito construído de pais e filhos unidos pelo casamento regulado e regulamentado pelo Estado. Porém é necessária uma análise, buscando contextualizá-la, para bem além da imagem de família construída a partir do casamento ou da família biológica, evitando, de certa forma, fazer uma análise precipitada e descontextualizada. Nas palavras de Sarti:

A família não se define, assim, pelos indivíduos unidos por laços biológicos, mas pelos significantes que criam os elos de sentido nas relações, sem os quais essas relações se esfacelam, precisamente pela perda, ou inexistência de sentido [...]¹³

¹² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de família**. 8ª ed. e reimpr.. São Paulo: Atlas, 2010. p 1.

¹³ SARTI, Cynthia Andersen. **A Família como Ordem Simbólica**. Fam. Saúde Desenv., Curitiba, v.2, n.2, p.58-64, jul./dez. 2000. Disponível em:

A família delimita-se, desse modo, por uma história que vai sendo contada aos indivíduos desde que nascemos, ao longo do tempo, por palavras, gestos, atitudes ou silêncios.

Deste modo, compreende-se que cada família traz no seu interior a sua própria história e identidade. Sarti ainda enfatiza que “a família, como um mundo social, não é uma soma de indivíduos”.¹⁴ Mesmo com as definições extremamente complexas de família frente à evolução constante da sociedade, com relação a mudança de cultura e hábitos familiares, Paulo Nader ensina que:

Família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum.¹⁵

Neste mesmo sentido, Patiño pontua que, não obstante à necessidade de um conceito único, como família deve-se compreender um grupo de pessoas interligado através de vínculos afetivos e jurídicos, que nascem através do casamento ou apenas por parentesco.¹⁶ Diante das inúmeras definições entende-se que a família é a extensão de uma sociedade democrática, composta por grupos diversos.

Embora a análise jurídica do conceito de família deve ser feita examinando os aspectos históricos da instituição, entende-se que transformações significativas ocorreram tanto na realidade social da família, quanto às leis que regem esta instituição. Assim, considera-se que esta é uma visão ampla de família e que mais se aproxima da realidade cotidiana da sociedade contemporânea, diante das constantes mudanças promovidas no decorrer dos tempos.¹⁷

<<http://www.scielo.br/pdf/pusp/v15n3/24603.pdf>> Acesso em: 10 out. 2012.

¹⁴ SARTI, Cynthia Andersen. **A Família como Ordem Simbólica**. Fam. Saúde Desenv., Curitiba, v.2, n.2, p.58-64, jul./dez. 2000. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/pusp/v15n3/24603.pdf>> Acesso em: 10 out. 2012.

¹⁵ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: direito de família. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.3.

¹⁶ PATIÑO, Ana Paula Corrêa. **Direito Civil**: direitos de família. São Paulo: Atlas, 2006, p.p. 1.- 4

¹⁷ DUCATI, Bruna Freitas. **Análise do processo de adoção de crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em:

<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/bruna_ducati.pdf> Acesso em: 05 set. 2012.

1.2 Família na Constituição Federal de 1988

Com o advento da Constituição Brasileira de 1988 em seu artigo 226, § 5º, o Estado ampliou o conceito de família, passando a reconhecer a união estável entre o homem e a mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. E ainda reconheceu que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Em relação à nova realidade trazida pelo novo texto constitucional Oliveira enfatiza que:

O legislador constituinte de 1988 positivou aquilo que já era costume, aquilo que de fato já existia na sociedade, ampliando o conceito de família e protegendo, de forma igualitária, todos os seus membros. Não foi a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que a mudança na concepção de família ocorreu. A Lei Maior apenas codificou valores já sedimentados, reconhecendo a evolução da sociedade e o inegável fenômeno social das uniões de fato.¹⁸

Do mesmo modo a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226 § 3º, representou uma inovação na forma de se compreender uma constituição familiar, agora não necessariamente proveniente de um casamento formal, mas fruto de uma “união estável” entre um homem e uma mulher, como entidade familiar protegida pelo Estado, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

A união entre um homem e uma mulher, legalizada ou não, com certa duração, enquadra-se nos moldes de um núcleo familiar, um agrupamento de pessoas unidas por laços de sangue, vínculos afetivos e comunhão de interesses¹⁹. Neste sentido, sob a égide constitucional a construção familiar por qualquer dos pais e seus descendentes, ambos, passou a ter tratamento igualitário sem qualquer discriminação. A esse respeito Coltro explica que, “o reconhecimento da família sem

¹⁸ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 91.

¹⁹ LAZZARINI, Alexandre Alves. *et al.* **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família, aspectos constitucionais, civis e processuais**. Vol. 2 Coordenadora: Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 73.

casamento representa uma quebra de paradigmas, institucionalizando-se a realidade e organizando as relações sociais".²⁰

Neste mesmo contexto, Dias bem destaca que:

O alargamento das relações interpessoais acabou deitando reflexos na conformação da família, que não possui mais um significado singular. As mudanças da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer na conjugalidade, quer na parentalidade. [...] expressões como legítimas, espúria, adulterina, informal, impura estão banidas do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas, nem mesmo com referências às relações afetivas, nem aos vínculos parentais. Seja em relação à família, seja no que diz respeito aos filhos, não se admite qualquer adjetivação.²¹

Neste cenário de reflexão sobre a modificação do paradigma de significado de família, é importante ressaltar que toda evolução possui uma consequência, seja ela boa ou ruim. Contudo, é necessária a sua adequação, já que o objetivo é justamente resguardar o direito das pessoas em todas suas formas.

Ainda, nas palavras da autora:

O direito das famílias - por estar voltado à tutela da pessoa - é personalíssimo, adere indelevelmente à personalidade da pessoa em virtude de sua posição na família durante toda a vida. Em sua maioria é composto de direitos intransmissíveis, irrevogáveis, irrenunciáveis e indisponíveis.²²

Por sua vez, de acordo com os ensinamentos de Maria Helena Diniz²³, o moderno direito de família, marcado por grandes mudanças e inovações, rege-se por princípios tais como o Princípio da *ratio* do matrimônio e da união estável, segundo o qual o fundamento básico da vida conjugal é a afeição e a necessidade de completa comunhão de vida.

²⁰ COLTRO, Antônio Carlos Mathias, (Org.). In ----- **O direito de família após a Constituição Federal de 1988**, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo: 2000. Cap. 1, p. 30.

²¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 39.

²² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 35.

²³ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do direito**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 215. *Apud* PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Disponível em:

,http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf> Acesso em: 10 ago. 2012.

É de suma importância ressaltar, que o vínculo afetivo construído entre as relações conjugais são determinantes para uma relação duradoura. Mas é necessário se verificar que a afetividade não é conferida apenas às relações entre casais, homem e mulher, uma vez que, devido ao alargamento do significado de família, esta pode ser constituída de diversas formas, como por exemplo, a união estável, constituída sob a denominação informal, albergada pela Constituição Federal, que acabou por ser reconhecida pela sociedade com uma entidade familiar; a homoafetiva, também considerada pela jurisprudência como mera sociedade de fato; a monoparental sendo aquela constituída por apenas um dos pais e seus descendentes; a anaparental, construída pela convivência entre parentes ou não dentro de estrutura com identidade de propósito, ou seja, a formação de uma entidade familiar; a pluriparental ou mosaico, reconstituída por uma nova união na qual um ou ambos os companheiros já possuam filhos, formando uma nova estrutura familiar; a paralela, aquela denominada concubinato, no qual há um relacionamento concomitante ao casamento.²⁴

Como visto, a Constituição Federal em seu artigo 226 amparou a entidade familiar e sua pluralidade de formas, sem distinção. Atribuiu a cada uma delas seu valor e sua importância como entidade familiar, como princípio de convivência e respeito às suas diferentes formas; princípios esses, que trouxeram mudanças significativas na constituição da entidade familiar, principalmente no referente ao surgimento de novos regramentos jurídicos que visam tutelar a convivência no contexto familiar, conforme serão elencados no tópico seguinte.

1.3 Princípios referentes ao direito de família

Os princípios constitucionais do Direito de Família originaram significativa evolução ao ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no sentido de reconhecer o pluralismo familiar existente no plano fático, em virtude das novas espécies de família que se constituíram ao longo do tempo.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p. 48.

O advento da Constituição Federal de 1988 foi a principal mola propulsora para a instalação dos princípios norteadores do direito de família. Após sua promulgação, em resposta à necessidade de comandos, inúmeras leis foram surgindo, visando suprir demanda dos novos tempos, como por exemplos as leis 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente-, 8.560/92- sobre investigação de paternidade-, 8.971/94 e 9.278/96 - sobre união estável e concubinato. Em janeiro de 2002 foi publicada a Lei n. 10.406,²⁵ instituindo um novo Código Civil para o Brasil. Contudo, apesar dos empenhos na construção do novo texto normativo, não se conseguiu suprir a todas as concepções da atual família brasileira.

Neste sentido, Dias afirma que:

O princípio da interpretação conforme a constituição é uma das mais importantes inovações em sede de técnica interpretativa, ao propagar que a lei deve ser interpretada, sempre, a partir da lei maior. Assim, os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas.²⁶

Destaca-se que os princípios constitucionais se convertem em preceitos norteadores do direito de família, já que sua aplicabilidade visa preencher as lacunas da lei, sanando possíveis falhas do sistema.

Ainda Dias leciona que:

É no direito da família que mais se sente o reflexo dos princípios eleitos pela Constituição Federal, que consagrou como fundamentais valores sociais dominantes. Os princípios que regem o direito da família não podem se distanciar da atual concepção da família dentro de sua feição desdobrada em múltiplas facetas. A Constituição Federal consagra alguns princípios, transformando-os em direito positivo, primeiro passo para sua aplicação.²⁷

Para a mesma autora, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido inúmeros princípios constitucionais implícitos, destacando que inexistente hierarquia entre os princípios constitucionais explícitos ou implícitos.

²⁵ RIBEIRO, Paulo Hermano Soares,(org.). Perspectiva panorâmica. *In*:----- **Nova Lei de Adoção Comentada: Lei 12010 de 03 de agosto de 2009. São Paulo.** Mizuno 2012. Cap.1, p.p. 29 - 50.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4ª edição revista, atualizada e ampliada- São Paulo. Editora Revista dos Tribunais,2007. p.p. 54 e 55.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4ª edição revista, atualizada e ampliada- São Paulo. Editora Revista dos Tribunais,2007. p. 54.

É difícil quantificar ou tentar nominar todos os princípios que norteiam o direito da família. Alguns princípios não estão escritos nos textos legais, mas têm fundamentação ética no espírito dos ordenamentos jurídicos para possibilitar a vida em sociedade. Cada autor traz um número diferenciado de princípios, não se conseguindo, sequer, encontrar identidade em um número mínimo em que haja consenso.

Bobbio ensina que “os princípios são normas generalíssimas, isto é, são as normas mais gerais do sistema e contém o espírito que paira sobre todas as leis, cuja origem pode ser identificada, inclusive como uma norma fundamental”.²⁸

Para melhor entender sobre a função dos princípios, Dias²⁹ pontua que todo um novo modo de ver o Direito emerge da Constituição Federal; verdadeira carta de princípios, que impõe eficácia a todas as suas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, conforme disposto no artigo 5º § 1º da CF.

Sua eficácia reforça de forma geral o sistema jurídico, definindo qual a melhor solução para cada caso. Sua finalidade é consubstanciar as decisões, de acordo a complexidade que a letra da lei não consegue suprir.

Assim, é a visão de Bonavides:

Os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional, o que provocou sensível mudança na maneira de interpretar a lei. Muitas das transformações levadas a efeito pela carta constitucional são frutos da identificação dos direitos humanos como valor fundante da pessoa humana, a ensejar o consequente alargamento da esfera de direitos merecedores de tutela. Os princípios - considerados leis das leis - deixaram de servir apenas de orientação ao sistema jurídico infraconstitucional, desprovidos de força normativa.³⁰

²⁸ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999, *Apud* PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família**. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf?sequence=1> Acesso em: 20 set. 2012.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 54.

³⁰ BONOVIDES, Paulo. Curso de Direito constitucional, p. 237. *Apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 54.

Parafraseando Lobo³¹ que salienta que tais princípios são confirmadores e, portanto, imprescindíveis para a aproximação do ideal de justiça, a qual não dispõe exclusivamente de força supletiva, já que os mesmos têm sua eficácia imediata ao aderirem ao sistema positivo compondo juntamente com as leis uma nova base axiológica e abandonando o estado de virtualidade a que sempre foram relegados- Tartuce ensina que:

Muitos desses princípios são cláusulas gerais, janelas abertas deixadas pelo legislador para nosso preenchimento, para complementação pelo aplicador do Direito. Em outras palavras, o próprio legislador, por meio desse novo sistema aberto, delegou-nos parte de suas atribuições, para que possamos, praticamente, criar o Direito.³²

Do exposto, entende-se que é a partir dos princípios é que surge o direito no qual se firmam as regras sociais num todo, já que dele emana toda interpretação aplicada ao direito.

Dias ressalta que existem princípios gerais que se aplicam a todos os ramos do direito, assim como princípio da dignidade, da igualdade, da liberdade; o princípio da proibição de retrocesso social, da proteção integral a crianças e adolescentes, etc; seja em que situações se apresentem, sempre são prevalentes, não só no âmbito do direito da família. No entanto, há princípios especiais que são próprios das relações de família e que devem sempre servir de norte na hora de se apreciar qualquer relação que envolva questões familiares, despontando, entre eles, o princípio da afetividade e o do melhor interesse da criança e do adolescente.³³

Neste sentido, Pereira³⁴ esclarece que em razão da prevalência dos princípios norteadores da família, se faz importante elencar alguns dos principais princípios que são imprescindíveis na aplicação do Direito de Família, sobretudo, na

³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar, p.182. *Apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 54.

³² TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro**. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br> Acesso em: 10 out. 2012.

³³ DIAS, Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.57.

³⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família**. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf?sequence=1> Acesso em: 20 set. 2012.

aproximação do ideal de uma justiça igualitária, no âmbito familiar. Dentre eles o Princípio da dignidade humana o qual se encontra disposto no art. 1º, III, da constituição Federal de 1988; Princípio da monogamia; Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; Princípio da igualdade e respeito às diferenças Princípio da autonomia e da menor intervenção estatal; princípio da pluralidade de formas de família; princípio da afetividade.

Segundo o autor, somente a partir de uma sólida base principiológica é possível a reflexão de paradigmas sobre o que é justo ou injusto, devendo levar sempre em consideração os valores morais, muitas vezes esquecidos.

Importante ressaltar que da reflexão dos princípios constitucionais do Direito de Família, o princípio da dignidade Humana é o mais amplo, pois engloba valores e princípios mais abrangentes, o qual foi recepcionado pela Constituição Federal em seu art. 1º inc. III, onde há isonomia ao reafirmar a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher e o tratamento jurídico igualitário dos filhos amparado pelo artigo 5º, I da CF, compõe toda a estrutura da família; a solidariedade social que tem por objetivo ser útil ao próximo resguardado pelo artigo 3º, I da CF; e a afetividade sem o qual, é impossível, que haja a convivência. Nesse contexto, o referido princípio ganha tamanha dimensão jurídica³⁵, o que o tornou recepcionado universalmente.

Tratando-se da dignidade da pessoa humana, observa-se que a raiz etimológica da palavra dignidade provém do latim *dignus*, que é aquele que merece estima e honra.³⁶ A dignidade da pessoa humana seria um juízo analítico revelado primeiramente pelo conhecimento. O predicado (dignidade) que se atribui ao sujeito (pessoa humana) integra a natureza do sujeito e um processo de análise o extrai do próprio sujeito. Sendo a pessoa um fim em si, jamais um meio para se alcançar outros desideratos, devemos ser conduzidos pelo valor supremo da dignidade.³⁷ Esse princípio é considerado o mais abrangente de todos os princípios porque irradia todos os demais construindo sua essência. Sua relevância no direito de

³⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de família**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

³⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.p.112

³⁷ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 3.

família não é por acaso, visto que a família tem por base o princípio da dignidade humana, sem a qual não há que se falar em bem estar, tampouco sentimento, solidariedade, liberdade, igualdade ou respeito às diferenças.

No que tange ao princípio da monogamia, este se refere ao modelo de organização da família conjugal. O sistema monogâmico não se funda apenas no regramento moral; é, acima de tudo, um sistema organizador das formas de constituição familiar, que contraria o sistema poligâmico, que tem sua origem grega e, literalmente, significa a união de uma pessoa com muitos cônjuges ao mesmo tempo, referindo-se tanto ao homem quanto à mulher. A monogamia, portanto, se funda no Sistema no qual o homem não pode ser, simultaneamente, esposo de mais de uma mulher, e a mulher esposa de mais de um homem.

Convém ressaltar que a monogamia, segundo Daniel³⁸ “não se trata de princípio de direito estatal de família, mas, sim, de uma regra estrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado”, visando à proteção da estrutura familiar.

É importante destacar que o princípio do melhor interesse, objeto deste trabalho, disposto pela lei 8.069 de 13 de julho de 1990, teve sua origem “no instituto do direito anglo-saxônico do *parens patrie*, no qual o Estado assumia a responsabilidade pelos indivíduos considerados juridicamente limitados, quais sejam os loucos e os menores³⁹”, e consolidado pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Sendo, portanto, considerado um dos mais importantes norteadores da convivência familiar, bem como o princípio da afetividade, já que favorece o bem estar, a amizade, o respeito, o amor fraterno e paterno e estreitam os laços familiares conduzindo ao carinho entre os membros da família.

Neste sentido, pontua Barboza:

O melhor interesse da criança, como princípio geral, não se encontra expresso na CF ou no ECA, sustentando a doutrina especializada ser ele

³⁸ SARMENTO, Daniel. A Ponderação de interesses. *Apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 58.

³⁹ VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Compreendendo a criança como sujeito de direito**: a evolução histórica de um pensamento. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>> Acesso em: 12 out. 2012. p. 23

inerente à doutrina da proteção integral (CF, art. 227, *caput*, e ECA, art. 1º)[...] da qual decorre o princípio do melhor interesse como critério hermenêutico e como cláusula genérica que inspira os direitos fundamentais assegurados pela Constituição às crianças e adolescentes⁴⁰

Importa ressaltar que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, muito embora não esteja elencado explicitamente no texto constitucional, é de suma importância para a preservação de seus direitos.

Com efeito, o Código Civil Brasileiro em seu art. 1.621 determina que “O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor”. Isto é, não existe a preferência para os genitores e, sim, a conveniência para a preservação do direito da criança.

Neste sentido, Dias leciona que para atender ao melhor interesse do menor, infelizmente, nem sempre é possível a permanência deste junto aos seus genitores:

Em face da garantia à convivência familiar, há toda uma tendência de buscar o fortalecimento dos vínculos familiares e a manutenção no seio da família natural. Porém, às vezes, melhor atende os interesses do infante a destituição do poder familiar e sua entrega a adoção. O que deve prevalecer é o direito à dignidade e ao desenvolvimento integral, e, infelizmente, tais valores são preservados pela família. Daí a necessidade de intervenção do Estado afastando crianças e adolescentes com o contato dos genitores, colocando-os a salvo junto a famílias substitutas.⁴¹

Diante disso, qualquer que seja a decisão a ser acolhida, deve permanecer aquela que melhor atente pela segurança e o bem-estar da criança ou adolescente. A permanência ou não da criança na família natural deve atender ao melhor interesse que contribua para o seu crescimento e desenvolvimento pleno. Caso contrário, o poder da família sobre o filho será destituído, por força do poder judicial, para, então, ser colocado em uma família substituta, denominada adoção.

⁴⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: **A família na travessia do milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000. p. 206. Disponível em: <http://www.lexeditora.com.br/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES SOBRE_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx> Acesso em: 15 set. 2012.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 65.

Agir de forma contrária ao interesse daquele a quem a lei visa beneficiar, agride todo o sistema de proteção criado para que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente seja preservado.

1.4 Do pátrio poder ao poder familiar: princípio da igualdade dos pais

Antes de adentrar-se em discussão sobre pátrio poder, é necessário fazer um breve olhar sobre a história da família antiga.

Nas palavras de Rosa, "O pátrio poder é apontado pelos juristas com uma das mais antigas normas sociais, sendo a cidade de Roma posta em destaque por ter sido a primeira e melhor a organizar juridicamente a questão do pater família"⁴²

Esse poder se sustentava em preceitos religiosos, dos quais se assentava a função da família, Segundo Wolkmer⁴³, a religião doméstica foi baseada no culto dos mortos, ao determinar a existência, em cada casa, de um altar com fogo sagrado sempre aceso, e a reunião diária da família em torno dele para a adoração aos seus deuses. Isso demonstra que o que caracterizava a família era a possibilidade de cultivar e adorar os mesmos deuses, sob princípio da autoridade paterna.

Para o mesmo autor, o poder paterno é uma das peças fundamentais para se entender a antiga concepção da família, da autoridade, da herança, da propriedade. Em outras palavras, a relação de dependência e subordinação representa o critério informativo do parentesco civil entre os amigos.

Nesse sentido, o que determinava constituição da família antiga era a religião doméstica, pois a mesma era quem determinava o parentesco entre as pessoas. Assim, dois homens seriam parentes quando ambos tivessem os mesmos deuses, o mesmo lar e o mesmo banquete fúnebre. Dessa forma, o princípio do

⁴² ROSA, Edinete Maria. **Radiografia de um processo social: um estudo sobre o discurso jurídico a respeito da violência contra crianças**. São Paulo – Casa do Psicólogo, 2004. p. 4.

⁴³ NOGUEIRA, J. M. de O. A instituição da família em a cidade antiga. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 4ª edição, revista e atualizada. Belo Horizonte: Del REY, 2008. cap.5, p. 111.

parentesco não era o ato material do nascimento, porém o culto. A isso, chamava-se agnação⁴⁴, ou seja, parentesco masculino por consanguinidade.

Assim, não eram agnados os parentes da mulher e, como tal, sofriam as consequências resultantes do fato, tais como a proibição do direito de herdar, ou seja, a mulher era totalmente subordinada às leis da igreja; seus atos eram insignificantes perante a mesma. Além disso, se subordinava às ordens do seu marido e de seus filhos quando estes estivessem no lugar do pai enquanto descendentes. Surgindo assim o que o chamado *pater* família:

O poder familiar, tendo poderes ilimitados sobre a sua descendência e todos aqueles que estivessem sob a sua responsabilidade, exercia autoridade suprema, dispondo livremente de suas vidas e patrimônio. A mulher da família antiga lhe era totalmente dependente e seus filhos jamais alcançavam a maioridade, que não era concedida pela religião.⁴⁵

A citação acima revela o quanto a mulher na sociedade antiga foi humilhada e subordinada, sob uma cortina religiosa impiedosa e desumana. Além disso, seus filhos, por força religiosa eram eternamente dependentes, sem que pudesse se desvencilhar do poder que os subordinavam. Todavia, com a evolução da cultura familiar, essas regras foram extintas surgindo novas formas de desenvolvimento de poder família.

Para Venosa:

O pátrio poder, poder familiar ou pátrio dever, nesse sentido, tem em vista primordialmente a proteção dos filhos menores. A convivência de todos os membros do grupo familiar deve ser lastreada não em supremacia, mas em diálogo, compreensão e entendimento.⁴⁶

Na realidade, pátrio poder é um tipo de poder conferido aos pais, que tem como objetivo a proteção da criança e do adolescente pelos mesmos, livrando-os

⁴⁴ COULLANGES, Fustel de. A cidade antiga. Trad. Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro, Ediouro.[s/d], p.41-43. *Apud* NOGUEIRA, J. M. de O. A instituição da família em a cidade antiga. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos, (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 4ª edição, revista e atualizada. Belo Horizonte: Del REY, 2008. cap. 5, p. 112.

⁴⁵ NOGUEIRA, J. M. de O. A instituição da família em a cidade antiga. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 4ª edição, revista e atualizada. Belo Horizonte: Del REY, 2008. cap.5, p. 19.

⁴⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 4ª ed. São Paulo: Jurídico Atlas 2004. p. 367.

dos perigos que possam vir existir e preparando-os para uma vida saudável, honesta e sociável.

Com efeito, a redação do antigo Código Civil e o Estatuto de mulheres casadas, também dispunha sobre a exclusividade do pátrio poder:

O Código Civil de 1916 assegurava o pátrio poder exclusivamente ao marido, como cabeça do casal, como chefe da sociedade conjugal. Na falta ou impedimento do pai é que a chefia da sociedade conjugal passava à mulher e, somente assim, assumia ela o exercício do poder familiar com relação aos filhos. Tão perversa era a discriminação que, vindo a viúva a casar novamente, perdia o pátrio poder com relação aos filhos, independentemente da idade deles. Só quando enviuvava é que recuperava o pátrio poder (CC16 393). O Estatuto da Mulher Casada (L 4.121/62) assegurou o pátrio poder aos pais, sendo exercido pelo marido com a colaboração da mulher.⁴⁷

Incontestavelmente, a subordinação na qual era submetida a família não se limitava apenas aos filhos, mas, principalmente, à esposa, que era duplamente reprimida, pois, enquanto estivesse sob o poder dos pais, submetia-se ao poder do pai, e, após o casamento, submetia-se ao poder marital. Contudo, observa-se, que com o advento do Estatuto da Mulher esses direitos foram se ampliando, e, conseqüentemente, sua expressão também foi alterada, visando diminuir a hierarquia entre os cônjuges.

Neste contexto Dias ensina que:

[...] a expressão "poder familiar" é nova. Corresponde ao que antes era chamado de pátrio poder, termo que remonta ao direito romano: pater potestas - direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos. A conotação machista do vocábulo é flagrante, pois só menciona o poder do pai com relação aos filhos. Como se trata de um termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, o movimento feminista reagiu, daí o novo termo: poder familiar. As vicissitudes por que passou a família repercutiram no seu conteúdo.⁴⁸

Quanto maiores foram as desigualdades, a hierarquização e a supressão de direitos entre os membros da família, tanto maior foi o pátrio poder e o poder marital.

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 4ª ed.rev. atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 376.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 376.

A emancipação da mulher e o tratamento legal isonômico dos filhos é que restringiram o poder patriarcal.⁴⁹

A estrutura patriarcal que antes era mantida pelo pai, atualmente vem sendo questionado devido sua desestruturação. A igualdade de gênero e a igualdade entre o homem e a mulher, agora, passa ser um direito estabelecido por lei.⁵⁰

Reparando a desigualdade entre homem e mulher e no seio familiar, no que diz respeito ao pátrio poder, a Constituição Federal em seu artigo 226, § 5º, dispõe que:

(...) o tratamento isonômico ao homem e à mulher (CF 5º I). Ao assegurar-lhes iguais direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF 226 § 5º), acabou por outorgar a ambos os genitores o desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns. O ECA, acompanhando a evolução das relações familiares, mudou substancialmente o instituto. Deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles.⁵¹

Dessa forma, ficou destituído o Código Civil de 1916 que assegurava o pátrio poder somente ao marido, por este entender, ser o homem a cabeça do casal. Onde a igualdade de gênero, e a igualdade entre o homem e a mulher, agora, passa ser um direito estabelecido por lei.⁵²

É sabido que quando se constitui uma família, com ela vem uma série de responsabilidades, que, independente do sexo ou posição que ocupa na família, não se pode fugir de suas obrigações, deveres e responsabilidades para com os seus. Assim, o art.1645 do Código Civil, que dispõe sobre a responsabilidade quanto à pessoa do filho, elenca várias obrigações, tais como:

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II - tê-los em sua companhia e guarda;
- III - conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem;

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 376.

