



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

NATHALIA MEDEIROS MACHADO

ADOÇÃO À “BRASILEIRA” ATO DE AMOR OU DE ILEGALIDADE

CARATINGA - MG

2019

NATHALIA MEDEIROS MACHADO

ADOÇÃO À “BRASILEIRA” ATO DE AMOR OU DE ILEGALIDADE

Monografia apresentado ao curso de Direito da Rede de ensino Doctum como requisito parcial para aprovação em bacharel em direito, sob a orientação do Professora Alessandra Dias Baião

CARATINGA

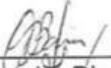
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

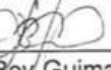
Trabalho de Conclusão de Curso Adoção à "brasileira" ato de amor ou de ilegalidade do devedor, elaborado Nathalia Medeiros Machado foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

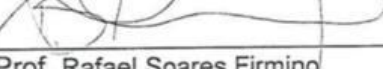
Caratinga 09 de dezembro 2019



Prof. Alessandra Dias Baião



Prof. Cláudio Boy Guimarães



Prof. Rafael Soares Firmino

RESUMO

A adoção de um modo geral é vista como um ato cheio de amor e cuidado. O objetivo da pesquisa está contido da análise dos casos da adoção à brasileira que embora possa ser vista como um ato amor, também é tida nos critérios de ilegalidade já que não passou sob os trâmites legais da adoção. Diante disso o questionamento sobre a adoção ser uma ato de amor ou de ilegalidade, deve ser respondida no sentido de reconhecer a afetividade da conduta, Assim, entende-se que os casos de adoção Á “brasileira” devem ser reconhecidos como ato de amor, no sentido de melhorar a adoção legal no país que tem milhares de crianças a serem adotadas e pais querendo adotar e que por vezes esbarram em questões legais para realizar o ato de amor pretendido. A justificativa para tal entendimento está na função social da família e do melhor interesse da criança, que deve estar presente em todas as relações familiares. Assim, o reconhecimento da legalidade da conduta, diante da análise do caso concreto, é capaz de preservar relações já existentes em que o poder familiar é exercido de forma correta, com o devido cuidado e respeito ao menor.

Palavras chave: Adoção a brasileira - Função social da família - Solidariedade familiar - melhor interesse da criança e do adolescente

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	7
CAPÍTULO 1- Do Direito de família	9
1.1 Função social da família	9
1.2 Princípios constitucionais do direito de família	12
1.1.1 Dignidade da Pessoa Humana	13
1.1.2 Solidariedade familiar	15
1.1.3 Melhor Interesse da Criança e do adolescente´	18
1.1.4 Igualdade Jurídica entre todos os filhos	20
1.2 Poder Familiar: Suspensão e Destituição	22
CAPITULO 2 – Adoção	27
2.1 Princípios norteadores	27
2.2 Interesse do adotado	30
2.3 Requisitos para adotar	31
2.4 Estágio de convivência	34
2.5 Efeitos da adoção	37
2.6 Adoção a brasileira: Notas sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei penal Brasileira	40
CAPITULO 3 - Possibilidade Jurídica da adoção a brasileira	43
3.1 Adoção a brasileira como ato de amor: interpretação civil constitucional ..	43
3.2 Análise de decisões	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

Falar em adoção à brasileira e analisar dentro de um contexto de afetividade ou ilegalidade deve ser fundamental, pois diante da inexistência de regulamentação na legislação pátria, muitas são as discussões em torno do tema proposto.

Desse modo, diante do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente a chamada "adoção a brasileira" deve ser vista no direito como um ato de amor ou um ato de ilegalidade?

Assim sendo, tendo em vista o contido na hermenêutica civil constitucional que vem encontrando espaço nos julgados brasileiros para garantir que em cada caso em concreto que envolve a adoção a brasileira seja analisado com vistas nos princípios do melhor interesse do menor, solidariedade social e na real função social da família. Provada a boa-fé familiar e a construção do vínculo afetivo, propõe-se regularizar a situação fática da adoção em detrimento da destituição do poder dos adotantes a brasileira. Destituir a mãe e o pai, neste caso seria causar sérios danos ao menor cujo afeto já se consolidou no seio da família.

Como marco teórico tem-se os fundamentos e argumentos jurídicos trazidos por Fabiola Santos Albuquerque que aduz o que se segue:

Há de se compreender a adoção à brasileira sob o viés da filiação e nada mais. É fato a necessidade de se desconstruir a ideia da "ilegalidade" e assim erigi-la na senda principiológica, evolutiva e inovadora do direito de família, compreendendo-a como mais uma expressão da vinculação socio afetiva, funcionalizada aos ditames constitucionais e densificando a dignidade da pessoa humana. A nossa lei penal reconhece o instituto do perdão judicial, o qual dispõe que em razão de reconhecida nobreza pode o juiz deixar de aplicar a pena. Este indicativo guarda compatibilidade com o sentido proposto para a desconstrução de paradigmas dotados de valores e preconceitos impostos à adoção à brasileira, ou seja, o juiz deve verificar todas as circunstâncias relevantes, de modo a localizar a posse de estado de filiação¹

¹ ALBUQUERQUE, Fabiola Santos. Adoção a Brasileira e a verdade do registro civil. IN: Anais do IBDFAM. vol.14 disponível em <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/14.pdf>. Acesso em 19 de set 2019.

Assim, o ganho jurídico da pesquisa está em dizer que a ampliação do conhecimento sobre a questão jurídica que envolve o assunto, sobretudo dentro da perspectiva de um direito de família envolvido nos critérios constitucionais.

O ganho social está direcionado no sentido de dizer que toda sociedade será beneficiada com a discussão aqui levantada até mesmo por se tratar de um tema polêmico.

O ganho jurídico se revela com a ampliação do conhecimento e futura aplicação da vida profissional.

O presente trabalho versa sobre pesquisas bibliográficas, sendo revestida de caráter teórico dogmático, como o emprego do entendimento dos doutrinadores que tratam sobre o tema em questão.

Trata-se de pesquisa também de natureza transdisciplinar, considerando o uso de diferentes ramos do Direito, tais como o Direito Constitucional, Direito de Família e o Direito Penal.

A monografia será confeccionada em três capítulos distintos: no primeiro deles, intitulado como “ Do Direito de Família” serão descritas matérias como a função social da família, os princípios constitucionais de direito de família, o melhor interesse do menor e a igualdade jurídica entre os filhos, para que tenha visão geral do papel da família na sociedade e as características referente a adoção à brasileira.

O segundo capítulo, que receberá o nome de “ Adoção” é voltado ao instituto da adoção como um todo, trazendo suas características, efeitos, princípios que são exclusivos à adoção.

Por fim, o terceiro capítulo será dedicado “adoção à brasileira, ato de amor ou ilegalidade” nesse ponto o problema de pesquisa deverá ser demonstrado bem como a resposta para ele. Com isso, será feita a interpretação civil constitucional da adoção à brasileira e análise de jurisprudências pertinente ao caso.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a temática proposta sobre a responsabilidade civil dos pais em relação aos filhos maiores, considerando a relevância da abordagem sobre o exercício do poder família e a dependência financeira de filho maiores, faz-se necessário a apresentação de alguns conceitos essenciais para a compreensão deste trabalho. A saber: Adoção a brasileira - Função social da família - Solidariedade familiar - melhor interesse da criança e do adolescente

Para auxiliar o entendimento sobre a adoção à brasileira a conceituação trazida por Rolf Madaleno é importante.

