

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE SERRA**

**ALEXANDRO KRUGER FRANÇA
JOBSON SILVA ZAMPRONGNO**

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE ASSISTÊNCIA POR
ADVOGADO NO PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO**

**SERRA/ES
2020**

ALEXANDRO KRUGER FRANÇA
JOBSON SILVA ZAMPROGNO

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE ASSISTÊNCIA POR
ADVOGADO NO PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito das
Faculdades Doctum de Serra, como
requisito à obtenção do título de Bacharel
em Direito.**

**Área de Concentração: Direito Civil
Professora Orientadora: M.a Jeane dos
Santos Bernardino Fernandes.**

SERRA/ES
2020

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado **A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE ASSISTÊNCIA POR ADVOGADO NO PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO**, elaborado pelos alunos **ALEXANDRO KRUGER FRANÇA E JOBSON SILVA ZAMPROGNO** foram aprovados por todos os membros da Banca Examinadora e Aceita pelo curso de Direito das **FACULDADES DOCTUM DE SERRA**, como requisito parcial da obtenção do título de: **BACHAREL EM DIREITO**.

SERRA, ____ de _____ 2020

Prof. Orientador

Prof. Examinador 1

Prof. Examinador 2

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicação da dispensa do advogado nas questões que remetem no melhor interesse da criança e do adolescente, sobretudo, no prisma do direito a inserção no âmbito familiar adotivo, segundo o qual, a Lei 12.010/09 visou desburocratizar o processo de adoção. Sabendo-se que, a perda do poder familiar já resulta num prejuízo moral e psíquico do menor, pois a colocação em casa de acolhimento transfere ao Estado o dever de zelo, não estando presentes os mesmos sentimentos de afeto e carinho de um pai ou de uma mãe. O trabalho apresentará um breve histórico da concepção de acesso à justiça, ressaltando o interesse do constituinte de 1988 em acordar com a perspectiva da indispensabilidade do advogado para o fim da justiça. No entanto, é uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que vai modelar tal panorama, a fim de haver melhor adequação às legislações infra, no condão de introduzir a simplicidade e a celeridade nos processos que inferem menor complexidade, conquanto ao direito das partes e o objetivo do devido processo legal. Por derradeiro, a análise se posiciona no sentido de refletir os deveres com relação ao melhor interesse da criança e do adolescente. Por fim, a pesquisa conclui pela constitucionalidade da dispensa do advogado, disposto no artigo 166 do Ecriad, desde que presentes estejam os contornos do melhor interesse da criança e do adolescente.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Causídico. Indispensabilidade. Adequação. Direito de adoção.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the application of the lawyer's dismissal in matters that refer to the best interest of the child and adolescent, above all, in the prism of the right to insertion in the adoptive family environment, according to which Law 12.010/09 aims to reduce bureaucracy the adoption process. Knowing that, the loss of family power, already results in a moral and psychological damage to the minor, since the placement in a foster home transfers the duty of zeal to the State, and the same feeling of affection of a father or a mother is not present. mom. The work will present a brief history of the concept of access to justice, highlighting the interest of the 1988 constituent in agreeing with the perspective of the attorney's indispensability for the end of justice. However, a decision by the Federal Supreme Court (STF) will shape this panorama, in order to be better adapted to the lower laws, in order to introduce simplicity and speed in the processes that imply less complexity, while respecting the law of the parties and the objective of the legal process. Finally, it positions the analysis in the sense of weighing up the duties in relation to the best interest of the child. Finally, the research concludes by the constitutionality of the dismissal of the lawyer of article 166 of Ecriad, provided that the outlines are in the best interests of the child and adolescent.

Keywords: Access to justice. Causal. Indispensability. Adequacy. Adoption right.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	BREVE SÍNTESE DO ACESSO À JUSTIÇA, ANÁLISE DA IMPORTÂNCIA DO ADVOGADO À LUZ DO ART. 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	2
3	SUSPENSÃO, PERDA E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR, ASPECTOS RESOLUTIVOS À ADOÇÃO SEM O ADVOGADO.....	6
4	OS POSSÍVEIS PREJUÍZOS CONQUANTO AO ACOLHIMENTO DO MENOR E OS REFLEXOS PELA AUSÊNCIA DO LAR FAMILIAR.....	12
5	O CONTRAPONTO NO PROCESSO DE ADOÇÃO EM FACE DA DISPENSA DO PATROCÍNIO	14
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	16
	REFERÊNCIAS.....	18

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa estabelecer a conexão entre os direitos da criança e do adolescente ser adotado, corrente para tanto, procedimentos que devam repercutir a luz do melhor interesse do menor.

Direitos universais inerentes ao indivíduo fomentam o acesso à justiça, deixando assim, de ser apenas uma utopia, e passando a integrar as discussões, aos sujeitos de direito indistintamente, seja em razão da posição econômica social de cada um.

A noção de justiça de Mauro Capelletti, aos poucos toma forma e incorpora a Carta Magna de 1988, garantindo ao sujeito de direito, ser tutelado perante a complexidade e tecnicidade exigida pelos imbróglis processuais.

Nesse contexto, o advogado passa a ter maior importância, sua presença torna a garantia do contraditório e da ampla defesa mais que necessária.

Contudo, a premissa de indispensabilidade do advogado, nos termos do artigo 133 da Constituição Federal de 1988, passa por uma modulação, no que tange o estímulo da justiça social, ao lume o STF passa a entender ser relativa à questão (BRASIL, 1988).