⁵⁰ PEREIRA Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica**. . 2ª ed. ver. amplia e Atal. Belo Horizonte Editora del Rey, 2003. p. 31.

⁵¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.p. 376, 377.

⁵² PEREIRA Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica**. 2ª ed. ver. amplia e Atual. Belo Horizonte Editora del Rey, 2003. p. 31.

- IV - nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V - representa-los, até aos 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI - reclama-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

As hipóteses elencadas demonstram expressamente o significado do poder doméstico, segundo o antigo modelo do pátrio poder, sem referência expressa aos deveres que passaram à frente na configuração do instituto. O código civil, que prossegue, é omissivo quanto aos deveres que a Constituição atribuiu à família, especialmente no diz art. 227, que assegura à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar.⁵³

Assim, o direito subjetivo da família não se destina exclusivamente à conceder direitos, mas atribui deveres, tanto aos pais quanto aos filhos. No entanto, o direito pessoal de família também serve ao interesse próprio de seu titular. O poder familiar, por exemplo, não é exercido apenas no interesse do filho, atende também à necessidade psicológica dos pais.⁵⁴

Ante o exposto, infere-se que a modificação do significado em relação ao pátrio poder também foi um avanço referente aos direitos da família. Provocou enormes reflexos nos direitos da infância, visto que a igualdade de direitos, a liberdade de expressão e o respeito às diferenças, antes obstados, é de fundamental importância para a formação e manutenção da entidade familiar.

⁵³ Código civil, cit., v. XVI, *Apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 4ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva 2012. p. 415.

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 376.

CAPÍTULO II - EVOLUÇÃO DO DIREITO DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA

O direito da infância e adolescente evoluiu marcado por grandes transformações. Assim, como toda a legislação brasileira, nasceu fortemente influenciada pelo português, que por sua vez também se fortificou pelo direito romano, germânico e canônico.

No Brasil, essa influência se materializou pela aplicação das Ordenações do Reino, Alvarás, Leis, Regulamentos, Assentos e Resoluções, promulgadas por reis de Portugal. Destacadamente as Ordenações Filipinas, por exemplo, iniciou-se no Período Colonial vigendo de 1603 a 1822.

Após esse longo período, a próxima codificação que se tem notícia, surgiu em 1916 com o denominado Código Civil Brasileiro, originado pela Lei 3.071 de janeiro do mesmo ano, cujo teor era regulamento de forma geral.⁵⁵

2.1 A evolução legislativa do direito da infância e adolescência no contexto familiar

Até a promulgação do primeiro Código de Menores, datado de 1927, cujo fundamento era a necessidade de proteção e assistência do Estado contra o abandono e os maus tratos, quase nada se noticiou em relação à proteção específica de menores. As influências desmoralizadoras exercidas sobre os menores com até 18 anos e dos 18 até os 21 anos, somente aqueles expressos em lei que recebiam algum tipo de tratamento. Posteriormente, seu teor substituído pelo Código de menores de 1979, quase nada modificou.

Ambos os Códigos visavam os mesmos fins, contudo, ainda apenas, caracterizavam-se as situações “irregulares” da criança e do adolescente em decorrência da falta, ação ou omissão dos pais ou responsável, vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável, e aqueles que se

⁵⁵ RIBEIRO, P. H. (org.) Síntese legislativa da adoção no ordenamento brasileiro. In ----- **Nova Lei de Adoção Comentada**: Lei 12010 de 03 de agosto de 2009. São Paulo. Mizuno, 2012. cap.3, p. 70.

encontrasse em perigo moral, devido a encontrar-se, de modo habitual, em ambiente ou em prática de exploração de atividade contrária aos bons costumes; visava reprimir pequenos delitos cometidos pela criança ou adolescente, sem, contudo, importar-se com sua situação no contexto familiar. Anteriormente a esses períodos, portanto, não havia nenhuma legislação oficial que expressasse especificamente sobre direito da infância e da juventude, bem como, a inexistência de institutos jurídicos regulamentador da adoção de crianças abandonadas.

Anterior ao Código de Menores é possível verificar a existência de instituições de caridade, como por exemplo, a da Roda dos Expostos, a qual será abordada nos tópicos seguintes. O sistema originado na Idade Média na Itália tinha como forma de humanização do estado de abandono de crianças. Contudo, não se tratava de uma instituição jurídica, mas de entidade de caridade, ou seja, beneficente.⁵⁶

A evolução do direito da criança e do adolescente no contexto familiar verdadeiramente foi acontecendo na medida em que o direito da família também foi surgindo, e, de certa forma sendo regulado.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança em 1959⁵⁷, e, logo após, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em 1989⁵⁸, foram um marco na história na política de combate à violência contra a criança no contexto social e familiar. Sendo, portanto, recepcionado pelo Brasil, onde situação de desrespeito à vida de crianças era evidente e assustadores.

Esses fatos repercutiram de tal forma, a despertar, nos partidos políticos e na Ordem dos Advogados o interesse de movimentos em busca de melhoria de vida para a população, e, conseqüentemente, o direito à vida e o tratamento respeitoso,

⁵⁶ VIANNA, Guaraci de Campos. **Direito Infanto-Juvenil, Prática e Aspectos Multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p.16-17.

⁵⁷ **Declaração dos Direitos da Criança - 1959**. Disponível em:
< http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm > Acesso em: 07 out. 2012.

⁵⁸ **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em :
<http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm> Acesso em: 07 out. 2012.

por parte daqueles que possuíam a guarda de crianças ou adolescentes, fosse, em âmbitos familiares ou em abrigos.⁵⁹

Nesta esteira convém destacar as palavras de Dallari que “toda criança tem o direito de ser pessoa e ser tratada como pessoa”⁶⁰, seja em instituição familiar ou estatal, garantindo a essas crianças o direito ser o que realmente, são.

Neste sentido:

As disposições normativas internacionais hoje vigentes englobam inúmeros atos sobre educação, trabalho, saúde, refugiados, adoção e guarda, proteção em casos de conflitos armados, etc. sem falar nas normas universais sobre direitos humanos destinadas a todos os seres nascido de mulher (...) Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, etc.⁶¹

Dessa maneira, esses foram os verdadeiros embriões de uma nova concepção jurídica para a criança e o adolescente, e que culminou na previsão dos artigos 227 e 228 da Constituição Federal de 1988, trazendo expressamente em seu artigo 227 que é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a proteção aos direitos fundamentais a ele inerentes.

No que tange aos direitos fundamentais, destaca-se que apesar, da existência do Código Civil, em 1916, quase nada dispunha sobre os direitos da criança e do adolescente, já que se tratava de uma lei com regulamentos gerais, sem especificações.

Cumprir destacar que apesar dos avanços alcançados com as legislações voltadas à proteção dos direitos da infância e do adolescente, somente em 1989, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança das Organizações das Nações Unidas (ONU) marcou definitivamente a transformação das políticas públicas voltadas a essa população. A referida convenção foi determinante para a criação do

⁵⁹ ROSA, Edinete Maria. **Radiografia de um processo social: um estudo sobre o discurso jurídico a respeito da violência contra crianças**. São Paulo – Casa do Psicólogo, 2004. p. 3.

⁶⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu; KORCZACK, Janusz. **O direito da criança ao respeito**. Sammus Editorial. 3ª ed., 1986. p. 22.

⁶¹ VIANNA, Guaraci de Campos. **Direito Infanto-Juvenil: Prática e Aspectos Multidisciplinar**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2004. p. 53.

Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, instituído pela Lei Federal nº. 8.069/89. Com o advento do Estatuto da Criança, os direitos inerentes a estes, foram evidenciando-se e, conseqüentemente, sendo tratados de forma mais imperativa, possibilitando que crianças ou adolescente fossem reconhecidamente sujeito de direitos.

2.2 Convenção Internacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes

Os direitos da criança e do adolescente, no que se refere ao exposto na Convenção Internacional, foi adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, ou seja, logo após um ano a promulgação da Constituição Federal de 1988. Constituiu, assim, um dos documentos mais aceito universalmente, e tem sido amplamente discutido; porém, muito há que ser realizado para sua efetiva concretude.

Há que se considerar, no entanto, que foi um grande avanço para mudanças de paradigmas, principalmente, no que se refere ao direito de proteção do menor no aspecto geral.

A partir de então, com base na referida Convenção, se reconhece, também, a necessidade de novas legislações, as quais foram editadas visando tratar especificamente sobre os direitos da criança e do adolescente. Apesar de seu reconhecimento no Brasil, e sua repercussão, ainda se pode notar, que há certa escassez de doutrinas a respeito de tal documento.⁶²

A convenção deste importante documento teve sua declaração enunciada na Declaração de Genebra de 1924, tendo em vista a necessidade de propiciar especial proteção à criança, bem como teve seu reconhecimento na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos - em

⁶² ROSEMBERG, Fúlvia; MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. **A Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança**: Debates e Tensões.p.698. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v40n141/v40n141a03.pdf>> Acesso em: 15 out. 2012.

particular nos artigos 23 e 24⁶³, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - em particular no artigo 10-, e nos estatutos e instrumentos pertinentes das Agências Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem estar da criança.

Como se há de verificar, o referido documento possui inúmeras considerações em várias outras declarações de igual importância para o reconhecimento dos direitos da criança e do adolescente, desde a sua concepção.

A proteção da criança e do adolescente é dever do Estado, neste sentido afirma Piovesan que:

A não-discriminação e o interesse superior das crianças devem ser considerações fundamentais em todas as atividades dirigidas à infância, levando na devida consideração a opinião dos próprios interessados.[...] Deve-se promover a cooperação e a solidariedade internacionais com vistas a apoiar a implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança e os direitos da criança devem ser prioritários em todas as atividades das Nações Unidas na área dos direitos humanos.⁶⁴

Nota-se que esta renomada autora ratifica com aprovação o texto redigido pela Declaração de Viena, na qual o respeito aos direitos da criança e do adolescente é de fundamental importância para o seu desenvolvimento, pois, não basta o desenvolvimento de atividades dirigidas às crianças; tais atividades devem suprir suas necessidades na medida de seus interesses, ou seja, é preciso ouvir suas opiniões, afinal são eles os destinatários.

⁶³ **Convenção sobre os Direitos da Criança:** Art. 23 criança atinja a mais completa integração social possível e o maior desenvolvimento cultural e espiritual. Art. 24 - Os Estados Partes reconhecem o direito da criança(...) - Os Estados Partes garantirão a plena aplicação desse direito(...) assegurar que todos os setores da sociedade, e em especial os pais e as crianças, conheçam os princípios básicos (...) à educação pertinente e recebam apoio para a aplicação desses conhecimentos; os Estados Partes adotarão todas as medidas eficazes e adequadas para abolir práticas tradicionais que sejam prejudiciais à saúde da criança. (...) os Estados Partes comprometem-se a promover e incentivar a cooperação internacional com vistas a lograr, progressivamente, a plena efetivação do direito reconhecido(...)

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. Apud SANTOS,V.C.M. Paradigma pós-constitucional de família. In: RIBEIRO, Paulo Hermano Soares, (org). **Nova Lei de Adoção Comentada:** Lei 12010 de 03 de agosto de 2009. São Paulo: Mizuno 2012.cap.2, p.62.

2.3 Do Código de Menores

A legislação menorista teve sua primeira versão promulgada em 1927 vigendo, então, até sua substituição com a nova versão editada em 1989. Vislumbrava-se, com isso, solucionar, dentre outros, os casos de crianças abandonadas pelos pais, do qual sua existência era perceptível desde os tempos coloniais. Visava-se, sobretudo a uma maior racionalidade da assistência através da intervenção do Estado em um domínio até então considerado essencialmente beneficente. Assim, com a progressiva entrada do Estado neste campo, teve início a formalização de modelos de atendimento, sem que isto significasse, contudo, a diminuição da pobreza ou de seus efeitos,

Neste sentido, Arantes, em análise sobre as mudanças ocorridas nas legislações menoristas, esclarece que:

Em 1929, aconteceu o 1º Congresso Brasileiro de Proteção à Infância e, em 1927, foi promulgado o primeiro Código de Menores, conhecido como o Código de Mello Mattos, nome do seu primeiro autor e juiz da infância do Brasil, esse Código continha 231 artigos e, além de estabelecer a assistência de menores de 18 anos, tinha duas grandes vertentes: uma sobre a assistência aos menores abandonados, em que se definia ação de encaminhamento deles, seja aos seus pais ou às instituições de amparo: e outra, sobre menores delinquentes, em que menores de 14 anos não podia ser submetidos a processo penal e os maiores de 14 anos e os menores de 18 anos tinha processo especial.⁶⁵

Nota-se que o termo menor, mencionado neste Código, refere-se à criança ou adolescente pobre. Portanto, a intervenção estatal via-se indicada apenas para os lares de famílias pobres onde se presumia que os maiores problemas se concentravam. Na realidade, toda referência em torno do menor era no sentido de se coibir ou punir a criminalidade e não assisti-lo. Em caso de situação irregular o Código de Menores previa institucionalização do menor.

⁶⁵ ARANTES, Esther Maria de. **"criança infeliz" a "menor irregular" vicissitudes na arte de governar a infância.** In: Jacó Vilela; Ana Maria, Jabur, Fábio e Rodrigues, Hiliana de Barros Conde. Clio Payché: **Histórias da Psicologia no Brasil.** Rio de Janeiro: UERJ, NAPE, 1999.p.257. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/contexto-historico-do-codigo-de-menores-ao-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-mudancas-decessarias/19148/#ixzz277u3GhTW>> Acesso em: 12 out. 2012.

Destaca-se que, pela legislação que vigorou no Brasil de 1927 a 1979 - no Código de Menores, todas as crianças e jovens considerados em estado de perigo ou perigosos, (por exemplo: abandonado, carente, infrator, apresentando conduta dita antissocial, deficiente ou doente, ocioso, perambulante) quase sempre eram enviados às instituições de recolhimento. Incontestavelmente, isto significava que o Estado podia, através do Juiz de Menor, destituir determinados pais do pátrio poder, através da decretação da sentença com bases em situação irregular do menor, já que a carência material era uma das hipóteses de situação irregular, para essa condição.