A adoção à brasileira não é instituto regulado pelo Direito brasileiro, sendo fruto da prática axiológica, com respaldo doutrinário e jurisprudencial, decorrente da paternidade ou maternidade socioafetiva, criada pelas pessoas que se declaram perante o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais como genitor ou genitora de filho biológico de outrem.

Também conceituando adoção à brasileira tem-se Nelson Rosewald e Cristiano Chaves de Faria:

Situação frequente na realidade social brasileira advém da denominada *adoção à brasileira*, proveniente das adoções de filhos de uma mulher com quem os pais adotantes de fato passaram a conviver em casamento ou união estável formando uma família.²

Sobre a função social da família Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona a define como:

o importante papel sociocultural exercido pela família, pois, em seu seio, opera-se “o segundo nascimento do homem, ou seja, o seu nascimento como personalidade sociocultural, depois do seu ‘primeiro nascimento’ como indivíduo físico. Numa perspectiva constitucional, a funcionalização social da família significa o respeito ao seu caráter eudemonista, enquanto ambiência para a realização do projeto de vida e de felicidade de seus membros, respeitando-se, com isso, a dimensão existencial de cada um.³

²; ROSENVALD, Nelson. FARIA, Cristiano Chaves **Direito das Famílias**. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2017, p. 560

³ GLAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**, volume Único. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.1089

Sobre o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente o entendimento é que devido a condição de desenvolvimento se justiça. O conceito pode ser trazido da seguinte maneira.

Os filhos menores — crianças e adolescentes — gozam, no seio da família, por determinação constitucional (art. 227 da CF), de plena proteção e prioridade absoluta em seu tratamento. Isso significa que, em respeito à própria função social desempenhada pela família, todos os integrantes do núcleo familiar, especialmente os pais e mães, devem propiciar o acesso aos adequados meios de promoção moral, material e espiritual das crianças e dos adolescentes viventes em seu meio. Educação, saúde, lazer, alimentação, vestuário, enfim, todas as diretrizes constantes na Política Nacional da Infância e Juventude devem ser observadas rigorosamente.⁴

Com o conceito de solidariedade familiar Paulo Lôbo fornece a seguinte conceituação:

A solidariedade do núcleo familiar compreende a solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros ou conviventes, principalmente quanto à assistência moral e material. O lar é por excelência um lugar de colaboração, de cooperação, de assistência, de cuidado; em uma palavra, de solidariedade. O casamento, por exemplo, transformou-se de instituição autoritária e rígida em pacto solidário. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e o nosso ECA ressaltam a solidariedade entre os princípios a serem observados.⁵

Os conceitos apresentados são determinantes para o entendimento da possibilidade jurídica do reconhecimento da adoção à brasileira.

⁴ GLAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**, volume Único. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.1090

⁵ LOBO, Paulo. **Princípio da Solidariedade Familiar**. Disponível em http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf. Acesso em 15 nov 2019

CAPÍTULO 1- Do Direito de família

Esse capítulo está relacionado com o direito de família, trazendo questões específicas como a função social da família, à proteção da criança e do adolescente tendo em vista que se completam.

Além disso, a igualdade entre os irmãos decorrente da adoção também será descrita, pois a dignidade da pessoa humana enquanto princípio constitucional dá além de outras seguranças essa ao instituto daquele que é adotado.

Portanto, o objetivo da escrita desse capítulo está em trazer as questões sobre as famílias que demonstram ligação com a adoção, demonstrando que o entendimento do direito de família com sua normatização vai além de cuidados patrimoniais, mas também com o cuidado da preservação de princípios e valores que integram às famílias.

1.1 Função social da família

Tem-se o hábito de dizer no cotidiano social que o afeto não se compra, não se estabelece, não conduz. Relacionamentos dos mais variados se desintegram sem esperanças de cobrar e receber a afeição e a consideração tão esperadas por aqueles que integram a relação, isto porque o afeto se conquista durante o relacionamento, seja ele qual for.

O afeto, elemento basilar da afetividade, é popularmente conhecido como o sentimento de amabilidade, apego, dedicação, que uma pessoa sente por outrem, em qualquer espécie de relação social existente na sociedade.

Salienta-se que no mundo jurídico não há um significado definido para esse sentimento, embora a jurisprudência tem reconhecido o afeto como parte integrante das relações familiares:

- Após o advento da Constituição Federal de 1988, surgiu um novo paradigma para as entidades **familiares**, não existindo mais um conceito fechado de família, mas, sim, um conceito eudemonista socioafetivo, moldado pela afetividade e pelo projeto de felicidade de cada indivíduo. Assim, a nova roupagem assumida pela família liberta-se das amarras biológicas, transpondo-se para as **relações de afeto**, de amor e de companheirismo.
- Inexistindo prova suficiente do parentesco entre as partes, ante a negativa do exame de DNA, entendendo que a realização de estudo técnico para

reconhecimento de possível paternidade socioafetiva é medida que se impõe.
- Recurso desprovido.⁶

Dessa maneira, o afeto é, atualmente, utilizado para solucionar diversos conflitos nas relações familiares, como, por exemplo, nas questões relativas à guarda e a adoção. Nesse diapasão, citamos, mais uma vez, as ideias de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Faria:

O afeto caracteriza-se, destarte, como o grande continente que recebe todos os mananciais do Direito de Família, podendo (rectius, devendo) ser o fundamento jurídico de soluções concretas para os mais variados conflitos de interesses estabelecidos nessa sede⁷.

Tais considerações se devem, embasadas na assertiva de que as relações familiares deveriam ser constituídas, também, com base no compromisso e na fidelidade e, não na vontade, no querer e no sentir, obviamente porque todos esses sentimentos se desfazem com o tempo.

Mesmo apesar de serem elementos constitutivos das relações jurídicas familiares, os afetos não são elementos caracterizadores da existência ou legitimidade jurídica familiar.

Diante do fato das famílias serem constituídas baseadas no afeto importa dizer que a sociedade tem como pilar fundamental a existência das famílias, como expressa Rolf Madaleno:

A família cumpre uma inquestionável função social e é constitucionalmente considerada a base da sociedade dado ao seu relevante papel de intervenção social. A família se apresenta como elemento-chave para o sistema do bem-estar e de solidariedade social, pois na família são supridas as carências básicas e essenciais de moradia, educação, saúde, amparo à velhice e amparo ao desemprego. Certamente, o próprio Estado não existiria acaso não existisse a família, em qualquer um de seus formatos. Trata-se a família de um grupo humano que cria a partir do afeto uma rede interna de lealdade, apoio, segurança e de estabilidade econômica, emocional e psicológica.⁸

Depreende-se, portanto, que a função social das famílias se encontra pautada na manutenção e preservação da sociedade como um todo. Por meio dos núcleos familiares é que a sociedade se mantém.

⁶ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS Agravo de Instrumento Cv 1.0024.11.106058-8/001 Relator(a) Des.(a) Eduardo Andrade Data de Julgamento 09/04/2018 Data da publicação da súmula 18/04/2018, acesso em 05 nov2019

⁷ FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2017, p. 29.