Depreendendo, assim, as causas de menor valor e de menor complexidade, na esfera do *ius postulandi*, donde vai se permitir a parte sem o auxílio de advogado requerer o seu direito perante o poder judiciário, homenageando a simplicidade e a celeridade processual, como princípios que comungam com o acesso à justiça.

A adoção passa a ter uma nova feição com as transformações dadas pelo Código Civil de 2002, que não mais aquelas precedidas da normativa do Código Civil de 1916, pois que, o novo código consolida a transformação de direitos, em congruência a tratados internacionais, revelando ao mesmo tempo a suma no melhor interesse da criança e do adolescente.

A figura do poder familiar não mais integra o direito irrestrito dos pais sobre os filhos, mas configura um dever de zelo outorgado pelo Estado, que, uma vez invocado, resta-lhe a execução de medidas que visem à supressão de danos ao menor.

Tanto a suspensão quanto perda do poder familiar, pretendem serem medidas revestidas de incolumidade processual, que não se tratam da desvinculação afetiva dos pais pura e simples, no entanto, visa promover o melhor

interesse do menor, a despeito das faltas recorrentes e exarcebadas no cumprimento do dever e cuidado dos pais.

Com isso, os menores que já foram recolhidos e ou retirados do poder familiar, ficam a mercê do emaranhado processo de adoção, que devido à deficiência na legislação e a sua rigidez, dificultam a inserção em nova família.

Não obstante, o advogado, por sua indispensabilidade, tem a função de resguardar o contraditório e a ampla defesa, imprimindo ao processo maior rigidez em relação aos anseios do adotante, e o consentimento voluntário dos pais naturais.

Para tal análise o presente artigo virá consubstanciar o seu ideal na simplicidade, que o procedimento da adoção deva se deparar, sendo que, a dispensa do advogado em nada viola o escopo do melhor interesse do menor.

Estabelecendo, assim, o respeito pelos princípios da dignidade da pessoa humana, tanto dos pais naturais, que deixam de exercer o poder familiar, quanto dos adotantes que aguardam ansiosos na fila cronológica do cadastro de adoção.

2 BREVE SÍNTESE DO ACESSO À JUSTIÇA, ANÁLISE DA IMPORTÂNCIA DO ADVOGADO À LUZ DO ART. 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito do acesso à Justiça é um fenômeno que foi sendo construído ao longo de anos, isto por que, garantias inerentes ao homem, enquanto ser natural, como: igualdade, liberdade e fraternidade, exigiam a participação de todos no meio jurídico.

Ressaltava-se nesse diapasão não só as causas de cunho econômico (direito do trabalho), mas, demandas de interesse individual como família e criminal, passaram a incorporar também os interesses do pobre e do rico.

A noção de justiça foi se aglutinando do ponto de vista do direito, pois o que antes era delimitado a quem possuía condições financeiras para arcar com os ônus de um processo moroso, aos poucos, alçava-se uma nova perspectiva fomentada numa justiça mais social, havendo assim, o maior envolvimento daqueles que não tinham condições a bastar para um processo.

Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para

proporcionar a assistência judiciária àqueles que não podem custear são, por isso mesmo, vital (CAPELLETTI, 1988, p. 31).

Porém, ao passo que o movimento de justiça social na sociedade começava aparecer, somavam-se a isso algumas anomalias: os serviços de assistência judiciária, não eram possíveis manter advogados em número suficiente para dar atendimento individual de primeira categoria a todos os pobres com problemas jurídicos (CAPELLETTI, 1988, p. 43).

A Constituição Federal de 1988 ao dispor em sua carta a necessidade de assistência por advogado para o fim da justiça, como elenca a primeira parte do artigo 133, “O advogado é indispensável à administração da justiça [...]”, o faz no sentido de proporcionar ao sujeito de direito, maior segurança jurídica defronte situações que envide maior conhecimento técnico.

Quando exprime da indispensabilidade, esta se propõe ao fim da justiça, e traz em si um status constitucional endereçado ao advogado (BRASIL, 1988).

Contudo, deve-se ter mente que o escopo do texto não interessa ao advogado apenas, pois a finalidade que se quer atingir é que todo o cidadão alcance o que é justo, ou seja, possa ser tutelado o seu direito com vistas às garantias do contraditório e da ampla defesa.

Importa lembrar que o advogado não existe apenas para os casos em que haja litígios, devendo ele zelar pelo melhor interesse do seu cliente antes de tudo. Buscar o justo pode significar não necessitar o ingresso no Judiciário, resolvendo-se a questão de forma conciliatória e rápida, denotando a preocupação do advogado com o seu cliente (GONZAGA; NEVES; JUNIOR, 2018, p. 28).

Nos artigos 1º e 2º do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) estão presentes situações em que o advogado é indispensável a fim da justiça (BRASIL, 1994), nas quais concorrem às privativas da profissão, bem assim as dispostas como relativas de sua atuação.

A finalidade da justiça, não quer dizer daquele momento em que se vislumbra o litígio propriamente dito, pois o seu final é abstrato, a saber: a paz social.

Razão pela qual, na maioria das vezes as partes concordam de ter suas demandas suprimidas por um terceiro imparcial (isto é, o juiz), ou, convencionam entre si uma solução pacífica (composição extrajudicial).

Demais, o advogado tem como objetivo subsidiar as partes maior segurança jurídica, perante as instabilidades que possam surpreender no procedimento judicial ou administrativo que, de fato, influenciem ao desfavor do seu patrono.