Neste contexto, destaca-se que o referido Código de Menores apenas dispunha, de modo informal, lugares onde crianças que se encontrassem em situação de extrema pobreza, fossem colocadas como aprendizes. Como bem pontua Vianna:

No Código de Melo Matos chamado de guarda por soldada, onde essas crianças abandonadas eram colocadas em casas para trabalhar, fazendo serviços domésticos recebendo por esse trabalho um soldo (forma de pagamento) e sendo as crianças menores de idade ficavam na guarda da patroa (daí o nome guarda por soldada).⁶⁶

Essa guarda, devido à inexistência de um instituto regulamentador era feito de forma irregular, ou seja, informal, e assim permanecendo, originando as adoções irregulares, ou, no contexto atual, adoção à brasileira.

Com efeito, a nova versão do referido código, reformulado em 1979, editado pela Associação Brasileira de Juízes de Menores, recebeu nova definição, especialmente no que se refere ao termo situação irregular, onde tratava apenas de crianças em estado de abandono e delinquência, incluindo também, a carência familiar, maus tratos e os castigos imoderados.⁶⁷

É latente a evolução das leis que regulamentam a situação dos menores no Brasil. Nota-se o empenho dos legisladores e a colaboração dos juristas na elaboração de conteúdos que melhor se ajuste às necessidades do cotidiano, bem

⁶⁶ VIANNA, Guaraci de Campos. **Direito Infanto-Juvenil, Prática e Aspectos Multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 35.

⁶⁷ ROSA, Maria Edinete. **Radiografia de Um Processo Social: Um estudo Sobre Discurso Jurídico a Respeito da Violência Contra Crianças**. São Paulo. Casa do Psicólogo. 2004. p.4

como as novas legislações que visam estabelecer novas regras que melhor atendam às condições do menor.

2.4 ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/90, tem por embasamento legal a Constituição Federal da República de 1988 em seu art. 228, o qual dispõe que sobre a regulamentação dos inimputáveis, ou seja, do menor de idade, será regido por normas especiais, qual seja, o ECA. O referido Estatuto traz em seu bojo, art. 2º, o conceito de criança e também de adolescente, *in verbis* “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompleto, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. Portanto, menor de idade.

Segundo Ferreira⁶⁸, o Estatuto da Criança e do Adolescente, como instrumento de defesa e garantias, possui como princípio orientador a proteção integral, que é aquela que abrange todas as necessidades do ser humano para total desenvolvimento de sua personalidade. Como bem destacam Moser e Rech:

O Estatuto da Criança e do adolescente é um instrumento de defesa e garantia de direitos que trás em seu bojo toda riqueza que a sociedade mundial de defesa dos direitos humanos conseguiu produzir e pactuar no âmbito dos países da Nações Unidas. A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do adolescente conseguiram traduzir no princípio da Prioridade absoluta, que deve orientar toda e qualquer ação em favor da infância e juventude brasileira. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o maior interesse da criança.⁶⁹

Interessante ressaltar que, o referido estatuto ganhou grande relevância no mundo jurídico, visto que, como se pode notar, toda e qualquer decisão que esteja relacionado à criança e o adolescente, seja ela entidades Públicas ou privadas, estão vinculadas ao disposto em sua redação.

⁶⁸ FERREIRA, Rui Barbosa. **Adoção: comentários à nova lei de adoção Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009**. 1ª edição, CL EDIJUR- Lemes, São Paulo- Edição 2009. p. 24.

⁶⁹ MOSER, Claudio; RECH, Daniel (org.). **Direitos Humanos no Brasil: Diagnóstico e Perspectivas: Olhar dos Parceiros de Misereor**. Rio de Janeiro. Mauad. 2003. p. 302.

Por expressa recomendação, o ECA remete a instituição da tutela à lei civil. Como houve a redução da maioridade, de 21 para 18 anos de idade, essa equalização refletiu diretamente no Estatuto. Assim, pelo art. 36, estão sujeitos à tutela os menores de 18 anos.

Quando se depara com institutos disciplinados na lei civil e no estatuto do menor surge a questão da competência. Estando o menor, ainda que órfão, vivendo no âmbito de uma família, a competência será do juízo das varas de família. Mas, sempre que se tratar de nomeação de tutor para a criança ou o adolescente em situação de risco previsto no art.98, expressa que a competência é da justiça da infância e da juventude. Ainda, dispõe o Ministério Público de legitimidade para propor a ação e pleitear a prestação de contas conforme expresso no art. 201, III do referido Estatuto. O ECA apresenta inúmeras medidas protetivas a crianças e adolescentes afastados do poder familiar além da tutoria, como por exemplo, a guarda, disposta no art. 33 § 2º, e a colocação em família substituta art. 28, ambos do ECA. Diante disso Smanio destaca que:

Primeiramente a lei assegura à criança e ao adolescente o direito de serem criados e educados no seio de sua família. Há colocação em família substituta somente por exceção, como, por exemplo, para assegurar a convivência livre de pessoas dependentes de entorpecentes.⁷⁰

Não importa se a família é “pobre” ou “rica”, de acordo com o que determina o ECA, toda criança tem direito a ser criado e educado por sua família biológica, desde lhe seja favorável.⁷¹ Em seu caráter geral, a lei deve criar mecanismos que

⁷⁰ SMANIO, Gianpaolo Poggio. Interesses difusos e coletivos, *Apud* FERREIRA, Rui Barbosa, **Comentário à Nova Lei de Adoção Lei nº 12010 de 03 de agosto de 2009**. 1ª ed., CL EDIJUR – Lemes, São Paulo, 2009. p. 25.

⁷¹ Pelo disposto no **Estatuto da Criança e do Adolescente**, p. 14, (1990). Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. Art. 20. 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. Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder. Parágrafo único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua

proporcione segurança e bem estar antes de tudo, uma vez que pobreza não é motivo para substituição da família natural.

família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio. Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

CAPÍTULO III - COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA COMO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

Família substituta é aquela que se propõe trazer para dentro dos umbrais da própria casa, uma criança ou um adolescente que por qualquer circunstância foi desprovido da família natural, para que faça parte integrante dela e nela se desenvolva.⁷² Assim, o ECA em seu art. 28 dispõe que “a colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei”. Além disso, prevê no art. 19 do mesmo Código, que “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família, ou, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária (...)”

A inserção em família substituta é uma medida prevista nos artigos 33 a 35, e 148 do referido Estatuto e pode se realizar tanto pela guarda quanto pela adoção. A guarda é inerente ao poder familiar, prevista nos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil. Nela a pessoa ou a família substituta, fica provisória ou definitivamente responsável pelo menor, enquanto na adoção, após o trânsito julgado do processo, torna-se irreversível.

Assim, neste capítulo será abordado sobre uma das ações mais humanitárias e carregadas de sentimentos como o ato de adoção, conceituando e informando aos olhos da lei.

3.1 Origem e conceito da adoção civil legal na modernidade

A adoção é um instituto dos mais antigos na história da família, já que esta somente poderia ser cultuada mediante a concepção do filho, seja natural ou adotivo. A perpetuação da família dependia de um descendente, ainda que adotivo.

⁷² DAHER, Marlusse Pestana. **Família substituta**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1655/familia-substituta#ixzz27nZtJ9TQ>> Acesso em: 28 set. 2012.

Assim o homem que não pudesse conceber filhos era obrigado a adotar uma criança, e esta seria criada como filho legítimo ou natural.

Coulanges destaca que:

A adoção é a forma de perpetuar o culto familiar, aquele cuja família se extingue não terá que lhe cultue a memória e a de seus ancestrais. Assim, a mesma religião que obrigava o homem a casar-se para terem filhos que cultuassem a memória dos antepassados comuns, a mesma religião que impunha o divórcio em caso de esterilidade e que substituíra o marido impotente, no leito conjugal, por um seu parente capaz de ter filhos, vinha oferecer, por meio de adoção, um último recurso para evitar a desgraça tão temida da extinção pela morte sem descendentes: esse recurso era o direito de adotar.⁷³

Ante o exposto é possível afirmar que o instituto da adoção é muito antigo, e que sua prática originou-se da concepção religiosa, e, por motivos mais diversos, ainda persiste. Esse instituto, não mais estampa um caráter puramente religioso, contudo, o que não se pode olvidar é que o afeto é movido pela caridade.

A prática da adoção sempre existiu entre os povos orientais. Sua codificação foi noticiada nos Códigos de Hamurábi e de Manu, por volta dos anos 2.283 e 2.241 a.C., contudo, foi codificado e sistematizado em países de direito romano, onde se fortaleceu e solidificou.⁷⁴

Na Idade Média, com o fortalecimento da Igreja católica e consequentemente do Direito Canônico, do qual se assenta o sacramento do casamento, caiu em desuso. Além disso, a Igreja Católica, como forma de reduzir o infanticídio criou o instituto da Roda dos enjeitados, nas quais possibilitava que o depósito dos bebês de forma anônima.

Conforme Cápua, a adoção tinha sua finalidade, mas por outro lado não era muito bem visto pela comunidade religiosa cristã, pois, na verdade, era vista pela Igreja, como uma forma de regularizar filhos adulterinos⁷⁵

⁷³ COULANGES, Fustel de. *Apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol I. **Direito de Família**. 5 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 339.

⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, vol I. Direito de Família**. 5 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.p. 339-342.

⁷⁵ CÁPUA, Valdeci Ataíde. **Adoção Internacional: Procedimentos Legais**. Curitiba: Juruá Editora, 2009. p. 68.

Neste contexto histórico verifica-se que o fenômeno do abandono não é de origem recente. A inexistência de regulamentação de um instituto voltado para adoção comprometia visivelmente o direito à vida de crianças que viviam à mercê da própria sorte. Diante disso, a Roda dos Expostos, originada na Itália, que tinha por finalidade o acolhimento de crianças rejeitadas por seus genitores, foi fortemente difundida no Brasil em 1950. Sua forma facilitava o anonimato dos abandonos, como bem pontua Vianna:

O nome da roda provém do dispositivo onde se colocavam os bebês que se queria abandonar. Sua forma cilíndrica, dividia ao meio por uma divisória, era fixada no muro ou na janela da instituição. No tabuleiro inferior em sua abertura externa, o expositor depositava a criancinha que rejeitava. A seguir, ele girava a roda e a criança já estava do lado de dentro do muro. Puxava-se uma cordinha com uma sineta, para avisar a vigilante ou rodeira que um bebê acabava de ser abandonado e o expositor furtivamente se retirava do local, sem ser identificado.⁷⁶

Diante do exposto, pode se afirmar que essas instituições não atendiam com exclusividade ao interesse do menor. Buscava-se, primeiramente, esconder a vergonha da forma como sua prole havia sido concebida, ou até mesmo a falta de condições para prover seu sustento, pois, como já colocado, basicamente Igreja era quem condenava a filiação fora do casamento.

Enquanto a antiga adoção procurava garantir a descendência e cultuar seus ancestrais, a atual adoção se funda na filiação puramente jurídica. O instituto da adoção na antiguidade tinha como princípio básico imitar a natureza; tornava-se herdeiro dos bens do adotante bem como assumia seu nome e sua posição, como consequência da assunção da cultuação, que era exclusiva da linha masculina sendo, portanto, excluídas as mulheres.⁷⁷

Com base na atual legislação, Venosa afirma que “adoção é modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural, daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação

⁷⁶ VIANNA, Guaraci de Campos. **Direito Infante-Juvenil, Prática e Aspectos Multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2004. p. 17.

⁷⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 10ª ed., São Paulo: Atlas. 2010, p. 277.

de vontade”.⁷⁸ Além disso, tem a finalidade de dar filhos àqueles que não podem ter, e, principalmente, dar pais aos menores abandonados.

Ainda para o autor, a adoção contemporânea é, portanto, um ato ou negócio jurídico que cria relações de parentesco e filiação entre duas pessoas, possibilitando que outra pessoa possa desfrutar dos mesmos direitos que a outra no âmbito familiar:

(...) a questão filho natural fica hoje praticamente superada, tendo em vista o estágio atual de nossa lei e da sociedade. Como em todo instituto jurídico, porém, sempre haverá possibilidade de fraudes e desvios de finalidade. Como em todo campo do Direito, isso não retira as vantagens do instituto, cabendo ao ordenamento coibir e punir severamente seu mau uso. A adoção, vista como um fenômeno de amor, afeto e desaparecimento, deve ser incentivada pela lei.⁷⁹

Já Diniz assevera que:

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.⁸⁰

A adoção, pois, cria um vínculo fictício de paternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogos ao que resulta da filiação biológica; do mesmo modo, a chancela do Estado garante plenitude do ato.

No mesmo contexto, no artigo 41 do ECA a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Indiscutivelmente, a adoção representa uma forma de preservar o direito da criança e do adolescente, quando não lhes resta mais a esperança da manutenção da família natural. O direito a uma convivência familiar e comunitária é de suma importância, independentemente dos arranjos familiares, já que a família é determinante para o bem estar à vida dos sujeitos. Por isso, a Legislação determina

⁷⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 10ª ed., São Paulo: Atlas. 2010, p. 273.

⁷⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 10ª ed., São Paulo: Atlas. 2010, p. 274.

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. vol. 5. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 522.

que na ausência da família natural, a possibilidade da família substituta deve existir como forma de garantir o direito da criança e do adolescente.

3.2 Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente e a nova lei de adoção

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/1990, por seus artigos 39 a 52, regulamentou a adoção de menores de 18 anos e aboliu completamente a adoção simples, vigorando a partir daí a adoção plena que, conforme Venosa, “a adoção plena, tal qual admitida pelo ECA, insere o menor em tudo por tudo na família do adotante”⁸¹, conferindo-lhe o direito à mesma posição da relação biológica; elevou a afetividade e o interesse social como valores jurídicos em detrimento do patrimônio.