⁸ MADALENO, Rolf, **Direito de Família**, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1357

A família desempenha de forma clara e precisa a função social não somente em razão das carências do Estado, mas, especialmente, por um compromisso moral para com os seus integrantes, tendo em conta que os laços de confiança, afeto e solidariedade são as colunas da existência e do desenvolvimento, legítimo capital social e que se constituem os apoios da construção do valor humano e profissional.

No contexto familiar o princípio da solidariedade entra nos moldes de paternidade responsável, ou seja, todos são responsáveis pelo planejamento familiar bem como pelos os que compõem sua família.

A função social da família é importante mecanismo a consentir o agrupamento de valores sociais para o interior do ordenamento quando da interpretação do Direito, a partir do entendimento do contido no artigo 226, caput, da Constituição Federal⁹

Ressalta-se, ainda, que a função social da família sugere o reconhecimento do conceito contemporâneo de família, sob o entendimento que a própria Constituição determina dentro das flexibilizações na interpretação e colocação da norma imposta.

Ao dizer que a família é a base da sociedade faz-se o reconhecimento total da função social da família como diz Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

Em virtude dessa função social da família — que a Constituição considera 'base da sociedade' — cabe ao juiz o poder-dever de verificar se os filhos devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, atribuindo a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade, de acordo com o disposto na lei específica, ou seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990). Tão forte é a compreensão social da família, que o juiz, atendendo a pedido de algum parente ou do Ministério Público, poderá suspender o poder familiar se o pai ou a mãe abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a ele inerentes, ou arruinando os bens dos filhos, e adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres.¹⁰

Logo, a função social da família é sobremaneira relevante para que se tenha em âmbito de direito de família a inclusão de o de valores éticos e sociais para o interior do ordenamento quando da interpretação e aplicação do Direito.

Nessa ordem de pensamento pode-se dizer que o objetivo geral da função social da família tem como elemento estruturador a garantia da dignidade da pessoa humana.

⁹ Art 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

¹⁰ GLAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**, volume Único. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.1089

Este é o cerne da noção de função social da família: a promoção da dignidade das pessoas que a integram por meio da aplicação do princípio da afetividade, especialização do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do Direito de Família.¹¹

De fato, a principal função da família é a sua característica de meio para a realização de nossos anseios e pretensões. Não é mais a família um fim em si mesmo, conforme já afirmamos, mas, sim, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro.

1.2 Princípios constitucionais do direito de família

Os princípios fundamentais são diretrizes indispensáveis à configuração do Estado e determinam-lhe o modo e a forma de ser. Conjeturam os valores protegidos pelo ordenamento jurídico, refletindo a ideologia do constituinte, os postulados básicos e os fins da sociedade.

Diante da interpretação do conceito supra percebe-se que os princípios constitucionais apesar de trazer consigo valores, não possui dimensão meramente axiológica, visto que possui status de norma. “A dogmática jurídica atual reconhece que os princípios possuem normatividade. Propõe a construção de um direito principialista, em que as normas e os princípios não se postem como noções completamente antagônicas [...]”¹²

Para Paulo Lobo a aplicação dos princípios no ordenamento jurídico traz um suporte ao operador do direito para possa agir dentro da regra instrumental da equidade e quando existir colisão de princípios a aplicação no caso concreto indicará a solução a ser tomada.

O princípio é dotado de suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto, dependendo a incidência dele da mediação concretizadora do intérprete, por sua vez orientado pela regra instrumental da equidade, entendida segunda formulação grega clássica, sempre atual, de justiça do caso concreto. Quando um princípio entra em colisão com outro, para que um seja prevalecente, resolvendo-se a aparente antinomia, o caso concreto é que indicará a solução, mediante a utilização pelo intérprete do instrumento hermenêutico de ponderação dos valores em causa, ou do peso que o caso concreto provocar em cada princípio.¹³

¹¹ ALMEIDA, Lara. **A função social da família.** Disponível em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1860>. Acesso em 10 nov 2019

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Consistucional.** 12 ed., São Paulo: Malheiros.2012. p.257

¹³ LOBO, Paulo. **Princípio da Solidariedade Familiar.** Disponível em http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf. Acesso em 15 nov 2019

A influência dos princípios constitucionais atingiu também o direito de família, objetivando que se tenha uma justiça social mais próxima da realidade, pois o direito de família regulamenta as relações coletivas e individuais dentro das famílias em si.

Para Maria Berenice Dias dentro do direito de família é onde os princípios constitucionais se revestem de maior aplicabilidade, pois são considerados valores que não se distanciam da concepção de família e da função social que elas têm.

É no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios que a Constituição Federal consagra como valores sociais fundamentais, e que não podem se distanciar da atual concepção da família, com sua feição desdobrada em múltiplas facetas.¹⁴

Dentre os princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família o da dignidade da pessoa humana tem grande valor enquanto diretriz para aplicação e entendimento de legislação civil, pois como visto, as famílias reproduzem a necessidade de organização social e individualizada.

Além dele o princípio da solidariedade familiar aqui também estudado, demonstra que as obrigações familiares são em diversas esferas, material, espiritual, moral, psicológico.

O tópico a seguir será explanado sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e sua importância dentro do ordenamento jurídico como um todo, especialmente no direito de família.

1.1.1 Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade é algo inerente a pessoa humana, ou seja, qualidade inseparável, que faz com que todos tenham direitos à apreço e estima de toda a sociedade e do Estado, surgindo assim direitos e deveres fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana atua como um direcionamento para o Estado, de modo que este promova e assegure direitos que atendam às necessidades mínimas de cada cidadão.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, p.45

Pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana protege todos os seres humanos, pressupõe direitos fundamentais que devem ser respeitados por toda a sociedade, e que devem ser principalmente assegurados pelo Estado.

Fruto de um amplo debate democrático a Constituição Brasileira de 1988 elegeu como direitos fundamentais da sociedade brasileira a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza entre outros valores de cunho fortemente social e humanista.¹⁵

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios que constituem a República Federativa do Brasil, sendo indispensável como norteador para todo o ordenamento jurídico seja em qualquer seara do direito.

Alexandre de Moraes a conceitua da seguinte forma:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹⁶

Portanto, a dignidade da pessoa humana visa valorar aquilo que o ser humano tem de mais importante que está voltado para o íntimo do ser fazendo com que os direitos fundamentais sejam elevados, e que o direito atinja seus objetivos que é o de justiça.

Falar em dignidade da pessoa humana é voltar-se para as questões relativas ao respeito ao indivíduo. Logo, o dever de assistência mútua e de sustento entre os familiares é envolto pela garantia de um mínimo existencial, que deriva da dignidade da pessoa humana.

Ricardo Lobo Torres conceitua o mínimo existencial como sendo. “O mínimo por coincidir com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e por ser garantido a todos os homens, independentemente de suas condições de riqueza.”¹⁷

¹⁵ SCHREIBER, Anderson KONDER, Carlos Nelson, **Direito Civil constitucional**, São Paulo: Atlas, 2016, p.2

¹⁶ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.66.

¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**- 2. ed. – Rio de Janeiro: Renovar,2009, p.35 e 36.

Na concepção de Ricardo Lobo, o direito ao mínimo existencial não tem dicção constitucional própria, uma vez que a Constituição não o proclama de maneira direta, devendo-se procurá-lo nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.¹⁸

Portanto, com todos os efeitos, a ideia de dignidade da pessoa humana está na base do reconhecimento dos direitos humanos fundamentais. São sujeitos de direitos a pessoa humana e a pessoa jurídica, cada uma dentro das suas necessidades, que tem amplo e total respeito em todos os aspectos.