Não obstante, a Ação Direta de Inconstitucionalidade a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 1127-8 que retirou a privativa atuação do advogado em alguns casos, firmou-se no entendimento que demandas judiciais que remetem baixa complexidade, determinam menor envolvimento litigioso, sendo dispensável a atuação técnica do advogado, por ter, esta, uma feição de justiça social (STF, 2010).

Nas palavras de Mauro Capelletti e Bryan Grath (1988, p. 97), o fenômeno de justiça social caminhava ao lado das nuances do acesso à justiça:

O desafio é criar foros que sejam atraentes para os indivíduos, não apenas do ponto de vista econômico, mas também físico e psicológico, de modo que eles se sintam à vontade e confiantes para utilizá-los, apesar dos recursos de que disponham aqueles a quem eles se opõem. Sem dúvida, parece que a força das críticas mencionadas acima não desencorajou os reformadores de pequenas causas; ao contrário, elas deram a partida para um novo e notável esforço – **utilizando aquilo que chamamos de novo enfoque de acesso à justiça** – com vistas a uma significativa reforma das pequenas causas. Grifo nosso.

Desse modo, o STF através da ADIN 1127-8, pretendeu concordar no que o douto professor aludiu em sua obra, invocando o procedimento *ius postulandi* nas demandas de menor complexidade, reiterando o enfoque do acesso à justiça.

Segundo ainda a ADIN 1127-8 do Supremo Tribunal Federal (STF), foi julgada inconstitucional a expressão do inciso I no artigo 1º do Estatuto da OAB, a depender pelo conflito que exponenciou-se pelo artigo 9º da Lei dos Juizados Especiais (BRASIL, 1995). A expressão “qualquer” compreende situações ou demandas que fosse privativa do advogado. Sendo intuitivo que quem não tem capacidade postulatória não pode exercer o direito de ação perante o Poder Judiciário. Cumpre esclarecer que algumas circunstâncias pulverizadas na legislação especial do direito empresarial, por exemplo, remetem uma solenidade quanto à ratificação de documento com o visto do advogado, como esta disposto no artigo 114 da Lei 6.015/73 – Registros públicos. (BRASIL, 1973).

No entanto, ao retirar a prerrogativa exclusiva do advogado por meio da ADIN 1127-8, quis o constituinte reformador transigir em relação a casos específicos do ponto de vista econômico e multifário, conforme transcrito abaixo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - Lei 8906 /94. Suspensão da eficácia de dispositivos que especifica. LIMINAR. AÇÃO DIRETA. Distribuição por prevenção e competência e ilegitimidade ativa da autora. QUESTÕES DE ORDEM. Rejeição. MEDIDA LIMINAR. Interpretação conforme e suspensão da eficácia até final decisão dos dispositivos impugnados, nos termos seguintes: Art. 001 °, inciso 00I - **postulações judiciais privativa de advogado perante os juizados especiais. Inaplicabilidade aos Juizados de Pequenas Causas, à Justiça do Trabalho e à Justiça de Paz. I - O advogado é indispensável à administração da Justiça. Sua presença, contudo, pode ser dispensada em certos atos jurisdicionais (STF, 2018)**; Art. 001 °, § 002 ° - contratos constitutivos de pessoas jurídicas. Obrigatoriedade de serem visados por advogado. Falta de pertinência temática. Arguição, nessa parte, não conhecida. Grifo nosso (STF, 2010, on-line).

Discordando o embargante no acórdão da ADIN 1127-8 do STF, sustenta que, sendo a justiça um fim abstrato no enfoque do interesse do Poder Judiciário, vincula, *de per si*, o causídico em nome de um processo hígido, segue um trecho da defesa do embargo:

Previendo a presença do advogado para postulação em qualquer órgão do Poder Judiciário, inclusive os juizados especiais, o v. Acórdão é omissivo ao deixar de observar que o art. 133, CF, nada mais fez do que explicitar, em sede legislativa, o que já decorria diretamente do texto constitucional, não havendo margem à opção que pudesse supor que a presença do advogado **não repercutisse no desejo constitucional de celeridade e simplificação**. Não há incompatibilidade da expressão, 'qualquer' com a Carta da República, pois foi ela que elegeu o advogado como função essencial à administração da justiça e à guarda do Direito. **Sendo essencial à Justiça, e não a um ou alguns órgãos do Poder Judiciário, e também não a algum ou a alguns dos processos e procedimentos adotados para a prestação jurisdicional**, descabe entender que a presença do advogado não contribuiria à simplicidade e celeridade. Grifo nosso (STF, 2010, on-line).

Verifica-se no texto acima que não se justifica a dispensa do advogado em casos de menor complexidade sob o pretexto de maior simplificação ou celeridade processual.

A presença do advogado mesmo em demanda de menor valor de causa garante a fruição da justiça e a guarda do direito.

Por outro lado, a sua ausência, enseja a parte menor tutela concernente aos direitos e garantias, o que, no surgimento de nulidades no processo, os vácuos legislativos deixem de ser sanados por falta do conhecimento técnico do advogado.

3 SUSPENSÃO, PERDA E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR, ASPECTOS RESOLUTIVOS À ADOÇÃO SEM O ADVOGADO

O procedimento de adoção é medida que visa mitigar o abandono da criança, do adolescente, do idoso, bem como suprimir aquelas situações em que se está presente à infertilidade e, por último, a promoção das medidas socioafetivas.

Impende a compreensão de que o instituto da adoção nas palavras de Rolf Madaleno (2018, p. 837), imita a natureza, dando a filhos aos que não podem tê-los, por cujas circunstâncias eram mais frequentes se desse a adoção por casais estéreis, empenhados em buscar corrigir a natureza que lhes negou a descendência.