Conforme bem pontua Venosa:

A adoção no Estatuto da Criança e Adolescente não se pode considerar somente a existência de simples bilateralidade na manifestação de vontades, porque o Estado participa necessária e ativamente do ato. Exigindo-se uma sentença judicial, tal como faz o Código Civil de 2002. Sem esta, não haverá adoção.⁸²

Nota-se certa consonância entre o ECA e o Código Civil, onde ambos exigem, para efetivação do ato da adoção, que haja, de fato, um parecer judicial.

Por outro lado a Lei Nacional da Adoção - Lei 12.010 de 03 de agosto de 2009 - modificou o ECA, a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e o CC, regulamentando inteiramente a matéria relativa à adoção. A lei alterou os artigos 39 ao 52 do ECA e criou os artigos. 52-A a 52-D até então inexistentes. Destacou, como fundamento, o aperfeiçoamento da sistemática à família natural a todas as crianças e adolescentes em estágio de adoção.

De acordo com a nova lei, foram, também, fixados prazos para permanência de criança ou adolescente em abrigo (6 meses – 2 anos). A referida lei em comento, criou a obrigatoriedade do cadastramento através do Cadastro Nacional, e terminou

⁸¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 10 ed. São Paulo. Atlas. 2010, p. 274.

⁸² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 10 ed. São Paulo. Atlas. 2010, p. 278.

com a necessidade da existência de dois cadastros nacionais de adoção: um de adotantes outro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados. Prevê, ainda, a oitiva obrigatória do adotando maior de 12 anos, e direito adotado de conhecer sua origem biológica de obter acesso irrestrito ao processo de adoção após completar 18. Ainda, ampliou os rigores na questão que envolve a adoção internacional.⁸³ Com isso, o adotante estrangeiro ou brasileiro residente no exterior, que pretenda adotar, deve realizar o estágio de convivência com o adotado de no mínimo 30 dias no Brasil. Já a adoção por casais homoafetivo continuam não podendo adotar crianças na condição de casais, mas não há nenhum impedimento para que um dos dois parceiros realize a adoção como pessoa solteira.

Conforme afirma Ribeiro:

A lei observa e aprofunda, na sua função de conformação, os fundamentos constitucionais e sociais do ECA, entre outros, principalmente no que se refere à garantia do direito à convivência familiar, a proteção integral da criança e adolescente, a prioridade de observância do melhor interesse destes.⁸⁴

Como se pode verificar a referida lei trouxe melhorias, mas também alguns desafios a serem enfrentados. Por isso não é uma lei “mágica”, ela apenas oferece as ferramentas, e deve ser atentamente observada.⁸⁵

Tratando-se de menor abandonado, todos os esforços devem ser dirigidos para localização dos pais. Conforme o art. 24 do Estatuto. Neste mesmo sentido, Dias destaca que em primeiro lugar, busca-se a localização dos pais, que no caso é a família natural do mesmo.

Ante a aceitabilidade da amplitude do conceito de família, Ferreira pontua que:

Entende-se por comunidade familiar, em acepção, restrita, aquela formada por marido e mulher no casamento, companheiros na união estável,

⁸³ RIBEIRO, H. S.,(org.).Perspectiva panorâmica. In:----- **Nova Lei de Adoção Comentada**: Lei 12010 de 03 de agosto de 2009. São Paulo. Mizuno, 2012.cap.1, p.p. 41-44.

⁸⁴ RIBEIRO, H. S.,(org.).Perspectiva panorâmica. In:----- **Nova Lei de Adoção Comentada**: Lei 12010 de 03 de agosto de 2009. São Paulo. Mizuno, 2012.cap.1, p. 41.

⁸⁵ PATRICIA, Saboia. **Artigo Sobre a Nova Lei da Adoção**. Disponível em: <<http://www.al.ce.gov.br/index.php/deputados/nomes-e-historico/23-partidos/130>> Acesso em: 03 out. 2012.

qualquer dos pais e seus descendentes, além de outras situações paralelas abrangendo tutor e tutelado, curador e curatelado (interdito) e mesmo o responsável pela guarda em face do menor a cuidar.⁸⁶

Com base nesses preceitos, sem dúvida alguma, a adoção deve, pois, ser o último dos recursos, mas, atendidas às exigências da lei, é incontestável o direito do menor de ser adotado. Contudo, essa decisão somente deve ser tomada, após encerrados os esforços para a localização dos pais. Daí então busca-se os parentes mais próximos, e, caso haja rejeição por parte dos mesmos, optar-se-á pela família substituta, embora não se descarte nenhuma possibilidade de acolhimento ao menor. Nesse sentido Ferreira leciona que:

Ao lado da família natural, coloca-se a entidade denominada de família substituta. A alternativa da família substituta para o menor deve surgir somente quando todas as possibilidades de manutenção do infante em sua família natural se esvaem.⁸⁷

Desse modo, a colocação do menor em família substituta é medida excepcional de proteção destinada a amparar as crianças e adolescentes cujos direitos fundamentais se encontram suprimidos ou ameaçados. Nessa situação se inserem os menores em estado de abandono.

Portanto, para que sejam garantidos os direitos de crianças e adolescentes, é necessário que haja, dentro da política municipal, serviço de específico que elabore o Plano Individual de Atendimento e garanta esse direito à convivência familiar, conforme disposto no artigo 101 e parágrafos da nova Lei de adoção, 12.010. Assim, dada à relevância do direito à convivência familiar, independente de seus arranjos, para a formação plena do indivíduo, já previnem as legislações, na ausência da família natural, a possibilidade da família substituta.

⁸⁶ FERREIRA, Rui Barbosa. **Adoção**: comentários à nova lei de adoção Lei 12.010 de 03 de agosto de 2009. 1ª ed. CL EDIJUR- Lemes, São Paulo - Edição. 2009, p. 29.

⁸⁷ FERREIRA, Rui Barbosa. **Adoção**: comentários à nova lei de adoção Lei 12.010 de 03 de agosto de 2009. 1ª ed. CL EDIJUR- Lemes, São Paulo - Edição. 2009, p. 29.

3.3 Modalidades e procedimentos para a adoção civil

A prática da adoção, conforme já exposto, não é um instituto recente; era regulado pela Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, o denominado Código Civil de 1916.⁸⁸

Em nosso ordenamento pátrio existiam duas espécies de adoção legal que decorrem da distinção legal entre maiores e menores. A primeira delas foi a adoção civil, seguida da estatutária, e, por determinação jurisprudencial, adotou, ainda, a adoção simulada ou à brasileira, objeto deste trabalho.

Deste modo, Gonçalves afirma que:

A adoção civil era a tradicional, regulada no Código Civil de 1916, também chamada de restrita porque não integrava o menor totalmente na família do adotante, permanecendo o adotado ligado aos seus parentes consanguíneos, [...] , exceto no tocante no poder familiar, que passava para o adotante, modalidade esta limitada aos maiores de 18 anos. A adoção estatutária era a prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente para menores de 18 anos. Era chamada, também, de adoção plena, porque promovia absoluta integração do adotado na família do adotante de seu parentes naturais, exceto no tocante para os impedimentos para o casamento.⁸⁹

O autor defende, ainda, a existência da adoção simulada ou à brasileira, na qual não ele entende ser uma criação da jurisprudência.

Atualmente, para melhor atender aos interesses da criança e do adolescente, o instituto da adoção passou a ser regulado pela nova lei 12.010 de

⁸⁸ Pelo disposto no Código Civil. Art. 368. Só os maiores de 30 (trinta) anos podem adotar. Parágrafo único. Ninguém pode adotar, sendo casado, senão decorridos 5 (cinco) anos após o casamento.

Art. 369. O adotante há de ser, pelo menos, 16 (dezesseis) anos mais velho que o adotado.

Art. 370. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher.

Art. 371. Enquanto não der contas de sua administração, e saldar o seu alcance, não pode o tutor, ou curador, adotar o pupilo, ou o curatelado.

Art. 372. Não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro.

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.

Art. 374. Também se dissolve o vínculo da adoção:

I - quando as duas partes convierem;

II - nos casos em que é admitida a deserção.

⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 341.

2009, bem como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, deixando, portanto, de ser tratada com exclusividade no Código Civil. A partir daí a adoção passou ser unicamente judicial.

Importante ressaltar que, a partir do novo conceito constituído de família, a forma de adoção, também se ampliou de acordo com a propositura – como e quem postula a ação de adoção. Sendo assim, de acordo com a nova lei, o referido instituto passou a ser classificado em: adoção nacional e internacional previsto no art. 51 do ECA.

A adoção nacional é aquela em que o adotante é residente no Brasil, podendo ser: bilateral - adoção conjunta, cujo teor encontra-se disposto no art. 42, parágrafo segundo do ECA; unilateral, prevista no art. 41 parágrafo 1º do mesmo diploma, e trata-se de uma filiação socioafetiva, na qual um dos cônjuges adota o filho do outro; póstuma, concedida após a morte do adotante; e a *intuitu personae*, onde os pais biológicos a escolhem a família substituta, anterior ao processo de adoção judicial.⁹⁰

Convém destacar que a adoção à brasileira, possui intensa relação com esta última modalidade, contudo, não é considerada como modalidade, é uma espécie de constituição de adoção que, apesar da inexistência de devido processo legal, também produz todos os efeitos jurídicos, conferidos a adoção legal.

No que tange aos procedimentos da adoção, Venosa preleciona que:

A linha francesa tradicional admite o instituto como um contrato, sustentando que não há necessidade de duas vontades, participando por si ou por representante. Em algumas situações, porém, a vontade do adotando inexistente, o que dificulta a compreensão dessa doutrina.⁹¹

O direito de família sempre foi um tema controvertido e de difícil definição, e seguindo a exposição do mesmo autor é possível entender essa complexidade.

Ainda a esse respeito aduz o autor:

⁹⁰ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4ª ed. ver., atual. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2012, p.p. 256-248.

⁹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. Vol. 6. São Paulo: Ed. Atlas. 2010. p.278.

(...) havendo duas modalidades distintas de adoção no direito brasileiro, de acordo com o Código Civil Brasileiro de 1916, cada uma delas apresentava nitidamente a natureza jurídica própria. A adoção no Código Civil de 1916 realçava a natureza negocial do instituto, como direito de família, tendo em vista a singela solenidade da escritura pública que a lei exigia.

A adoção, conforme já mencionado, atualmente é realizada mediante processo judicial; é um instituto que carece de muita atenção, pois, ante à evolução e o surgimento de novos padrões de famílias, ou seja, pluralidade de família (matrimonial, informal, homoafetiva, monoparental, anaparental, pluriparental, paralela, eudenomista), é impossível sua adequação sem a devida adaptação das normas regulamentadoras.

Neste sentido, a começar pelo o ECA, por exemplo, enfatiza que não há mais distinção qualquer em relação à idade do adotando, sendo que pela redação do antigo Código, este era fator determinante para que a adoção que fosse civil ou estatutária. Ambas agora possuem os mesmos procedimentos, ou seja, devem ser judicial. Além disso, uma das alterações visíveis que se pode notar é em relação à forma da adoção. Esta tanto pode ser realizada por casais como por pessoas solteiras, admitindo, ainda, outras formas, como as citadas acima. Isso facilitou, de certa forma, a colocação de crianças em famílias substituta que melhor atenda ao interesse da criança sem, contudo, divergir do interesse do adotante.

Neste sentido Dias afirma que “O novo modelo de família funda-se sobre os pilares da repersonalização afetividade da pluralidade do eudonomismo, impingindo nova roupagem axiológica do direito de família”.⁹² Por isso é que a adoção não deve seguir um padrão de famílias substitutas.

É oportuno lembrar que a adoção é um ato solene e formal no qual sua inobservância acarreta sérias consequências jurídicas, podendo causar até mesmo sua nulidade. Assim, observar seus procedimentos não é apenas mera formalidade, mas um dos principais requisitos para sua efetivação, bem como o preenchimento dos requisitos básico da adoção disposto no ECA em seus arts. 40 a 50, no qual trata expressamente, sobre a necessidade da idade mínima, qual, seja a efetivação

⁹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 39.

por maior de 18 anos independentemente do estado civil do adotante, de acordo com ECA a exemplos dos seguintes artigos in verbis:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Art. 44. Enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance, não pode o tutor ou o curador adotar o pupilo ou o curatelado.

Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso (...)

Estes requisitos são peças fundamentais, na atual legislação. Assim sendo, ao se tratar do requisito relativo ao a art. 45, é inconteste a liberdade de escolha da mãe a quem entregará seu filho para adoção, já que este poderá ter as reais vantagens, previstas no art. 43. Ainda, em seu artigo 50, determina que a autoridade judiciária mantenha, em cada comarca, o duplo registro de crianças aptas a serem adotadas e outro de candidatos habilitados.

Por outro lado, ocorre que nem sempre as crianças aptas atendem ao perfil de candidatos habilitados, e a possibilidade da adoção dessas crianças fica cada vez mais distante da realidade e das reais vantagens propostas pelo Estatuto. Por isso, a entrega do filho para adoção deve ser um último recurso, e poder escolher os futuros pais adotivo de seu filho, pode amenizar o sofrimento da mãe biológica, não podendo se caracterizar, desse modo, como ato ilegal. Contudo, a entrega deve ser com anuência do Estado, e, assim, garantir efetivamente o direito do adotado.

CAPÍTULO IV - DA ADOÇÃO À BRASILEIRA

Neste capítulo se encontra a problemática do presente trabalho. Será abordada a modalidade de adoção e suas consequências. O foco principal deste trabalho monográfico tem por desiderato verificar a possibilidade da aplicabilidade do princípio do melhor interesse do menor, frente à adoção nos moldes à brasileira; a concessão do perdão judicial, como forma de amenizar as consequências desse tipo de adoção, bem como averiguar o entendimento dos tribunais em relação ao tema.