A dignidade da pessoa humana quando voltado ao direito de família tem a incidência de modo marcante, quando consideradas as questões familiares nos novos modelos, as novas condições de convivência e adaptação, fazendo com que o legislador ao atuar não se distancie dos objetivos do direito de família, das famílias e convivência familiar em si e o princípio da dignidade da pessoa humana, já que estão relacionados.

Dentro do direito de família vê-se então, que o princípio da dignidade da pessoa humana representa como valor fundamental para a preservação e manutenção das famílias e relações familiares enquanto base de aplicação de regras.

1.1.2 Solidariedade familiar

No Brasil o princípio da solidariedade familiar está descrito na Constituição da República, demonstrando como objetivo fundamental a necessidade de respeito aos valores fundamentais de solidariedade. Em conformidade com o descrito do artigo 3^a, I da Lei Maior no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, repercutindo nas relações familiares.

Art. 3^o Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;¹⁹

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**- 2. ed. – Rio de Janeiro: Renovar,2009, p.35 e 36.

¹⁹ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA *Vade Mecum*. São Paulo. Saraiva, 2018. p.89.

Coligados ao princípio da solidariedade familiar estão os princípios da paternidade responsável e o dever de sustento como por exemplo a prestação de alimentos que é fundada exatamente no dever de solidariedade.

Nesse aspecto são as considerações de Carlos Roberto Gonçalves.

O dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou parentes. Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico. Originariamente, não passava de um dever moral, ou uma obrigação ética, que no direito romano se expressava na equidade, ou no *officium pietatis*, ou na *caritas*. No entanto, as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples justificativas morais ou sentimentais, encontrando sua origem no próprio direito natural.²⁰

Para tanto é “impossível desconsiderar como cerne da relação familiar a coexistência dos laços de interação parental, vivendo e convivendo os componentes de uma família em recíproco afeto e solidariedade familiar.”²¹

Seguindo essa mesma linha de raciocínio Nelson Rosewald é claro ao dizer que a partir do momento em que se tem a família constituída surge o dever de assistência mútua e de sustento, ou mesmo de solidariedade familiar, que ultrapassa os limites da prestação de deveres materiais. Vejamos:

Além do dever de assistência material com a prestação de alimentos, as pessoas que compõem uma família, reciprocamente, assumem o dever de assistência moral, de administração do patrimônio dos filhos, de guarda, sustento e educação em todos os seus sentidos.²²

Dessa maneira, A solidariedade familiar é fato e direito; realidade e norma. No plano fático, as pessoas convivem, no ambiente familiar, não por submissão a um poder incontrariável, mas porque compartilham afetos e responsabilidades.²³

Os atos de solidariedade familiar além de obrigações fáticas como o dever de alimentar é comprovado em outras situações, como o caso da solidariedade recíproca

²⁰ ROSENVALD, Nelson, Faria Cristiano. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9 ed., atul, Salvador: Editora Juspodvm, 2018, p.53

²¹ MADALENO, Rolf, **Direito de Família**, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 489

²² ROSENVALD, Nelson, Faria Cristiano. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9 ed., atul, Salvador: Editora Juspodvm, 2018, p.53

²³ LOBO, Paulo. **Princípio da Solidariedade Familiar**. Disponível em http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf. Acesso em 15 nov 2019

entre os cônjuges, que pode ser entendida desde o compromisso material como o dever de respeito mútuo que decorre do casamento.

O casamento cria uma *honra* ou *dignidade solidária* entre os cônjuges, e essa honra ou dignidade solidária, O dever de mútua assistência dos cônjuges integra um compromisso ético, moral, de solidariedade, escorado na afeição que se presume existir entre os cônjuges. Também entre cônjuges e conviventes pesa igual obrigação de solidariedade alimentar, sem a imposição de sacrifícios, porque sempre limitados às forças dos recursos do convocado alimentar²⁴

Nessa ordem de entendimento a solidariedade familiar traz a determinação de que o lar seja por excelência um lugar de auxílio, de cooperação, de amparo, de cuidado fazendo com que todos os envolvidos na estrutura familiar estejam voltados uns aos outros seja por meio das obrigações patrimoniais ou morais.

O princípio da solidariedade tem incidência sobre as relações familiares a todo o tempo, seja no coletivo ou mesmo na proteção individual de cada um dos seus membros. Assim sendo, ante os conflitos familiares deve considerar aspectos subjetivos como o respeito recíproco os deveres de amparo e cooperação entre os componentes familiares.

Com isso as famílias tem no princípio da solidariedade familiar “a merecida tutela da afetividade e da solidariedade, existente entre as pessoas, concretizando, em última análise, a dignidade almejada constitucionalmente nos termos do artigo 3º da Constituição Federal.”²⁵

Em termos de aplicabilidade da solidariedade familiar enquanto princípio constitucional é importante dizer que de modo direto traz a necessidade que a interpretação da norma seja em conformidade com o pretendido pelo legislador constitucional, fazendo com que da aplicação de outras normas deve considerar aquela que vai ao encontro das implicações do princípio.

Feitas as considerações sobre o princípio da solidariedade familiar é possível compreendê-lo na dimensão constitucional que tem que vai além da prestação de valores monetários ou de sustento, sendo também voltado as questões de ordem interna que vão desde o respeito ao cuidado com cada membro familiar.

²⁴ MADALENO, Rolf, **Direito de Família**, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 489

²⁵ ROSENVALD, Nelson, Faria Cristiano. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9 ed., atul, Salvador: Editora Juspodvm, 2018 , p.216

1.1.3 Melhor Interesse da Criança e do adolescente´

De acordo com o art. 43, do Estatuto da Criança e do Adolescente, entendemos que, a criança como o alicerce para o mundo a base de sustentação para uma nova sociedade deve sim ter seus interesses priorizados. Assim, crianças e adolescentes passam a ser tratadas como sujeitos de direitos fundamentais, com a garantia de que o princípio da dignidade humana será observado em qualquer situação, reafirmando, a normatividade dos princípios exarada no constitucionalismo atual.

O princípio da prioridade absoluta à criança e ao adolescente acaba por revelar que os interesses dessa parcela da sociedade deverão, sempre, sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, merecendo ser tratado como “[...] uma questão pública e abordado de forma profunda, atingindo, radicalmente, o sistema jurídico.”²⁶

Ainda, o princípio da prioridade absoluta, disposto em capítulo específico do referido Estatuto, no qual se aborda o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade de crianças e adolescentes, é decorrência direta do princípio da dignidade humana.

Para Alexandre de Moraes, a proteção das crianças e adolescentes pela Constituição da República abrange também os portadores de necessidades especiais, e deve ser entendida da seguinte forma:

O Estado no cumprimento de sua obrigação constitucional promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos: aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; criação de programas de prevenção e atendimento especializado para portadores de deficiência física, sensorial e mental, bem como a integração completa do adolescente no meio social portador de deficiência mediante treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.²⁷

O descumprimento das normas de prevenção sujeita os responsáveis (pessoa física ou jurídica) à obrigação de reparar o gravame ocasionado, por ação ou omissão, sem prejuízo da responsabilidade penal.

²⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 7. ed. rev. e ampl., de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406/2002). São Paulo: Malheiros Ed., 2013. p.41.

²⁷ MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada**. 4 ed. São Paulo: Atlas. 2016. p.2087.

O menor tem direito a atendimento total e irrestrito (vida, saúde, educação, esporte, lazer, profissionalização, entre outros) necessários ao seu desenvolvimento (arts. 3º, 4º e 7º, do ECA).

Segundo este princípio o menor tem primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, assim como formulação e execução das políticas, sociais, públicas e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (art. 4º, a,b,c,d).

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.²⁸

Nota-se que o dispositivo além da garantia da prioridade, a lei expressamente determina que se garanta a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública.

Em regra, é defendido que a família, de fato ou de direito é o lugar ideal para a criação e educação do menor. Tal afirmativa se funda no fato de que os pais, pelo fato de possuírem o pátrio poder, são os principais responsáveis pela formação de seus filhos. Poder Familiar, exercido igualmente pelo pai e pela mãe, a partir da Constituição da República de 1988. Desta forma, qualquer divergência poderá ser dirimida em juízo.

O princípio do melhor interesse da criança é tema controvertido quando se refere à disputa de guarda de filhos. Nesse aspecto, ressaltam-se os ensinamentos de Tânia da Silva Pereira, ao discutir que o princípio do melhor interesse deve ser analisado em cada caso sobre a guarda da criança, considerando-se suas particularidades. Ainda nessa direção, ressalta-se que, nos casos em que a criança for suficientemente madura, os Tribunais devem considerar a sua preferência.

²⁸ ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE- Vade Mecum/ obra coletiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto. São Paulo: Saraiva.2018. p.979

Ademais, deve-se considerar a pessoa com quem a criança mantém laços mais fortes de afetividade e carinho²⁹.

A preocupação do juiz não poderá cingir-se, apenas, à controvérsia entre os litigantes, mas deverá se ater, especialmente, ao bem-estar do filho menor ou incapaz, de forma que os seus interesses se sobreponham aos interesses de seus pais. Para uma solução mais correta e justa, o juiz poder valer-se, inclusive, de equipes interprofissionais na elaboração de laudos psicológicos e sociais³⁰.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente pode ser compreendido como um importante modificador das relações intrafamiliar, conforme se expressa Guilherme Calmon:

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 direito³¹.

Compreende-se, pois, que a doutrina da proteção integral representa um grande avanço em termos de proteção aos direitos fundamentais, haja vista que com a nova doutrina, os menores adquiriram um novo *status*, como sujeitos de direitos.

1.1.4 Igualdade Jurídica entre todos os filhos

O princípio da Igualdade encontra-se regulamentado pelo artigo 5º, *caput* e inciso I da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à

²⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**. In: PEREIRA, Tânia da Silva Pereira. O melhor interesse da criança : um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2010, p.49.

³⁰ SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. In: **O novo código civil: livro IV do direito de família**. Coord. Heloisa Maria Daltro Leite. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 156.

³¹ 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.

propriedade, nos termos seguintes: l - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição³²

Ainda, o Preâmbulo da Constituição Federal menciona tal princípio. Dessa forma, concluímos estarmos diante de um princípio determinante, em que as demais normas, ao serem analisadas, devem respeitá-lo, pois, em caso contrário, a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo estará explícita, cabendo ao Poder Judiciário cabe o dever sanar as inconstitucionalidades existentes, para que não exista a vulgarização dos princípios constitucionais

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a constituição, como norma suprema, proclama³³.

Seu campo de abrangência é vasto. Em todos os âmbitos do ordenamento jurídico, temos a sua aplicabilidade e sua eficácia plena.

Assim, o princípio da igualdade se configura como sendo um amparo a toda situação de desigualdade existente. É preciso considerar as desigualdades de mérito existentes, pois se cada pessoa tem características específicas, sendo diferentes umas das outras, deverá receber tratamento diferenciado,

Deve-se atentar que o princípio sempre nos remete a ideia do tratamento igualitário a todos, sem qualquer distinção de qualquer natureza.

Quando o legislador constitucional adotou a igualdade de direitos, deliberou que todo cidadão tivesse tratamento idêntico pela lei, em conformidade com os critérios contidos em lei.

Ao interpretar o princípio devemos entender a existência de desigualdade de um lado ou de outro. Então, temos que o princípio estabelece que devemos tratar a todos com igualdade respeitando as disparidades existentes.

Diante do contido no princípio da igualdade a legislação traz a expressa proibição de tratamento desigual aos filhos, sejam biológicos ou adotados, nos moldes do artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

³² BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. *Vade Mecum*, São Paulo: Saraiva, 2018, p.56

³³ MORAES, **Alexandre**. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.65

Art. 41. 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.

§ 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.³⁴

Da leitura do dispositivo mencionado todos os direitos que são do filho biológico também pertencem ao adotado, sem qualquer distinção seja afetiva, de parentesco ou patrimonial, resguardado, até mesmo o direito de sucessão.

Para Nelson Rosenwald o princípio da igualdade entre os filhos pode ser assim entendido:

O Estatuto da Criança e do Adolescente acolhe apenas a modalidade da adoção plena, diante do *princípio da igualdade da filiação* que atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres e sem qualquer restrição de direito, tanto que restam rompidos os vínculos sanguíneos de parentesco. A adoção atribui a condição de filho ao adotado (ECA, art. 41), desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.³⁵

Assim sendo, diante da proibição de qualquer distinção não é possível conceber a discriminação dentro do seio familiar dos filhos biológicos ou adotados, dando margem à destituição do poder familiar que será o próximo tópico dissertado.

1.2 Poder Familiar: Suspensão e Destituição

O Poder Familiar está amparado legalmente no Artigo 1630 do Código Civil que diz ser a titularidade do poder familiar aos pais, ou seja do pai ou da mãe. . O artigo 1.630 do Código Civil preceitua que "Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores"³⁶

O artigo 1631 da Lei civil também diz que o poder familiar durante a vigência do casamento ou da união estável será exercido pelas partes em igualdade de condições: "1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar

³⁴ ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE- *Vade Mecum*/ obra coletiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto. São Paulo: Saraiva.2018. p.979

³⁵; ROSENVALD. Nelson. FARIA, Cristiano Chaves **Direito das Famílias**. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2017, p. 196

³⁶ BRASIL, CÓDIGO CIVIL. *Vade Mecum*. São Paulo. Saraiva, 2018. , p.296.

aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.”³⁷

Atendendo a normatização sobre o poder familiar no Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 21 diz ser o poder familiar do pai e da mãe em condições de igualdade ser exercido de modo a proteção do menor que esta sob seus cuidados e, se houver qualquer divergência sob o exercício desse poder caberá a intervenção judicial para que seja solucionado o conflito.

O poder familiar deve ser exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma 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.³⁸

Em algumas situações específicas o poder familiar pode ser suspenso ou extinto. Sendo as causas de suspensão do poder familiar, sendo a suspensão medida mais suave, que permite a retirada do menor da guarda daquele que detinha o poder familiar com a possibilidade de devolução e restituição da família.

No Código Civil, artigo 1634 o legislador trouxe as implicações decorrente do poder familiar, no *caput*, e inciso II estão revelados o dever de manter a guarda.

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584 ;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.³⁹

³⁷ BRASIL, CÓDIGO CIVIL. *Vade Mecum*. São Paulo. Saraiva, 2018. , p.296.