Não se vislumbra tão somente no processo de adoção a realização de um sonho familiar, demais, se está diante do direito da dignidade da pessoa humana da criança e do adolescente.

Também no instituto da adoção a prioridade deixou de ser a realização pessoal dos adotantes e passou a prestigiar os interesses superiores da criança e do adolescente, substancialmente integrando uma célula familiar, capaz de proporcionar efetiva felicidade ao adotado (MADALENO, 2018, p. 837).

A adoção possui natureza jurídica que não se vincula ao negócio jurídico. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o aparecimento da noção de família, seja fruto do casamento ou da união estável, quiçá o desejo de compartilhamento homoafetivo, derogou aquelas imposições que o Código Civil de 1916 trazia com relação à adoção simples e adoção plena.

Dessa forma, percebe-se que o instituto da adoção se orienta no intuito de conceder tanto a criança e ao adolescente, quanto os guardadores e substitutos, maior segurança e higidez na construção de uma família.

Atualmente, o poder familiar externa uma incumbência que têm os pais de criar e educar seus filhos e tê-los em sua companhia e guarda prover sua alimentação [...], e a sua perda, porquanto extrema, detém o caráter premente, pois que a criança e o adolescente restariam em condição de fragilidade emocional e psicológica (MADALENO, 2018, p. 847).

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2016, p. 767), a perda do poder familiar pode ser de modo suspensivo ou extintivo, e tem como objetivo a proteção integral

da criança e do adolescente, física e psíquica, na medida em que sua incolumidade esteja em risco. Nisso, a interferência do Poder Público é justificavelmente necessária para garantir que os direitos da criança e do adolescente sejam resguardados.

O Estado moderno sente-se legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem. Assim, reserva-se o direito de fiscalizar o adimplemento de tal encargo, podendo suspender e até excluir o poder familiar. Quando um ou ambos os genitores deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar, mantendo comportamento que possa prejudicar o filho, o Estado deve intervir. É prioritário o dever de preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, nem que para isso tenha o Poder Público de afastá-los do convívio de seus pais. (Dias, 2016, p. 767)

O poder familiar não é compreendido com a autonomia que os pais exercem sobre os seus filhos, irrestritamente; não se trata da obediência fundada no medo, como a noção de senhor feudal.

Mas detém um estado de zelo e guarda por aqueles a quem o Estado outorga, para o fim de ser consubstanciado o melhor interesse da criança e do adolescente.

A suspensão e a extinção do poder familiar elencado nos artigos 1.635 a 1.638 do Código Civil de 2002, segundo Maria Berenice Dias (2016, p. 767) não constitui um ato punitivo, mas, visa muito mais preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influências nocivas (BRASIL, 2002).

No entanto, pode parecer contraditório, mas os institutos da suspensão e da extinção não tem o condão de romper o vínculo afetivo, tornam-se medidas para mitigar situações que gera desgaste emocional e moral nos menores.

A suspensão, contudo, é medida menos grave, podendo ser revisionada, não se aplicando a todos os filhos, mas em alguns casos mais específicos, a apenas um, no âmbito familiar.

O artigo 1.637 do Código Civil de 2002 estabelece a suspensão do poder familiar sobre aquelas situações inerente ao abuso de autoridade (BRASIL, 2002).

Pode-se ter a suspensão ainda quando os genitores faltarem aos deveres elencados no artigo 227 da CF/88, a saber: vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, além de não poder submetê-los a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Igualmente, não há como os genitores estabelecerem uma relação continuada afetiva com os filhos, no caso de crime com pena superior a dois anos, com sentença irrecorrível (§ único art. 1.637 do CC).

Cumprido destacar, que esse instituto não pode ser o motivo pelo qual o genitor se furte das obrigações que lhe cabem, enquanto responsável direto pela subsistência do alimentando (BRASIL, 2002).

A perda do poder familiar é medida que imprime maior rigor, corresponde a infringência de um dever mais relevante, sendo medida imperativa, e não facultativa (DIAS, 2016, p. 770).

Nesse contexto, Maria Berenice depreende uma distinção entre a extinção e a perda do poder familiar, pois se tratam de conceitos antagônicos.

A extinção decorre da ausência objetiva do poder familiar ou, melhor dizendo, o que os pais não concorreram para o seu motivo, exemplo disso, o surgimento da maioridade civil ou a morte.

Não obstante, a perda do poder familiar está relacionada à ação dolosa ou culposa dos pais, bem como o próprio abandono do menor.

Salienta-se que este instituto deve sempre se revestir de um processo judicial, conforme o artigo 1.638 do CC, que estabelece um rol de situações que derivam na perda do poder familiar, no apanágio do devido processo legal, culminado de sentença condenatória (BRASIL, 2002).

Tanto a suspensão quanto a perda do poder familiar somente poder ser decretada por meio de sentença judicial, ou seja, tem de ser perquirir por um procedimento judicial, auxiliado por um corpo técnico psicossocial, ensejando assim uma decisão distante de vícios.

O processo de adoção pelos contornos do artigo 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Ecriade, Lei de 8.069/90), insere a premissa no melhor interesse da criança e do adolescente, devendo a dispensa de patrocínio por advogado, *a priori*, trazer maior simplicidade ao processo. Abaixo segue transcrição de texto legal:

Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, **dispensada a assistência de advogado** (BRASIL, 1990). Grifo nosso.