4.1 Adoção à brasileira e a aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Adotar filhos alheios foi sempre uma prática na história da humanidade, como forma de materialização para constituir uma família. A adoção à brasileira, como já abordado neste trabalho, foi a primeira forma a ser praticada, tendo em vista a inexistência de legislação regulamentadora desse instituto. A aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança, por sua vez, garante a inviolabilidade do direito do adotado a permanecer junto à família adotante, tendo em vista o vínculo afetivo já concebido, desde a sua adoção.

Neste sentido, a adoção à brasileira, há muito tempo, tem sido uma prática corriqueira. Casos de abandono e seu consequente ato de adoção, nasceu, fundada no dever assistencial das instituições de caridade, a denominada Roda dos Expostos, as quais tinham como finalidade o acolhimento de bebês abandonados por sua família, tendo sido amplamente difundida no Brasil desde 1950, perdurando por quase meio século.

Para melhor elucidar o significado de adoção à brasileira, é de suma importância se conhecer a origem do termo “à brasileira”. Esta, portanto, originou-se da Roda dos Excluídos, dos quais as crianças ali expostas eram levadas para casas de amas de leite como forma de garantir o direito à sobrevivência. Destaca-se que

nessa época havia total ausência de regras para adoção, como bem destacado por Vianna:

As crianças expostas em casas de famílias muitas das vezes serviam como complemento a uma deficiência da natureza no seio do casamento, pois famílias estéreis que só conseguiam ter um ou dois filhos acabavam adotando a criança. É bem verdade que nem nas ordenações do reino na legislação brasileira anterior ao primeiro Código Civil, incluiu-se o instituto da adoção, mesmo assim, essas famílias utilizavam a prática da adoção. Daí (...) a origem da “adoção à brasileira”, pois a maneira encontrada pelas famílias que queriam adotar uma criança desvalida, uma vez que a prática de adoção não fazia parte da legislação brasileira (...) sem o devido processo legal, sem nenhuma anuência do órgão judicial.⁹³

Interessante ressaltar que, muito antes da existência de qualquer legislação, adotar crianças, sempre foi um ato de caridade e de humanização. Com isso, apesar da informalidade, era preservado o direito à vida e à convivência familiar do adotado e, sobretudo, como forma de garantir o direito à sobrevivência das crianças abandonadas.

A partir da evolução da família patriarcal, a adoção deixa de ser puramente uma necessidade religiosa passando adotar a afetividade como fator principal para a formação da entidade familiar. Assim, Alves explica que o vínculo afetivo é “fundamentalmente um meio de promoção pessoal dos seus componentes. Por isso, o único requisito para a sua constituição não é mais jurídico, e, sim, fático: o afeto.”⁹⁴

Assim a adoção à brasileira tem sido uma forma utilizada por muitas famílias para realização do desejo de ter filhos, ainda que de forma direta pela mãe do adotado. Gonçalves ensina que:

(...) a adoção simulada ou que é uma criação da jurisprudência. A expressão (adoção simulada) foi empregada pelo Supremo Tribunal Federal ao se referir a casais que registram filho alheio, recém-nascido, como próprio, com a intenção de dar-lhe um lar, de comum acordo a mãe e não com a intenção de tomar-lhe o filho. Embora tal fato constitua, em tese, uma das modalidades do crime de falsidade ideológica, na esfera criminal tais

⁹³ VIANNA, Guaraci de Campos. **Direito Infante-Juvenil: Prática e Aspectos Multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2004, p. 35.

⁹⁴ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A função social da família – o reconhecimento legal do conceito moderno de família: o artigo 5º, II, parágrafo único, da lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) In: Revista de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.8, n.39, dez.-jan., 2007. p.132.

casais eram absolvidos pela inexistência do dolo específico. Atualmente, dispõe o código penal nesse caso, o juiz deixara de aplicar a pena.⁹⁵

Apesar dessa prática de filiação ser considerada ilícita, contudo, passou a ser reconhecida, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, tendo em vista sua constância na sociedade, pois, nesses casos, o adotante não possui intenção praticar o crime, mas dar, de comum acordo com a mãe, um lar ao menor. Porém, há que se ponderar ao admitir tais comentários, pois, na esfera penal, é uma decisão que cabe ao magistrado diante do caso concreto, se aplica ou não as penalidades previstas.

A adoção à brasileira, assim denominada por sua forte disseminação no Brasil, na realidade, não possui classificação de instituto. É uma denominação doutrinária e jurisprudencial. Bordallo afirma que esse tipo de adoção se trata de registro de filho alheio como próprio, cujo procedimento, assemelha-se à paternidade sócioafetiva.⁹⁶

Tendo em vista suas idênticas características, abre amplos debates acerca da adoção *Intuitu Personae* (intenção pessoal). Segundo Dias, essa expressão surgiu do desejo pessoal de adotar certo indivíduo, ainda que jamais tenha pretendido adotar alguém, mas, que por um motivo relevante, acaba surgindo. Neste sentido a autora, esclarece que são inúmeras as situações que ocasionam esse tipo de adoção:

Pessoas buscam adotar infantes que encontram no lixo, ou quando se vinculam afetivamente a crianças abrigadas em instituições onde trabalham ou desenvolvem serviço voluntário. Em muitos casos, a própria mãe entrega o filho ao pretenso adotante.⁹⁷

Para a autora, diante da situação fática, não é justo prender-se à argumentos irrelevantes para não conceder à mãe o direito de escolher os pais

⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 380.

⁹⁶ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4ª ed. ver., atual. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2012, p. 254.

⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 437.

adotivos de seu filho, tal qual ocorre frequentemente nas situações que levam adoção à brasileira. Conforme Luz:

A adoção à brasileira ocorre quando alguém registra como seu filho de outrem mesmo tendo pleno conhecimento de não ser o pai biológico. Na prática, isso ocorre quando uma criança é encontrada junto à porta da casa ou simplesmente abandonada na rua, em lixeiras ou outros recipientes. Também pode ocorrer nas hipóteses de entrega espontânea da mãe ou do pai biológico após o parto e antes que se proceda ao registro da criança.⁹⁸

O estado de abandono de menores geralmente, causam sentimentos de compaixão nas pessoas adultas. Assim, ao se deparar com uma situação de abandono, é comum que, por pena ou por ter se afeiçoado à criança, alguém resolva acolhê-la em sua casa. E, dada a sua pouca instrução, bem como seu desconhecimento da lei penal, acaba por registrar a criança em seu nome. É óbvio que o desconhecimento da lei, por si só não justificaria o fato, não fosse o nobre gesto de amor.⁹⁹

Por outro lado Granato:

Questiona-se se é justo àquele casal que ficou com o recém nascido e que eventualmente o manteve em sua companhia por vários meses, que a ele se afeiçoou, com ele criou vínculos e que, acreditando na justiça a procurou, subitamente o veja tomado de seus braços e talvez o perca para sempre, em nome de uma burocrática “fila”? Essa medida atenderá ao “superior interesse da criança”, uma vez que esse infante sofrerá a dor da separação da família que o acolheu?¹⁰⁰

Ante o questionamento acima, é evidente a injusta ação, em nome um processo legal, contra um direito maior de ser escolhido, desejado por uma família, que pretenda lhe proporcionar o direito de ser tratado com dignidade.

Em se tratando do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, é indiscutível que a adoção por pessoas que tenham algum vínculo de afetividade sejam seus pais adotivos, em detrimento de outros estranhos, visto que

⁹⁸ LUZ, Valdemar P. **Manual de Direito de Família**. 1ª ed. Barueri, SP: Manole. 2009. p. 251.

⁹⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte especial, volume III. 8ª ed.. Niterói, RJ: Impetus. 2011. p. 688.

¹⁰⁰ GRANATO. *Apud* DUCATI, Bruna Freitas. **Análise do Processo de Adoção de Crianças e Adolescentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/bruna_ducati.Pdf> Acesso em: 10 out. 2012.

este é um ato que deve priorizar os interesses da criança. Contudo, na era antiga, a adoção nem sempre privilegiava o adotado; era um ato que, primeiramente, se levava em conta o interesse do adotante.¹⁰¹ Em contrapartida, no atual ordenamento jurídico o interesse maior da criança tornou-se de maior relevância ocupando espaço maior no âmbito familiar. Neste sentido Gama leciona que:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito.¹⁰²

No Brasil, o referido princípio, foi recepcionado pelo texto constitucional de 1988 e regulamentado pela Lei 8.069/90. Assim, a realização da adoção ou sua conservação, tenha ou não seguido os tramites processuais, há que se preservar o direito da criança em permanecer na família adotiva, lembrando que o vínculo afetivo adquirido independe de formalidades.¹⁰³

Do mesmo modo, Ribeiro acrescenta que o “princípio do melhor interesse, no que tange à adoção, determina que é mais relevante a felicidade da criança e do adolescente do que meramente sua situação jurídica, alcançada pela verdade registral, desacompanhada de afeto (...)”¹⁰⁴. O ambiente familiar, ainda que por meio de uma adoção irregular, isto é sem o devido processo legal, construído sob as bases sólidas da afetividade, é, sem dúvida alguma, o mais adequado ao menor, se comparado ao estado de abandono. Contudo, atualmente, sua regulamentação é de fundamental importância para a legalização da adoção e evitar consequências desagradáveis de um processo judicial.

¹⁰¹ SANTOS, V. C. M.. Paradigmas pós-constitucional de família. *in*: RIBEIRO, Paulo Hermano Soares, (org). **Nova Lei de Adoção Comentada**: Lei 12010 de 03 de agosto de 2009. São Paulo. Mizuno 2012. p. 67.

¹⁰² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso. 1º ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 80.

¹⁰³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 335.

¹⁰⁴ RIBEIRO, P. H. S., (org.). Síntese legislativa da adoção no ordenamento brasileiro. *In*:----- **Nova Lei de Adoção Comentada**: Lei 12010 de 03 de agosto de 2009. São Paulo: Mizuno 2012. p. 85.

4.2 Adoção à brasileira e seus efeitos jurídicos

O ato de adotar uma criança deve constituir-se devidamente cercado de cautela, por tratar-se de pessoas indefesas, que já tenha sido enormemente fragilizada, e, portanto, um direito indisponível.

Assim, a adoção à brasileira, por se referir a uma forma irregular de família substituta, suas consequências jurídicas podem ser as mais variadas a depender do modo e as circunstâncias que motivaram essa adoção. Seus efeitos vão desde a regularização da adoção, até a anulação do registro, podendo alcançar o ilícito penal, previsto no artigo 242 do Código Penal.¹⁰⁵

A adoção à brasileira, apesar da inexistência do processo legal, também gera efeitos jurídicos, tanto ao adotado quanto ao adotante. Seus principais efeitos podem ser tanto de ordem pessoal quanto patrimonial. Os de ordem pessoal, encontram-se resguardados pela Constituição Federal em seu parágrafo 6º art. 227, e, ainda, pela legislação Civil art. 1626, que corresponde à parentalidade e ao poder familiar. O direito a receber o sobrenome do adotante é garantido ao adotando pela lei menorista – ECA em seu art. 47§, 5º.

Quanto aos de ordem patrimonial, estes se referem à reciprocidade do pleito do alimento entre adotado e adotante, uma vez que se tornaram parentes sob previsão do Código Civil em seu, art. 1694. Além disso, pelo disposto na Constituição Federal em seu 227, § 6º, bem como no § 2º do art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é garantido ao adotado o direito de sucessão, visto que possuem condições de igualdade em relação aos filhos de sangue.

Destaca-se que o tema também é enfocado por Welter:

Na Constituição Federal de 1988 não reside sequer um dispositivo legal que privilegie a paternidade genética em detrimento da socioafetiva, ou que tenha cobrado do registro de pessoas naturais a fidelidade aos fatos da biologia. Considerando, pois: a) que o registro livre e espontâneo de filho não necessita de comprovação genética; b) que a igualdade entre as

¹⁰⁵ LUZ, Valdemar P. **Manual de Direito de Família**. 1ª ed. Barueri, SP: Manole, 2009. p. 225.

filiações biológica e socioafetiva vem sendo sustentada em praticamente todos os quadrantes do País c) que a adoção, sendo uma das formas de filiação, não deve ser tratada como família substituta, mas, sim, corpo integrante de uma família (natural e legítima); d) que a igualdade reside entre a genética, a adotiva e também entre as demais espécies de filiação sociológica (reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade afetiva, filho de criação e adoção à brasileira); e) que, devido ao Estado Democrático de Direito, a Constituição ainda constitui, deve ser admitido que todas as formas de (re)conhecimento voluntário e judicial da paternidade e da maternidade, destinados ao filho biológico, terão de ser outorgadas ao filho afetivo.¹⁰⁶

Neste contexto, a irrevogabilidade da adoção realizada sob a forma à brasileira é condição que não admite a desconstituição da paternidade. Por que fundada no contexto de que o adotante sabia não ser o pai biológico, mesmo assim praticou o ato de registrar a criança como se filho fosse, gerou ao adotado, todos os direitos de uma adoção legal, inclusive o de pleitear por vias judiciais pensão alimentícia, em caso de rompimento do vínculo afetivo entre o casal adotante.¹⁰⁷ Sem dúvida alguma, é também a concretização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

4.2.1 Causas e consequências sociais da adoção à brasileira

Os problemas sociais que assolam a população de baixa renda acarretam, por consequência, os casos de abandonos de crianças. Por outro lado, a burocracia, para a realização da adoção dessas crianças em estado de abandono, acaba facilitando esse tipo de adoção. Como por exemplo, a preferência por ordem de cadastrados, até mesmo a exigência do cadastro de habilitação, haja vista, que nem sempre a criança abandonada que consta na lista de adoção está totalmente desvinculada da família biológica. Conforme dados colhidos em pesquisa virtual:

Estima-se que haja pelo menos 80 mil crianças distribuídas em 2,4 mil em abrigos no País, de acordo com o Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica

¹⁰⁶ WELTER, Belmiro Pedro. **Inconstitucionalidade do Processo de Adoção Judicial**. Disponível em: < <http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 12 out. 2012.

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 436.