³⁸ BRASIL, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE *Vade Mecum*. São Paulo. Saraiva, 2018. p.1022.

³⁹ BRASIL, CÓDIGO CIVIL. *Vade Mecum*. São Paulo. Saraiva, 2018. , p.296.

A suspensão do poder familiar é algo de tamanha relevância, pois entende-se que o menor foi colocado ou exposto a situações que geram riscos iminentes e comprometem o desenvolvimento físico ou mental.

Esse entendimento é extraído da função social da família. Como diz Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona:

Tão forte é a compreensão social da família, que o juiz, atendendo a pedido de algum parente ou do Ministério Público, poderá suspender o poder familiar se o pai ou a mãe abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a ele inerentes, ou arruinando os bens dos filhos, e adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres⁴⁰

A suspensão do poder familiar encontra amparo legal no artigo 1637 do Código civil que assim dispõe:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.⁴¹

Veja que o artigo citado fala que a suspensão do poder familiar ocorrerá quando houver abuso de autoridade, quando os genitores faltarem com os deveres que são próprios da condição de pai e mãe, que são os de amparo legal, sustento, cuidado, carinho, respeito, dentre outros.

Além disso também é causa de suspensão do poder familiar a partir do momento em que for identificado que os pais estão fazendo com que o patrimônio do menor seja arruinado. O que pode entender nesse aspecto que a ruína está voltada aos gastos exagerados que comprometerão a vida futura, financeira, desse menor.

Também o parágrafo único diz que o poder familiar é suspensão quando qualquer daqueles que possuem a guarda são condenados, por sentença transitado em julgado e que a pena aplicada seja superior a dois anos.

⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil- Responsabilidade civil-** 9ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p.829

⁴¹ BRASIL, CÓDIGO CIVIL. *Vade Mecum*. São Paulo. Saraiva, 2018. , p.296.

Importante ressaltar que quando há a suspensão do poder familiar pode o juiz a qualquer tempo restabelecer o poder a quem já o deteve restaurando o convívio familiar.

Porém, a suspensão não é a medida finalística do dispositivo sob exame, mas tão somente uma das soluções judiciais, porque ao julgador é facultado tomar a decisão que melhor entender pela segurança do menor e de seus bens, nas hipóteses de abuso de autoridade e ruína de seus bens, a tanto acionado por requerimento de algum parente ou por iniciativa do Ministério Público.⁴²

O poder familiar é extinto de diversas formas, seja pela morte dos pais ou de quem tem a guarda, seja pela emancipação do menor. Nos casos de emancipação é necessário que os pais estejam presentes autorizando o ato civil.

Ainda, a extinção ou perda do poder familiar é medida mais severa aplicada quando identificada o cometimento por parte dos detentores desse poder, de acordo com o contido no artigo 1638 do Código Civil.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que:

I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher

b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.⁴³

As causas de suspensão e perda do poder familiar são mais gravosas. Com a leitura do artigo referente a matéria citado é possível identificar que as condutas nele descritas são impossíveis de serem praticadas dentro dos motivos que ensejam o porquê do poder familiar.

⁴² MADALENO. Rolf, **Direito de Família**, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1050

⁴³ BRASIL, CÓDIGO CIVIL. *Vade Mecum*. São Paulo. Saraiva, 2018. , p.296.

Questão muito controvertida sobre a extinção do poder familiar está descrito no inciso I, do artigo 1638, quando estabelece a perda do poder familiar pela aplicação de castigos imoderados aos filhos, diante do fato de ser algo “comum” nas famílias a aplicação de castigos até mesmo físicos.

Esse entendimento não deve prevalecer, pois os castigos imoderados, que contrariam o respeito, a integridade física, moral e psicológica da criança e do adolescente são capazes de causar danos que o perseguirão por toda a vida.

Sobre o que são esses castigos imoderados Rolf Madaleno esclarece o entendimento:

Quando a lei proíbe expressamente o castigo imoderado do filho, está referindo, a contrário senso, a admitir o poder familiar o castigo físico moderado, o qual durante muito tempo teve a conveniência da sociedade, que via na reprimenda física uma forma admissível de educar, tanto que estendia aos professores essa mesma faculdade se os filhos tivessem comportamento censurável no ambiente estudantil.⁴⁴

Com a extinção do poder familiar tem-se a interrupção definitiva em relação aos filhos menores. Diante disso, tanto a suspensão quanto a extinção do poder familiar são causas que dão margem a atitudes por parte de quem tem o poder de guarda que contrariam todo o entendimento de proteção e cuidado com o menor.

⁴⁴ MADALENO. Rolf, **Direito de Família**, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 811

CAPITULO 2 – Adoção

A adoção é atitude considerada nobre dentro do seio social, mas que no mundo jurídico tem implicações e rito próprio que deve ser seguido dentro do conceito de legalidade.

Os princípios norteadores da adoção, assim como os princípios aplicáveis ao direito de família, permitem ao magistrado atentar as particularidades do caso concreto e com isso estar realizando o propósito da adoção.

Aqui serão estudados temas como o interesse do adotado, os requisitos para adotar, estágio de convivência. efeitos da adoção, finalizando com algumas considerações da lei penal e do Estatuto da Criança e do Adolescente sobre a adoção á brasileira.

2.1 Princípios norteadores

Vemos e vivemos que com o passar dos anos, a família base da sociedade vem sofrendo grandes mudanças, a família atual vem buscando espaço na sociedade, (art. 3º, I, CR/88).

Enquanto à família antiga priorizava números de filhos, uma sociedade mais unida e solidária, posturas e condutas sempre visando a religião, mas nas últimas décadas estamos vivendo o quadro inverso, pois a natalidade é controlada devido a dificuldade de uma criação básica: Saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalismo, liberdade e etc.

Citando as palavras de Paulo Luiz Netto Lobo:

Sempre se atribuiu à família, ao longo da história, funções variadas, de acordo com a evolução que sofreu, a saber, religiosa, política, econômica e procracional. Sua estrutura era patriarcal, legitimando o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher - poder marital - e sobre os filhos - pátrio poder. As funções religiosa e política praticamente não deixaram traços na família atual, mantendo apenas interesse histórico, na medida em que a rígida estrutura hierárquica era substituída pela coordenação e comunhão de interesses e de vida.⁴⁵

⁴⁵LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em 03 nov 2019

É possível dizer que a família no mundo de hoje deixou de ter normas, parâmetros, assim desmembrado aos poucos dos laços genéticos, pois hoje deparamos com famílias de raças, cor, credo e religião diferentes onde importa é o amor, união, respeito, direitos e deveres.

Dentre os princípios que norteiam a adoção importa dizer do constante do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente que é o da primazia da família natural que diz que o menor só será retirado de sua família natural em casos específicos, graves.” Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”⁴⁶

Outro princípio é o da máxima convivência familiar também disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 28 parágrafo 4º:

Art. 28. 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.[...] 4 ºOs grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais⁴⁷

Nesses casos busca-se a preservação da convivência familiar, dando prioridade aos grupos de irmãos, que tem vínculos biológicos e de afetividade a prerrogativa de serem colocados na mesma família substituta, de modo que não tenha a interrupção definitiva dos vínculos existentes.