Almejando o legislador dar maior celeridade e simplicidade no procedimento de adoção, seja naquelas pela morte dos pais originários, ou pela perda do poder familiar, ou o abandono consciente por seus genitores, a retirada dos imbrólios processuais, faz com que o trâmite e os recursos propostos, alcancem procedimentos congruentes no melhor interesse da criança e do adolescente.

Sob esse aspecto, a nova Lei 12.010/09, alterou e aprimorou diversos dispositivos do ordenamento jurídico, bem como buscou desburocratizar aqueles casos em que a lista cronológica de adotante, seria na temática, um embaraço e um atraso no procedimento administrativo.

A instrução normativa do CNJ resolução de nº 289 de 14 de Agosto de 2019, dispõe que a adoção deverá obedecer à ordem cronológica realizada precipuamente por um cadastro junto as Varas de Infância e Juventude.

O anexo II da resolução, em seu art. 3º, orienta no sentido de só proceder a recolocação da criança e do adolescente em família substituta, havendo o trânsito em julgado da decisão que destitui ou extinguiu o poder familiar (CNJ, 2019, *on-line*).

No entanto, este não é o entendimento consolidado pela doutrina que, inclusive, tem corroborado com a jurisprudência, fundado no propósito de manter o vínculo afetivo, e, conseqüentemente, a adoção, mesmo quando não há prévio cadastro dos pretendentes.

Nessa esteira, destaca Rolf Madaleno (MADALENO, 2018, p. 864):

São frequentes as ocorrências de adoções à brasileira, ou de simples acolhimento de uma criança entregue a casal que não integra o cadastro de candidatos à adoção, ou que dele constam distanciados da ordem de eleição. No Recurso Especial n. 1.172.067/MG, relatado pelo Ministro Massami Yueda, na Terceira Turma do STJ, julgado em 18 de março de 2010, foi mantida a criança com o casal de adotantes não cadastrados, que durante os oito primeiros meses de vida estavam na posse do infante, sob o lúcido argumento de que a escolha cronológica dos candidatos inscritos em cadastro oficial nem sempre atende ao princípio dos melhores interesses da criança, quando se estabelece relevante vínculo socioafetivo.

Vê-se que, a transigência dada pelas orientações jurisprudenciais e doutrinárias tende a cominar um processo mais simplista, relegando o causídico e, absorvendo aqueles critérios que são originários do procedimento especial.

Deste modo, o procedimento de adoção que versa o artigo 166 do Ecriade (BRASIL, 1990), influi em pressupostos que são enxergados no Juizado Especial, tendo em vista que a dispensa do advogado, dá azo a maior facilidade da criança e

do adolescente ser inserida numa família substitutiva, e, por fim, resguarda a idoneidade e a integridade, física, moral e psicológica desta.

Igualmente, as circunstâncias elencadas nos artigos 1.635 e 1.638 do Código Civil de 2002, combinada com os aspectos da Lei 12.010/09, no qual, a perda ou a extinção do poder familiar, é medida extrema para a intervenção do poder estatal, e embute a noção de preferência ao cabimento de um processo menos duradouro, com os princípios do Código de Processo Civil (BRASIL, 2002).

Dessarte, a alínea “b”, § 3º do artigo 40 da Convenção sobre os Direitos da Criança (BRASIL, 1990), dispõe o seguinte:

§ 3º Os Estados Membros buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular:

Omissis;

b) a adoção, sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contanto que sejam respeitados plenamente os direitos humanos e as garantias legais. Grifo nosso.

Nota-se que a Convenção dos Direitos Humanos fazendo referência aos direitos da criança à adoção, tem seu status supraconstitucional em defesa de uma premissa mais voltada a criança e ao adolescente.

Por isso, o procedimento administrativo, cujo pedido de adoção é feito diretamente em cartório por intermédio do próprio requerente, não dispensa de plano a discussão judicial litigiosa superveniente, que poderá ocorrer na audiência para fim do disposto no § 1º do art. 166 do Eciad (BRASIL, 1990).

A Súmula nº 343 do STJ em que se constava, é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar, foi prejudicada, dada a Súmula Vinculante nº 5 do STF.

No voto do Mandado de Segurança 22.693, o relator Ministro Gilmar Mendes, tem a sua expressão no condão de informar que o procedimento administrativo guarda as mesmas garantias do contraditório e da ampla defesa.

Por fim, não merece guarida a alegação da impetrante de que, pelo fato de não estar acompanhada de advogado, seria o processo administrativo nulo, em violação às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório (CF/1988, art. 5º, LV). Isso porque esta Corte, com base em reiterados julgados, determinou **que a designação de causídico em processo administrativo é mera faculdade da parte, entendimento esse que se**

sedimentou na Súmula Vinculante 5 (...).[MS 22.693, voto do rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 17-11-2010, DJE 241 de 13- 12-2010.] Grifo nosso.

Dessa forma, a aplicação da Súmula Vinculante nº 5 do STF, que dispõe a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição; substituiu a Súmula nº 343 do STJ, e, por isto, não poderiam ser invocada para desconstituir o procedimento dado no artigo 166, caput do Ecriad (BRASIL, 1990), no fundamento de afronta a indispensabilidade do causídico.

O desvio, seja geral, seja especializado, é um método essencial para franquear o acesso às pessoas comuns, particularmente quando, como acontecem em geral, os indivíduos não perdem completamente seu direito de comparecer perante os tribunais (CAPELLETTI, 1988, pág. 92).