Aplicada). Destas, apenas 4,5 mil estão disponíveis para adoção, já que a maioria ainda possui algum vínculo jurídico com a família biológica.¹⁰⁸

Com base nas pesquisas acima, pode se concluir que, indiscutivelmente, a grande maioria dos casos de adoção irregular ocorre devido à morosidade do processo legal na realização da adoção, visto que, quanto maior for sua permanência em abrigos, mais diminui as oportunidades de serem adotadas.¹⁰⁹

A esse respeito Freitas se manifesta:

Fosse à adoção também um caminho ágil, seguro, desburocratizado, seria ela uma opção a mais para os que pretende estabelecer vínculos da paternidade. Fosse ela, de fato, com o estabelecimento de critérios, condições e procedimentos jurídicos despidos de preconceitos, vista como possibilidade de realização plena dessa relação de paternidade, não teríamos o entrave à realização da adoção. É exatamente todo esse complexo jurídico que repete o preconceito social quanto à adoção, que alimenta as mil cabeças da hidra que devora pais e crianças e os lança o medo, à insegurança e ao abandono¹¹⁰.

Apesar desse tipo de adoção ser considerada um ato ilegal, é, pois um caminho mais curto para solucionar um problema de uma criança que está sendo abandonada por seus pais biológicos. Destaca-se que a ausência de uma legislação, aliada à uma burocracia desenfreada, em muito contribui para a ocorrência de adoções irregulares no contexto nacional, sendo estes, portanto, os maiores entraves para a realização de uma adoção legal.

Neste contexto a adoção à brasileira pode se dar por vários motivos, dentre eles, Bordallo destaca que:

Muitas pessoas assim procedem [...] por não desejarem que fato seja exposto a um processo, achando que assim a criança nunca saberá que foi adotada; receio que a criança lhes seja tomada ao procederem a ação, considerando a existência do cadastro que deve ser respeitado; medo de não lhes ser concedida a adoção.¹¹¹

¹⁰⁸ **Cadastro unificado acelera processos de adoção, 22/04/10.** Disponível em: <<http://aprendiz.uol.com.br/content/kipusposhe.mmp>> Acesso em: 10 out. 2012.

¹⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 445.

¹¹⁰ FREITAS *Apud* BASTOS, Eliane Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da (coords). **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 209.

¹¹¹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. *In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4ª ed. ver., atual. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2012, p. 254.

Do caso em tela, muito muitas vezes os adotantes preferem se arriscar a uma adoção irregular com a intenção de proteger a integridade física e psicológica da criança, tendo em vista o estado de vulnerabilidade em que se está inserida. Por outro lado, também existem aqueles que assim agem, por desconhecimento da gravidade do fato, como por exemplo, o erro de proibição, quando há o desconhecimento da ilicitude do ato, previsto no artigo 21 do Código Penal¹¹².

Destaca-se, ainda, que a questão da adoção socioafetiva, também é uma das causas desse tipo de adoção, que apesar do reconhecimento jurídico do valor afetivo no âmbito familiar, o registro ainda pode ser desconstituído, tendo em vista o disposto no art.1.596 e ss do Código Civil Brasileiro.

Assim, de um lado tem-se inúmeras crianças semi abandonadas, necessitando de um lar, e, de outro, um processo legal moroso, mas que não se pode desprezar, haja vista que a segurança da paternidade deve ser um direito da criança ao mesmo tempo, é o que atende ao melhor interesse do menor.

4.3 Previsão de aplicabilidade do perdão judicial na garantia da continuidade à convivência familiar e comunitária da criança e adolescente

Garantir a continuidade da convivência familiar entre adotado e adotante é respeitar um direito adquirido a partir do vínculo afetivo e, sobretudo, que melhor atenda ao interesse do menor, no seio familiar.¹¹³

A adoção à brasileira, conforme já mencionado, pode ocorrer em razão de erro de proibição por sociatividade bem como por *intuito persone*. Em nenhuma das hipóteses há a intenção de prejudicar o menor, tampouco levar vantagem, mas tão somente, dar ao infante um lar, um tratamento digno oferecendo-lhe a oportunidade de ser feliz; afinal, esta é a principal finalidade da adoção. Contudo, seus efeitos alcançam a esfera penal, podendo o adotante responder criminalmente.

¹¹² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte especial, volume III. 8ª ed.. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 688.

¹¹³ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 61.

Neste contexto, o perdão judicial trata-se de um instituto previsto no parágrafo único do artigo 242 do Código Penal que vem sendo largamente utilizado para resolução de conflitos no instituto de família, na esfera cível, como forma extinção da punibilidade quando ocorre a adoção à brasileira. Este instituto se refere a um, dentre outros modos de extinção da punibilidade, prevista no art. 107, inciso IX, do Código Penal Brasileiro.

Neste sentido Nucci leciona que:

O Perdão Judicial é a clemência do Estado para determinadas situações expressamente prevista em lei, quando não se aplica a pena prevista para determinados casos crimes, ao serem preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos que envolvem a infração penal. Trata-se de uma autêntica escusa absolutória, que não pode ser recusada pelo réu.¹¹⁴

Diante disso, entende-se que a aplicabilidade do referido instituto está condiciona à sua previsibilidade. A principal condição é que haja o ilícito penal para que esta possa ser atingida, sem o qual não há que se falar em perdão, mas o reconhecimento da inocência.¹¹⁵ Trata-se, desse modo, de imunidade absoluta em favor daquele que comete crimes leves no âmbito familiar, com intuito de proteger a intimidade familiar.¹¹⁶

Salienta-se que a extinção a que se refere o inciso IX do artigo em comento, não se trata de prescrição, já que esta é extinção da pretensão executória, isto é, o Estado, por inércia ou omissão, perde o direito de punir pelo fato ocorrido; enquanto que para a concessão do perdão judicial, o infrator já deve ter sido julgado e condenado, para então, poder receber a clemência.

Portanto, não há que se falar em extinção do ilícito por prescrição, visto que a tipicidade a que se refere o artigo 242 do mesmo diploma legal é imprescritível

¹¹⁴ NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código penal comentado**. 9ª ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 552.

¹¹⁵ Artigo Art. 181CP - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal; II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

¹¹⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. V 7, p. 324.

enquanto não for conhecido pelo Estado, sendo possível a manifestação do Ministério Público a qualquer tempo, antes de seu efetivo conhecimento.¹¹⁷

Importante salientar que a aplicabilidade do perdão judicial é para assegurar a inviolabilidade do direito do adotado e não tem o condão de descriminalizar¹¹⁸ a conduta delitiva da prática, mas, tão somente, amenizar as penalidades previstas para os casos concretos. Desse modo, evita que o adotante seja demasiadamente punido restando consequências para o adotando, como por exemplo, ser abandonado novamente por seus pais adotivos. Contudo, pode ser o caso de despenalizar a conduta, que significa suavizar a pena, evitando-se ou mitigando-se o uso da pena de prisão, mas mantendo intacto o caráter ilícito do fato (...) ¹¹⁹

Diante disso, entende-se que o Perdão Judicial é um importante instituto, que visa auxiliar o magistrado nas mais diversas decisões, já que, diante de situações que envolvem questões relativas à adoção à brasileira, por exemplo, tende a corrigir possíveis injustiças, de violação do direito do adotado; era, pois, conforme, já mencionado, comum alguém querer adotar uma criança vítima de abandono, motivada pela compaixão, e, ao final, por desconhecimento da tipicidade da prática, acabava registrando, como seu filho, sem informar o seus verdadeiros pais biológicos.

Neste contexto, a concessão do referido instituto na conjuntura atual, visa resguardar o direito do adotado e sua convivência familiar. Essa prática ainda hoje acontece, porém, com menos frequência e com menor possibilidade de ignorância da lei.

¹¹⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte especial, volume III. 8ª ed.. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p.p. 687-688.

¹¹⁸ GOMES, Luiz Flávio, **Nova Lei de Drogas Comentado**: Lei 11.343 de 23. 08.2006. 4ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 130. Descriminalização significa retirar de algumas condutas o caráter de criminoso. O fato descrito na lei deixa de ser crime. Há três espécies de descriminalização: (a) a que retira o caráter criminoso do fato mas não retira do âmbito do direito penal (transforma o “crime” numa infração penal *sui generis* é a descriminalização formal); (b) a que elimina o caráter criminoso do fato e a transformação no ilícito civil ou administrativo tec.(descriminalização “penal”) e (c) a que afasta o caráter criminoso do fato e o legaliza totalmente(nisso consiste a chamada descriminalização substancial). Na legalização, portanto, o fato é descriminalizado substancialmente e deixa de ser ilícito, isto é, passa a não admitir qualquer tipo de sanção. Sai do direito sancionatório.

¹¹⁹ GOMES, Luiz Flávio, **nova Lei de Drogas Comentado**: Lei 11.343 de 23. 08.2006. 4ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p.p. 131-132.

Diante disso, insurge um questionamento:

Imagine-se na hipótese em que uma mulher, grávida, vivendo em condições de extrema miséria, morando em um vilarejo muito pobre no interior de uma cidade do nosso país, resolva abortar, oportunidade em que é impedida por uma família, de condições pouco ou melhores que as dela, mas que, movido por um sentimento de solidariedade, a convença a levar a gravidez a termo, sob a promessa de que ficaria com a criança assim que ela nascesse. Depois do nascimento, dada pouca cultura, a família registra o recém nascido como filho.¹²⁰

Ante a hipótese acima descrita, a concessão do perdão judicial é, sem dúvida, justificável, pois, além de garantir o princípio do melhor interesse da criança, está também a garantir o princípio da afetividade, da solidariedade, bem como o princípio dos direitos da pessoa humana.

Todavia, há que se observar que a verdade registral são formalidades que não se deve desprezar. Conforme já se viu anteriormente, o princípio do melhor interesse da criança é o princípio que rege o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como um dos principais norteadores da convivência familiar. Assim sendo, considerando, portanto, a existência de legislações pertinentes, é altamente recomendável que toda adoção seja realizada de acordo com as normas prescritas, assegurando, por meios legítimos, o princípio supracitado.

4.4 Decisões jurisprudenciais no tocante a adoção à brasileira

Sendo a adoção à brasileira uma modalidade criada pela jurisprudência, ainda que tal fato constitua, em tese, uma espécie de crime de falsidade ideológica, pode o juiz deixar de aplicar a pena, quando esta se realizar movida por motivos nobres¹²¹, priorizando o melhor interesse da criança. Ressalte-se, que a convivência familiar, é um direito do adotando, seja ela natural ou adotiva.

¹²⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte especial, volume III. 8ª ed.. Niterói, RJ: Impetus. 2011. p. 687.

¹²¹ Artigo 242 CP- Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.; parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza.

Importante se faz destacar que apresentar tão somente o tema, seu conceito e suas nuances e peculiaridades não é o suficiente, é imperativo demonstrar como está sendo tratado este assunto em nossos Tribunais.

Em se tratando da prioridade do bem estar da criança e do adolescente a jurisprudência, neste caso, vem decidindo pela prevalência da manutenção da criança junto ao adotante sob a argumentação da preservação do melhor interesse da criança.

Neste sentido, recentemente, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em publicação 02 de Junho de 2010, decidiu pela absolvição o caso de registro de menor abandonado pela mãe biológica, sob a lógica do motivo nobre:

Ação penal. Registro de filho alheio como próprio. Genitora sem condições de prover o sustento da criança e que concorda com a entrega àquele que figura como pai. **Motivo nobre evidenciado.** Aplicação do art. 242, parágrafo único, do código penal. **Concessão do perdão judicial.** Recurso Criminal: RCCR 167679 SC 2010.016767-9. Relator: Des. Sérgio Paladino. Publicação 2 de Junho de 2010.¹²² (grifos nosso)

Da ementa, o perdão judicial é concedido no sentido de garantir o direito fundamental da criança, visto que o gesto nobre da adoção mostrou que o apelado tinha a guarda de fato da criança há algum tempo, e não foram detectados indícios de má fé na prática da adoção. Por isso, foi absolvido uma vez que, segundo o tribunal, não ficou comprovado que o réu tinha a intenção de burlar o procedimento da adoção; ao contrário, com tal comportamento demonstrou carinho, amor e generosidade por um menor que seria abandonado pela sua própria mãe biológica.

Ainda no mesmo sentido, recentemente esta corte tem decidido pela prevalência da inviolabilidade dos direito do adotado. Assim decidiu o Tribunal do Estado de Minas Gerais:

EMENTA:
FAMÍLIA – ADOÇÃO- CASAL QUE ACOLHEU CRIANÇA RECÉM NASCIDA E AFOROU AÇÃO DE ADOÇÃO COM CONSENTIMENTO DA MÃE BIOLÓGICA – BUSCA E APREENSÃO POSTERIOR PARA

¹²² TJSC - Recurso Criminal: RCCR 167679 SC 2010.016767-9. Relator: Des. Sérgio Paladino. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17572133/recurso-criminal-rccr-167679-sc-2010016767-9-tjsc/inteiro-teor>> Acesso em: 25 out. 2012.

PRIVILEGIA AQUELE QUE SE ENCONTRA CADASTRADO PARA ADOTAR. – INTERESSE DA CRIANÇA – PREVALÊNCIA – DECISÃO REFORMADA. - não é admissível que, após cinco meses de convívio entre a criança a ser adotada e o casal que pleiteia a adoção, seja lícito a autoridade judiciária promover, de ofício, a busca e apreensão para entrega do menor à primeira pessoa que se encontra cadastrada no juízo da infância e juventude. hipótese na qual criou-se laços afetivos que tendem a se tornar irreversíveis e há elementos probatórios que atestam a inteira adaptação da criança com o casal.

súmula: deram provimento. número de processo:10070707.1308866-2/200: (Relator: Alberto Vilas Boas; data do julgamento: 04/12/207 ;data da publicação: 22/01/2008).¹²³

Neste aspecto é importante destacar que o posicionamento do referido Tribunal foi adequado, pois, estar na lista de habilitados, nem sempre deve ser considerado o casal ideal.