Ainda, referente à adoção o princípio da relevância da manifestação da vontade informada diz que sempre que houver a possibilidade o menor interessado no processo de adoção deve ser ouvido, sendo que quando maior de doze anos é obrigatória essa manifestação.⁴⁸

Esse princípio encontra amparo legal no artigo 28 paragrafo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina que a criança ou adolescente será ouvido

⁴⁶ BRASIL, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE *Vade Mecum*. São Paulo. Saraiva, 2018. p.1022.

⁴⁷ BRASIL, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE *Vade Mecum*. São Paulo. Saraiva, 2018. p.1022.

⁴⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil- Responsabilidade civil-** 9ed., São Paulo: Saraiva. 2019, p924

por uma equipe multidisciplinar, formada por psicólogos, assistentes sociais, terapeutas, dentre outras especialidades que são capazes de identificar as reais necessidades desse menor.

A primazia do acolhimento domiciliar também é outro princípio decorrente da adoção. Por motivos de afetividade quando retirados da família, seja por suspensão ou extinção do poder familiar, o menor deve, preferencialmente ser acolhido por família substituta e não ser colocado em instituições de abrigo.

O acolhimento familiar faz com que o menor sinta menos os efeitos da separação ou das intercorrências que deram motivo a sua retirada de casa, sendo entregues as famílias acolhedoras previamente cadastradas para esses fins.

Existem causas que determina a retirada da criança ou do adolescente de sua família, e a posterior entrega da pessoa em desenvolvimento aos cuidados de uma família acolhedora que pode ter a supervisão pedagógica e direcional de uma entidade de atendimento, que é responsável pela execução do programa. A marca registrada do acolhimento familiar é que a criança e o adolescente estarão sob os cuidados imediatos de uma família denominada família acolhedora, que é previamente cadastrada no respectivo programa.⁴⁹

A primazia da adoção legalizada e o princípio da excepcionalidade da adoção internacional são voltados para a necessidade de reconhecimento dos aspectos legais da conduta. No Brasil, o trâmite legal para a adoção é composto por uma fila de pretendentes adotantes que passam por processo minucioso até estarem aptos à adoção, por isso tem predileção diante dos adotantes internacionais, por preservação de aspectos culturais, linguísticos, etc.⁵⁰

A adoção por brasileiros deve ser sempre privilegiada pois as dificuldades de adaptação podem se tornar outro elemento dificultoso no processo de adoção.

Os princípios inerentes à adoção aqui apresentados se relacionam profundamente com o princípio da proteção integral aproximando-se do direito da criança e do adolescente ao direito de ter uma família que possui vínculos afetivos.

⁴⁹ NEGRÃO, Theotonio José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca.. **Código Civil e legislação civil em vigor**, 36ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018,, p.1216.

⁵⁰ NEGRÃO, Theotonio José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca.. **Código Civil e legislação civil em vigor**, 36ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018,, p.1216.

2.2 Interesse do adotado

A convivência familiar é uma estrutura vital para o desenvolvimento das pessoas e a base social do Estado. Um ambiente familiar afetivo que atenda às necessidades da criança e do adolescente constitui, certamente, a base para o desenvolvimento psicossocial saudável.

A imposição de limite, o exercício da autoridade parental, o cuidado e a afetividade são fundamentais para a constituição da subjetividade e para o desenvolvimento das habilidades necessárias à vida em comunidade. Além disso, as experiências vividas na família tornarão gradativamente a criança e o adolescente capazes de se sentirem amados e seguros para, no futuro, se responsabilizarem por suas próprias ações e sentimentos ⁵¹.

Segundo os ensinamentos de Lourival Serejo, a convivência familiar é imprescindível para o desenvolvimento da criança e do adolescente, uma vez que “a família é o ambiente natural para a concepção, formação e desenvolvimento do ser. É nesse ambiente que o indivíduo deverá proferir as primeiras palavras, ensaiar e desenvolver os primeiros passos, amar e ser amado”.⁵²

Dito isso, compreende-se que toda criança e adolescente e também os pais têm o direito à convivência familiar, promovendo, assim, a manutenção dos laços afetivos, o que contribui com o pleno desenvolvimento físico, psíquico e moral da criança. Essa condição deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado, assegurada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Constituição da República, cujo art. 227,⁵³ prevê a importância da convivência familiar.

Sobre isso, o artigo 19 do Estatuto da criança e do adolescente (ECA) dispõe que “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

⁵¹ OLIVEIRA, Gabriela Brandt de. **O direito à convivência familiar de crianças e adolescentes acolhidos – o MCA como instrumento efetivo para implementação deste direito**. Disponível em: <http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/MCA/Censo/Quinto_Censo/09_direito.pdf>. Acesso em 03 nov 2019.

⁵² SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2016. p. 34

⁵³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. “Ou seja, não sendo possível a manutenção ou o retorno da criança ou do adolescente à sua família natural, resta a colocação em família substituta.

A esse respeito, cabe salientar que o direito a convivência familiar saudável é amplamente reconhecido pela doutrina e pela Jurisprudência. Contudo, casos há em que a própria família põe em risco a segurança e o bem-estar da criança e do adolescente, como ocorre, por exemplo, pelo abandono moral e material pelos pais, além dos episódios de violência doméstica. Nesses casos, visando sempre o melhor interesse da criança, os magistrados podem decidir pela Destituição do poder familiar e pelo abrigo.

Assim sendo, observa-se que apenas excepcionalmente se admite o rompimento dos vínculos familiares, quando diante de situações de risco, hipóteses nas quais devem ser adotadas pelos agentes do Sistema de Garantia dos Direitos de Crianças e Adolescentes estratégias de atendimento que permitam o fortalecimento e, sempre que possível, o restabelecimento desses vínculos.

2.3 Requisitos para adotar

Os requisitos da adoção encontram-se regulamentados, conforme disposto no artigo 1618 do Código civil que expressa que a adoção de crianças e adolescentes no Brasil será regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conforme descrito pelo artigo 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente a adoção deve se reger nos seguintes termos:

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

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

§ 2 º-É vedada a adoção por procuração.

§ 3 º-Em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando.⁵⁴

⁵⁴ BRASIL, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE *Vade Mecum*. São Paulo. Saraiva, 2018. p.1022.

Os direitos do adotando prioritários quando analisados os requisitos da adoção, considerando o fato de estar relacionado com a entidade familiar e as razões que justificam a adoção, pautadas em carinho, estabilidade, respeito, etc.

O principal requisito para a adoção é a comprovação de vínculo afetivo na relação, pois sem tal não há que se falar em convivência harmônica e a adoção perde sua finalidade.

Todavia, o requisito primordial à adoção é a demonstração de forma cabal da existência de vínculo afetivo que une os adotantes e adotados e da convivência harmônica entre os mesmos, eis que nos termos do art. 43 da Lei 8.069/90: 'a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos'.⁵⁵

O processo de adoção e o ato em si devem ser benéficos ao adotando e ao adotado, pois passam a integrar o mesmo núcleo familiar, razão pela qual o Estatuto da Criança e do Adolescente, expressa, taxativamente, quais são os requisitos da adoção relativo as duas pontas, ou seja, os requisitos para quem adota e quem está sendo adotado.

Essa é a função estatal, pois a adoção sem o respeito a tais particularidades pode constituir em omissão quanto aos direitos da criança e do adolescente, e até mesmo do maior que também pode ser adotado.