Todavia, não é entendida nesta situação, aquela do inciso I, § 1º do artigo 166 do Ecriad, pois que, trata-se da garantia de não haver nulidades na providência judicial (BRASIL, 1990); o defensor em sentido lato presente na audiência interessa no melhor cometimento de justiça a parte.

Art. 166. Omissis;

§ 1º Na hipótese de concordância dos pais, o juiz:

I - na presença do Ministério Público, ouvirá as partes, devidamente **assistidas por advogado ou por defensor público**, para verificar sua concordância com a adoção, no prazo máximo de 10 (dez) dias, contado da data do protocolo da petição ou da entrega da criança em juízo, tomando por termo as declarações; Grifo nosso.

Essa é a hipótese em que se deva proceder ao contraditório, pois os pais resolvem deliberadamente entregar o filho adoção à família substituta, entendida naquelas situações especificamente que Maria Berenice define como adoção *intuitu personae* direta ou dirigida.

A tendência é não aceitá-la. Não se reconhece o direito de a mãe eleger a quem dar o filho à adoção, sem atentar que este é o maior gesto de amor que existe: sabendo que não poderá criá-lo, renunciar ao filho, para assegurar-lhe uma vida melhor da que pode lhe propiciar, é atitude que só o amor justifica! A ideologia da maternidade vivida nos nossos dias e nascida com a sociedade burguesa patriarcal confere a todas as mulheres a faculdade natural de amar sem restrições e de cuidar da criança que concebeu sob quaisquer condições. As que recusam de algum modo este destino biológico e social são consideradas exceções e recebem com frequência rótulos negativos e desqualificantes. Fazem-se assim as vítimas do mito do amor materno (DIAS, 2016, p. 808).

Portanto, a dispensa do advogado nessa audiência, se presta ao prejuízo nos direitos de consentimento dos pais naturais, remetendo-se a figura do Estado-juíz, julgador e conciliador, prevalecendo nessa ocasião o corolário do *ius postulandi* do Juizado Especial, o que seria uma violação a ampla defesa e o contraditório na processo de adoção.

Notadamente, o processo de adoção no território nacional sem custas nenhuma para o adotante deve se iniciar na Vara de Infância e Juventude ou nas Comarcas do novo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, bem como nos juizados civis especiais, sendo facultativo o uso do advogado nestes procedimentos, buscando cada vez mais o sentido da justiça cidadã, conforme a própria criação da constituição federal do Brasil em 1988 (CNJ, 2019).

Sendo assim, a busca de procedimentos que sejam úteis à proteção dos direitos da dignidade da pessoa humana, conforme preceitua o Ecriade, segundo o qual recebeu nova redação modificada pela Lei 12.010/09, se extrai uma nova perspectiva do ponto de vista constitucional, respaldando-se no melhor interesse da criança e do adolescente.

4 ACOLHIMENTO DO MENOR, ASPECTO CULTURAL EM SERRA E PRECONCEITO SOCIAL

Sabe-se que o Estado enquanto responsável pelos menores, tem a obrigação de criar mecanismo de proteção, a fim de a criança e o adolescente sob a premente situação de risco social, psicológica e ou moral, estejam sob o manto de tutela estatal, e que, ainda de forma interina, intencione recoloca-la em âmbito familiar novamente.

Foi priorizado o **acolhimento familiar**, nada mais do que pessoas que se habilitam, mediante pagamento, para temporariamente permanecerem com crianças. A permanência nas **famílias acolhedoras** não pode ser superior a dois anos, sendo que a criança não pode ser adotada por quem a acolheu. Claro que o resultado é perverso. A criança acumula mais uma perda ao ter que retornar ao abrigo depois deste prazo. Talvez esta seja uma solução para os adolescentes tidos por "inadotáveis", só que não pode haver prazo, devendo permanecer com quem os acolheu mesmo após completar a maioridade (DIAS, 2016, p. 816).

Maria Berenice Dias faz remissão as formas de acolhimento e o impacto psicossocial que o menor sofre ao ser retirado do âmago familiar, ressaltando que tais medidas de contenção são supérfluas e prejudiciais, e não podem suprir a ausência dos pais naturais.

Em algumas situações, como o programa de apadrinhamento afetivo, que é instituído em âmbito municipal ou por entidades não governamentais, na maioria das vezes padece de legislação geral (DIAS, 2016, p. 814).

No início da década de 1960, foi iniciada os investimentos no município de Serra, especialmente por conjuntos habitacionais arquitetados pela Companhia Habitacional (COHAB), bem como pelo Instituto de Orientação às Cooperativas Habitacionais (INOCOOP), do Porto de Tubarão e do Centro Industrial de Vitória I (CIVIT I), levando a multiplicar por dois a quantidade de pessoas no município, no período de 10 anos (CARLOS, 2006 p. 131).

Essas áreas recentemente ocupadas trouxeram todo tipo de problema social, como doenças, aumento no número de crianças geradas nestes locais, tornando-se rapidamente em grandes focos de pobreza local (SERRA/ES, 2020).

Sendo assim, o principal atributo do município de Serra em se tratando de casas de acolhimento é uma grande quantidade de abrigos e casas lares (estima-se que seja o maior do estado).

Esses serviços garantem aconchego nos diferentes tipos de Casas Lares, oferecendo e garantindo respeito aos costumes das crianças e adolescentes, privacidade aos pequenos, devido aos diversos tipos de rompimento familiar, bem como garantindo a estes indivíduos em seus primeiros anos de vida uma proteção integral (CARLOS, 2006 p. 131).