É notório que a aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança frente à adoção à brasileira tem sido reconhecida em benefício do adotado. Observa-se que tanto doutrinas quanto a jurisprudência pátria têm sido favoráveis, em benefício do adotado, quando constatado a inexistência de má fé no ato da adoção, pois, ao aplicar a lei, deve o magistrado, antes mesmo de se apegar demasiadamente às normas formais, analisar os superiores interesses de crianças e adolescentes.

Vale ressaltar, que a adoção, uma vez constituída, ainda que o adotante alegue inexistência de paternidade, é irrevogável, no sentido de preservar o melhor interesse da criança, como têm decidido os tribunais no seguinte julgado:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. **AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PAI REGISTRAL.** O reconhecimento espontâneo da paternidade por quem sabe não ser o pai biológico tipifica verdadeira adoção (adoção à brasileira), a qual é irrevogável, descabendo postular-se anulação do registro de nascimento, salvo se demonstrada de forma convincente a existência de vício de consentimento, o que incorreu. Apelação provida. Voto vencido. (Apelação Cível nº 70006173769, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alfredo Guilherme Englert, julgado em 18/09/2003)¹²⁴ (grifo nosso)

¹²³ **TJMG:** número de processo: 10070707.1308866-2/200: Relator: Alberto Vilas Boas; data do julgamento: 04/12/2007; data da publicação: 22/01/2008. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/index.php?option=com_content&task=view&id=2889&Itemid=324> Acesso em 25 out. 2012.

¹²⁴ APELAÇÃO CÍVEL Nº 70006173769, OITAVA CÂMARA CÍVEL, **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ALFREDO GUILHERME ENGLERT, JULGADO EM 18/09/2003**). Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/jurisp/idt260.htm>> Acesso em: 10 out. 2012.

Da ementa apresentada verificam-se duas decisões importantes. A primeira, como já sustentado neste presente trabalho, é a irrevogabilidade do ato registral para se eximir de responsabilidades, quando bem entender, por parte do adotante. A segunda, e mais importante por ora, é que a adoção à brasileira, apesar de ser uma exceção, também produz efeitos jurídicos no sentido de garantir o princípio do melhor interesse do menor.

Frise-se que, embora o processo legal da adoção seja importante para o controle estatal, os julgados aqui apresentados não deixam de enaltecer a importância da afetividade, e da convivência familiar como garantia do melhor interesse do menor.

Todavia, é importante ressaltar que, apesar da boa intenção que envolve o ato de adoção e a aplicabilidade do Perdão Judicial, esse ato continua sendo ilegal. Uma adoção realizada às margens da lei sempre haverá complicações, tanto para os pais biológicos quanto aos adotivos, bem como para os profissionais que, por ventura, facilitaram, haja vista se tratar de registro com base em declaração falsa, podendo, inclusive ser anulada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho monográfico, sem pretender esgotar o assunto, procurou-se demonstrar que o instituto da adoção é um tema que permite ampla interpretação. Por isso, a presente abordagem visou verificar as garantias do melhor interesse da criança frente à adoção realizada nos moldes à brasileira.

É evidente que ao longo dos anos o instituto da adoção vem recebendo especial tratamento por toda parte da doutrina que demonstra uma visão geral sobre o tema. Até o Código Civil de 1916 em nosso ordenamento jurídico eram previstos apenas dois tipos de adoção: civil e a estatutária. Após esse período, por determinação da jurisprudência, criou-se a adoção simulada ou à brasileira.

Esta forma peculiar de adoção, apesar ser tipificado no art. 242 do Código Penal Brasileiro, também vem recebendo especial atenção de nossos tribunais, no intuito de tutelar as famílias constituídas sob este molde. Assim sendo, a concessão do perdão judicial, como forma de proteger o melhor interesse do menor, vem sendo um instrumento de suma importância, pois por meio desse instituto, o Estado se abstém do seu direito de punir, em benefício da continuidade da convivência familiar.

Diante do problema suscitado neste trabalho de pesquisa, inquiriu-se a aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente como garantia à inviolabilidade dos direitos fundamentais do adotado, nos moldes da adoção à brasileira. Com vista a atender o melhor interesse do menor, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como os demais princípios, tem como finalidade precípua nortear as decisões dos julgadores para obtenção do resultado que melhor atende aos interesses do adotado.

Considerando-se a constância da prática de adoção nos moldes à brasileira na sociedade, nota-se que a aplicabilidade do perdão judicial em favor do melhor interesse do adotado tem sido uma tendência nas decisões de nossos tribunais como forma de garantir a inviolabilidade do direito da criança; princípios estes que devem prevalecer independentemente da forma de família: natural ou substituta.

O princípio do melhor interesse da criança, embora não esteja elencado na Constituição Federal, é de suma importância na preservação de seus direitos fundamentais. Assim, a colocação de crianças em famílias substitutas como direito à

convivência familiar, é parte da garantia da inviolabilidade desse direito. Portanto, tem-se que a institucionalização do menor é medida pouco recomendável para se garantir seu efetivo direito à convivência familiar.

A adoção sob os moldes à brasileira, apesar sua classificação irregular, é irrevogável, e gera todos os efeitos de uma adoção legal, tanto ao adotado quanto ao adotante. Todavia, em se tratando de falsa declaração registral, podem os envolvidos responderem criminalmente por atos ilícitos.

Frise-se que poder adotar uma criança, dar-lhe um lar, afeto, referências, e, sobretudo, pais, mesmo sem o devido processo legal da adoção, não deve, pois, ser motivo de punição. A institucionalização do menor, sem dar aos pais biológicos o direito de escolher quem melhor atende aos interesses da criança, é, portanto, puni-la duplamente, uma vez que a lista de cadastro de pessoas habilitadas, não garante o efetivo direito do adotado, pois é evidente que o afeto já adquirido no processo de convivência familiar é o que se deve ser considerado pelos julgadores.

Nesta mesma posição, encontra-se o questionamento do tema da *Intuitu Personae* que, por ser comparado à adoção à brasileira, é um assunto muito polêmico, ainda é pouco discutido por alguns doutrinadores considerados mais conservadores.

A convivência familiar é garantida à criança independente de ser esta natural, originada pela consanguinidade ou adotiva. Contudo, na atualidade, regulamentada pelo ECA, Código Civil, e mais especificamente pela nova lei de adoção- Lei nº12.010-, sua principal finalidade é dar um responsável ao menor, de forma que atenda ao seu melhor interesse. O vínculo afetivo é um elemento essencial de suporte na família atual, pois é considerada a base da sociedade convertendo-se, posteriormente, em fatos jurídicos gerando, portanto, responsabilidade aos envolvidos.

Sendo, pois, este o posicionamento da grande maioria dos doutrinadores, e, sobretudo, de nossos Tribunais ao reconhecer a irrevogabilidade e a afetividade para fundamentar suas decisões. Todavia é importante salientar, que os problemas sociais que envolvem o instituto da adoção, em especial do direito do menor, é muito mais complexo e não se resolve com belos discursos, tampouco com criações de

leis ou decisões, mas, sobretudo, com vontade política e disponibilidade de recursos para sua implementação.

REFERÊNCIAS

LIVROS

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 4ª ed. ver., atual. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2012.

CÁPUA, Valdeci Ataíde. **Adoção Internacional: Procedimentos Legais**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias, (Org.). In ----- **O direito de família após a Constituição Federal de 1988**, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo: 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu; KORCZACK, Janusz. **O direito da criança ao respeito**. Sammus Editorial. 3ª ed., 1986.

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

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. Curitiba . Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, Rui Barbosa. **Adoção: comentários à nova lei de adoção Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009**. p. 24- 1ª edição, CL EDIJUR- Lemes, São Paulo- Edição 2009.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Comentários à nova lei nacional da adoção – Lei 12.010 de 2009**. Curitiba: Juruá. 2010.

FREITAS apud BASTOS, Eliane Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da (coords). **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso. 1º ed. São Paulo: Atlas. 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte especial, volume III. 8ª ed.. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. V 7

LAZZARINI, Alexandre Alves. Et al. **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família, aspectos constitucionais, civis e processuais**. Vol. 2. Coordenadora: Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LUZ, Valdemar p. **Manual de Direito de Família**. 1ª ed. Barueri, SP: Manole, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: direito de família. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9 ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Código Civil Anotado e Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PATÍÑO, Ana Paula Corrêa. **Direito Civil**: direitos de família. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família.** Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica.** 2ª ed. ver. amplia e Atual. Belo Horizonte Editora del Rey, 2003.

RIBEIRO (org.): SANTOS,Vivian Cristina Maria; SOUZA, Ionete de Magalhães.. **Nova Lei de Adoção Comentada: Lei 12010 de 03 de agosto de 2009.** São Paulo. Mizuno 2012.

ROSA, Edinete Maria. **Radiografia de um processo social: um estudo sobre o discurso jurídico a respeito da violência contra crianças.** São Paulo – Casa do Psicólogo, 2004.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil.** São Paulo: Saraiva, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família.** Vol. 6. São Paulo. Ed. Atlas. 2010.

VIANNA, Guaraci de Campos. **Direito Infanto-Juvenil: Prática e Aspectos Multidisciplinar.** Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos(.org.) **Fundamentos de História do Direito.** 4ª edição, revista e atualizada. Belo Horizonte. Del REY, 2008.

PERIÓDICOS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A função social da família – o reconhecimento legal do conceito moderno de família:** o artigo 5º, II, parágrafo único, da lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) In: **Revista de Direito de Família.** Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.8, n.39, dez.-jan., 2007.

SILVEIRA, Maria Lucia da. **Família:** conceitos sócio antropológicos básicos para o trabalho em saúde. Fam. Saúde Desenv., Curitiba, v.2, n.2, p.58-64, jul./dez. 2000. Disponível em:
<<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/refased/article/view/4927/3751>> Acesso em: 10 out. 2012.

SARTI, Cynthia Andersen. **A Família como Ordem Simbólica**. Fam. Saúde Desenv., Curitiba, v.2, n.2, p.58-64, jul./dez. 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pusp/v15n3/24603.pdf>> Acesso em: 10 out. 2012.

DISSERTAÇÕES

SIMÕES, NATALY MORETZSOHN SILVEIRA. **A Adoção e o Direito ao Convívio Familiar Sob a Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. Dissertação De Mestrado. UNIFIEO - Centro Universitário FIEO. Osasco, 2009.

INTERNET

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70006173769, OITAVA CÂMARA CÍVEL, **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS**, RELATOR: ALFREDO GUILHERME ENGLERT, JULGADO EM 18/09/2003. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/jurisp/idt260.htm>> Acesso em: 10 out. 2012.

BARBOZA. Heloisa Helena **O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**. In: A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000. p. 206. Disponível em: <http://www.lexeditora.com.br/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES SOBRE_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx> Acesso em: 10 set. 2012.

Cadastro unificado acelera processos de adoção, 22/04/10. Disponível em: <<http://aprendiz.uol.com.br/content/kipusposhe.mmp>> Acesso em: 10 out. 2012.

Convenção Internacional dos Direitos Da Criança e Adolescente. Disponível em: <http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf> Acesso em: 10 set. 2012.

Declaração dos Direitos da Criança - 1959. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm> Acesso em: 07 out. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/adocao-e-a-espera-do-amor.cont>>. Acesso em: 06 nov. 2010.

ARANTES, Esther Maria de. "**criança infeliz**" a "**menor irregular**" vicissitudes na **arte de governar a infância** In: Jacó Vilela; Ana Maria, Jabur, Fábio e Rodrigues, Hílania de Barros Conde. Clio Payché: **Histórias da Psicologia no Brasil**. Rio de Janeiro: UERJ, NAPE, 1999.p.257. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/contexto-historico-do-codigo-de-menores-ao-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-mudancas-decessarias/19148/#ixzz277u3GhTW>> Acesso em: 12 out. 2012.

GRANATO. Apud DUCATI, Bruna Freitas. **Análise do Processo de Adoção de Crianças e Adolescentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/runa_ducati.pdf >. Acesso em: 10 set. 2012.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Breves Considerações Sobre o Princípio Do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.lexeditora.com.br/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES_SO_BRE_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx> Acesso em: 10 set. 2012.

WELTER, Belmiro Pedro. **Inconstitucionalidade do Processo de Adoção Judicial**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.

PATRICIA, Saboia. **ARTIGO SOBRE A NOVA LEI DA ADOÇÃO**. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=patricia%20saboia%20artigo%20sobre%20a%20nova%20lei%20da%20ado%C3%A7%C3%A3o&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.senado.gov.br%2Fsenadores%2Fsenador%2FPatriciaSaboia%2FARTIGO_SOBRE_NOVA_LEI_ADOCAO.doc&ei=vcmXULiNI8uw0QGSvoDoAQ&usg=AFQjCNFdl_tpAY3aEFw4PNgQB_JBshP8BQ> Acesso em: 25 out. 2012.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 70006173769, OITAVA CÂMARA CÍVEL, **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS**, RELATOR: ALFREDO GUILHERME ENGLERT, JULGADO EM 18/09/2003. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/jurisp/idt260.htm>> Acesso em: 10 out. 2012.

TJMG: número de processo:10070707.1308866-2/200: Relator: Alberto Vilas Boas; data do julgamento: 04/12/207 ;data da publicação: 22/01/2008. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/index.php?option=com_content&task=view&id=2889&Itemid=324> Acesso em 25 out. 2012.

TJSC - Recurso Criminal: RCCR 167679 SC 2010.016767-9. Relator: Des. Sérgio Paladino. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17572133/recurso-criminal-rccr-167679-sc-2010016767-9-tjsc/inteiro-teor>> Acesso em: 25 out. 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores Para a Organização Jurídica da Família**. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf> Acesso em: 10 set. 2012.

ROSEMBERG, Fúlvia. MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. **A Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança: debates e tensões**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-15742010000300003&script=sci_arttext> Acesso em: 10 set. 2012.

TARTUCE, Flavio. **NOVOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO**. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br> Acesso em: 25 out. 2012.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Compreendendo a criança como sujeito de direito: a evolução histórica de um pensamento**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.