Os abrigos temporários, também chamados de Casas de Passagem, atendem crianças e adolescentes em “situação de risco pessoal e social” quando encaminhados pelos conselhos tutelares e/ou pelo juizado da Infância e Juventude, até se determinar o encaminhamento do caso, podendo ser retorno à família de origem, encaminhamento à família substituta ou casa lar (CARLOS, 2006 p. 131).

O recolhimento, ou a institucionalização, pressupõe, em primeiro lugar, a segregação do meio social a que pertence o “menor”; o confinamento e a contenção espacial; o controle do tempo; a submissão à autoridade – formas de disciplinamento do interno, sob o manto da prevenção de desvios ou da reeducação dos regenerados (CARLOS, 2006 p. 131).

Em uma das visitas aos serviços, uma educadora social, em suas reflexões acerca da permanência das crianças no abrigo e da forma de funcionamento dos mesmos, afirma que há uma “institucionalização” da criança:

[...] em casa, com a família, existem regras, mas elas são maleáveis, os pais avaliam cada situação, as rotinas são mais diversificadas. No abrigo, as regras são mais numerosas e inflexíveis, tirando a liberdade e a espontaneidade, é tudo muito monitorado para não se perder o controle sobre eles. (FOUCAULT apud IVERSEN, Celso Fernando, 2011 p. 150).

Trata-se, (FOUCAULT apud IVERSEN, Celso Fernando, 2011 p. 150) da necessidade de enquadrar e controlar os chamados perigosos, utilizando-se as instituições de sequestro. Os perigosos são tratados não por aquilo que fizeram, mas pela virtualidade de seus comportamentos.

Contudo, para uma casa de acolhimento Casa Lar estimular o desenvolvimento da criança, é imperativa aos empregados, assistente social, pedagogo, psicólogo e coordenador, a compreensão do menor acolhido.

Assim, cabe ressaltar que desde a decisão que destitui o poder familiar até a decisão que leva a criança ou adolescente ao acolhimento são dotadas de enorme responsabilidade.

Por este motivo só são assim declaradas em situações irreversíveis e de extrema necessidade. Isto, sem falar no impacto social que poderá ser observado. É neste sentido que surgem os direitos fundamentais, bem como as garantias que os sustentam (FOUCAULT apud IVERSEN, Celso Fernando, 2011 p. 150).

5 O CONTRAPONTO NO PROCESSO DE ADOÇÃO EM FACE DA DISPENSA DO PATROCÍNIO

Ao legislador restou delinear os trâmites do processo de adoção nos artigos 19-A, § 7º e 47 §10 do Ecriad, observados os requisitos legais dos artigos 39 a 52-D do mesmo diploma (BRASIL, 1990), em consonância com a nova Lei 12.010/09, que aspirou um caráter mais célere no processo de adoção.

Mesmo assim, a adoção do menor perpassa pelo moroso, tortuoso, e desacreditado processo de adoção judicial, nas palavras de Belmiro Welter (*apud*, DIAS, 2016, p. 818).

Outrossim, a possibilidade de ocorrer à adoção sem a prévia inscrição nos cadastros é por meio da colocação em família substituta (DIAS, 2016, p. 816), a dispensa do advogado, por si só, justificada no artigo 166 do Ecriad, como exceção, permitiria, em tese, um deslinde do processo, denotando a simplicidade e a celeridade para se evitar que o menor esteja em situação de abandono afetivo por um longo período (BRASIL, 1990).

Aconselha-se um estudo psicológico e jurídico no candidato. Psicológico para verificar o conceito, a ideia e a imagem que o mesmo faz a respeito dos filhos, bem como a maneira de encarar um filho e a disposição de se comprometer em suportar a série de contratempos, dificuldades, abnegações e doação pessoal, o que se mostra próprio a todos os pais. [...] Quanto ao estudo jurídico, deverá o interessado inteirar-se do significado da adoção, com todas as repercussões civis, efeitos, obrigações e responsabilidades (RIZZARDO, 2019, p. 795)

Este é um procedimento já recorrente nas Varas de Infância e Juventude, segundo Arnaldo Rizzardo (2019, p. 795), e geralmente é realizado por meio dos assistentes judiciais, os quais realizam um relatório sobre a concepção do candidato em face da adoção, jurídica e psicossocial.

No entanto, a justificativa da dispensa do advogado se dá no caso de prescindir o contraditório, não devendo tal ocasião se elastecer no processo como um todo.

Ainda nas palavras de Rizzardo (2019, p. 790), o poder familiar,

É irrenunciável, indelegável e imprescindível. Os pais não podem renunciar a ele, nem transferi-lo a outrem. A única exceção é a prevista no art. 166, do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas feita em juízo, sob a forma de adesão ao pedido de colocação do menor em família substituta.

Pode-se depreender que, o exercício do poder familiar, impediria, mesmo diante de um permissivo legal, a renúncia ao contraditório, dispondo, no caso, que a transferência da guarda do menor ao terceiro, não seja derivada de eiva no consentimento dos pais naturais.

No entanto, a ressalva que se faz na alusão da dispensa do advogado, seria, em verdade, a pretensa de se ter um procedimento mais administrativo e menos judicial.

Deveras, ao requerente também caberá estar em harmonia com os direitos do criança, e não usar desse meio facilitador com intuito ardil, para no caso se servir de nulidades não arguidas, como por exemplo, .

Dessa forma, eis que a mera justificativa de dispensa do advogado no ato de vontade deliberada dos pais naturais entregar a criança à adoção, congruente ao requerimento, não afronta o direito à ampla defesa e ao contraditório de ambos, sequer relega o direito de a parte ter um advogado no ato do pedido de adoção.

Em suma porque, no tocante a justificação e consentimento de ambas as partes, na audiência ulterior, ser-lhes-á dada à oportunidade de se manifestarem, havendo-se de entender que a dispensa do advogado nesse específico caso não pode ser confundida com a proibição do advogado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo o processo de adoção no País tem passado por diversas mudanças nas últimas décadas, sendo o Código Civil de 2002 o precursor em cujo tema que teve sua abordagem alcançada pela Lei 12.010/09 de forma mais abrangente.

Anteriormente, a adoção, era um processo judicial como alvo tutelado pelo Estado, no qual se vislumbrava o interesse da pessoa que ira adotar que não tinha filhos, e nada tinha com relação ao melhor interesse da criança.

Porém, hodiernamente, preconiza-se a proteção da criança e do adolescente, devendo corroborar na consecução de técnicas procedimentais conducentes ao melhor interesse do menor, concomitantemente, permitindo que pessoas comuns tenham a oportunidade de adotar uma criança, assinalando mais um procedimento administrativo do que inteiramente judicial.

Em que pese o enfrentamento deontológico com relação ao mencionado artigo 133 pela CF/88, em contraponto ao novo texto do Ecriade, a dispensa do advogado no procedimento de adoção, impõe uma realidade que tem o condão de equalizar o interesse do particular calcado no princípio da dignidade da pessoa humana, máxime no melhor interesse da criança (BRASIL, 1988).

Contudo, vê-se que há uma necessidade premente de se retirar a criança e o adolescente de abrigos de acolhimento, pois a própria perda do poder familiar, já revela um grau de desconforto à criança, em virtude da ausência de afeto que lhe sobrevém, pelo afastamento dos pais naturais.

Sendo esta uma medida que se quer pretender, temporária e não duradoura, haja vista que as casas de acolhimento não podem suprir esse vago afetivo nos infantes.

Advém ao lume do questionamento proposto, a forma de se estabelecer ao particular o ingresso no pedido de adoção sem aquelas formalidades que desejam o patrocínio do causídico, como na justiça comum.

Não sendo, todavia, dispensável *in totum* a sua atuação, porque a dispensa não é entendida em proibição de acompanhamento, porquanto na fase judicial não se deve questionar a necessidade de comparecimento do causídico.

Sendo assim, a dispensa do advogado no ato do requerimento, por se tratar de um procedimento administrativo, não se encerra num processo ilegítimo do ponto de vista do artigo 133 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), a julgar pela Súmula Vinculante nº 5 do STF.

Mas a articulação dada pelo Colendo, à luz da celeridade e simplicidade, presentes no procedimento especial, exterioriza não só a qualidade da justiça nas ações de menor complexidade.

Como vai interessar as providências das Varas de Infância e Juventude, para que sejam compatibilizadas as ações, no intuito de se evitar os efeitos prejudiciais ao interesse do menor, qual seja o da criança pender na demora em ser adotada e a intransigência de coloca-lo em família substituta.

REFERÊNCIAS

BORGES, Clério José. **História da Serra. Serra-ES: CTC**, 1998, Disponível em <https://www.clerioborges.com.br/lancamento200300.html>. Acesso em 24 de maio de 2020.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de Outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 out 2019

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 08 out 2019

BRASIL. Dispõe sobre adoção; altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm . Acesso em: 28 ago 2019.

BRASIL. Lei nº 8.906 de 4 de Julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm. Acesso em: 04 out 2019.

BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21.11.1990. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvDirCrian.html>. Acesso em: 09 out 2019

CAPELLETTI, Mauro; GRATH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CARLOS, E. **Participação e cultura política do orçamento participativo**. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, v. 6, nº 1, p. 131-154, jan/junho 2006. Disponível em <http://dx.doi.org/10.15448/1984-7289.2006.1.26>. Acesso em 24 de maio de 2020

CNJ. **Sistema nacional de acolhimento e adoção**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas-2-2/adocao/>; <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2976>. Acesso em: 04 Out 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. [livro eletrônico] 4º ed, -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FOUCAULT apud IVERSEN, Celso Fernando. **A política socioeducativa para adolescentes em medida de privação de liberdade e a práxis docente**. 2011, 150f. Dissertação (Mestrado em Educação). Programa de Mestrado do Centro Universitário Salesiano (UNISAL), Americana-SP, 2011. Disponível em: https://unisal.br/wp-content/uploads/2013/04/Disserta%C3%A7%C3%A3o_-Celso-Fernando-Iversen.pdf. Acesso em: 24 mai 2020.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo; NEVES, Karina Penna; JR., Roberto Beijato. **Estatuto da advocacia e novo código de ética e disciplina da OAB comentado**. 5. Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Forense, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. Ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MORAES, Alexandre. **Curso de Direito constitucional**. Ed. 33 - São Paulo: Atlas, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de família** – 10. Ed – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SERRA/ES. **Prefeitura Municipal. História, geografia, população, conselhos municipais, projetos sociais**. 2006. Disponível em <http://serra.es.gov.br/site/pagina/servico-de-acolhimento>. Acesso em: 24 maio. 2020.

STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) - 1127**. Relator: Ministro Edson Fachin. Acórdão, DJ 27.08.2018. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1127&processo=1127>. Acesso em: 04 Out 2019.

STF. **Mandado de Segurança** – 22693. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão, DJ 17.11.2010. 2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17657004/mandado-de-seguranca-ms-22693-sp/inteiro-teor-103795428?ref=juris-tabs>. Acesso em 24 Jun 2020.