É importante estabelecer requisitos para adoção, uma vez que o objetivo dessa é garantir que os direitos do adotado sejam tutelados de forma plena. Se o Estado se omitisse de requisitar quem poderia adotar e quem seria adotado, automaticamente se omitiria a tutela dos direitos da criança e do adolescente. Em analogia, seria como prescrever um remédio sem antes analisar seus efeitos e a quem estaria prescrevendo isso, o resultado logo seria indesejado, pretendia-se conseguir certos fatos, porém se negligenciou e atingiu outros⁵⁶

Aqueles que podem adotar estão arrolados no artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente que fala primeiramente sobre o requisito da maioridade civil, após a proibição de adoção por ascendentes, descendentes e irmãos do adotando, as

⁵⁵NEGRÃO, Theotonio José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca.. **Código Civil e legislação civil em vigor**, 36ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018,, p.1100

⁵⁶ SOUZA, Gisele Silva da Rosa de. **Requisitos para a adoção: uma análise da doutrina**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/67196/processo-de-adocao-uma-analise-normativa>. Acesso em 10 nov 2019

condições de haver uma diferença de igual ou superior a dezesseis anos entre os envolvidos e os casos de adoção conjunta.

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

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.⁵⁷

Sobre a necessidade de diferença de idade de pelo menos dezesseis anos entre as partes é condição pra a negativa de concessão da adoção, como se verifica da jurisprudência abaixo cuja diferença de idade se deu em quatorze anos.

ADOÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - REQUISITOS - RECURSO DESPROVIDO. São pressupostos necessários à adoção: ter o adotante idade mínima de 18 anos, haver diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado, estar presente o consentimento dos pais ou dos responsáveis legais de quem se deseja adotar e a concordância do menor se tiver mais de 12 anos. Faltando qualquer destes requisitos, como no caso, o adotante 26 anos e a criança 14 anos, torna-se inviável a adoção.⁵⁸

Salienta-se que a legislação não veda a adoção por casais homoafetivos, pessoas sozinhas, reconhecendo o melhor interesse do menor como causa justificante para a adoção.

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que são inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes⁵⁹

⁵⁷ BRASIL, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE *Vade Mecum*. São Paulo. Saraiva, 2018. p.1022.

⁵⁸ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS TJMG - Apelação Cível 1.0145.06.307769-0/001, Relator(a): Des.(a) Nepomuceno Silva , 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/11/2016, publicação da súmula em 21/11/2016

⁵⁹NEGRÃO, Theotonio José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca.. **Código Civil e legislação civil em vigor**, 36ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018,, p.1854

Em tempos atuais, não cabe qualquer discussão sobre o reconhecimento desses tipos de família, que além de comum na sociedade são reconhecidas juridicamente e por isso, podem adotar.

2.4 Estágio de convivência

Parte importante que é tida também como requisito para a adoção é o estágio de convivência entre as partes, tendo em vista que o vínculo afetivo é a principal característica da adoção. Sem que haja um vínculo afetivo formado não haverá a possibilidade de adoção.

Assim, o estágio de convivência é essencial para que o vínculo seja formado e fortalecido e conseqüentemente a família formada, seja em qualquer formato, esteja pronta para uma convivência saudável.

Esse estágio de convivência, também vai ao encontro da proteção integral e melhor interesse do menor, pois nesse período poderá ser analisado como se dará a formação da família.

Para Diego Henrique Munhoz o estágio de convivência se mostra como essencial, pois é nesse período que existe a identificação entre as partes, é mostrado todo os cuidados, a forma de aproximação.

Estágio de convivência é o período no qual a criança ou adolescente é confiada aos cuidados da(s) pessoa(s) interessada(s) em sua adoção (embora, no início, a aproximação entre os mesmos possa ocorrer de forma gradativa), para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo paterno filial a partir, inclusive, da análise do relacionamento entre o adotando e os demais integrantes do núcleo familiar, com os quais este irá conviver. Por força do contido no caput do dispositivo, a realização do estágio de convivência será a regra (mesmo em relação a crianças recém-nascidas), como forma de aferir a adaptação da criança ou adolescente à família substituta e a constituição de uma relação de afinidade e afetividade entre os mesmos, que autorize o deferimento da adoção.⁶⁰

O artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente traz a determinação do período de convivência como requisito para a adoção:

⁶⁰ MUNHOZ, Diego Henrique. **O Estágio de convivência como requisito para a adoção**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/29289/o-estagio-de-convivencia-e-o-melhor-interesse-do-menor>. Acesso em 14 nov 2019

Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso.

§ 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo

§ 2º A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência.

§ 2º-A. O prazo máximo estabelecido no **caput** deste artigo pode ser prorrogado por até igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. [...]

Nessa primeira análise vê-se que o prazo de convivência entre as partes deve ter uma duração de aproximadamente noventa dias, podendo ser prorrogado caso necessário, sempre atentando às particularidades do caso concreto, podendo ser dispensado caso já tenha sido formado por meio de tutela ou guarda legal que justifique a formação desse vínculo.

A guarda de fato não justifica a dispensa do período de convivência por não se dar nos moldes legais.

O estágio de convivência é de suma importância, pois permitirá que haja, antes da adoção, um relacionamento íntimo entre o adotando e adotante, possibilitando a este chegar à plena convicção de consumir a adoção, desde que a adaptação das partes seja adequada, todavia, a guarda de fato não dispensa a modalidade da convivência familiar, pois este acompanhamento se presta à verificação quanto à adaptação do adotando à nova família⁶¹

Continua o artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente sobre a necessidade do período de convivência, no que diz respeito aos casos de quem mora fora do domicílio do adotado.

Aqui também estão englobados os que moram fora do país, ligando ao parágrafo 5º desse dispositivo legal que afirma que o estágio de convivência será cumprido em território nacional, mesmo em se tratando de adoção internacional.

§ 3º Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência será de, no mínimo, 30 (trinta) dias e, no máximo, 45 (quarenta e cinco) dias, prorrogável por até igual período, uma única vez, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária.

§ 3º-A. Ao final do prazo previsto no § 3º deste artigo, deverá ser apresentado laudo fundamentado pela equipe mencionada no § 4º deste artigo, que recomendará ou não o deferimento da adoção à autoridade judiciária.

[...]

⁶¹ MUNHOZ, Diego Henrique. **O Estágio de convivência como requisito para a adoção**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/29289/o-estagio-de-convivencia-e-o-melhor-interesse-do-menor>. Acesso em 14 nov 2019

§ 5º O estágio de convivência será cumprido no território nacional, preferencialmente na comarca de residência da criança ou adolescente, ou, a critério do juiz, em cidade limítrofe, respeitada, em qualquer hipótese, a competência do juízo da comarca de residência da criança

Sobre o estágio de convivência em casos de adoção internacional a obrigatoriedade de se dar em território nacional encontra justificativa da necessidade de fiscalização e consequente proibição de ilícitos penais como o tráfico de pessoas e mesmo a falsificação de documentos.

Essa exigência se dá mediante o processo de adaptação, pois a adoção internacional só ocorre quando não encontra nos registros nacionais pessoas interessadas na adoção daquele menor.

Esse estágio no caso de adoção internacional deverá ser cumprido no Brasil, sendo uma forma mais fácil de fiscalizar a relação entre o adotado e o adotante, devendo ser estabelecido pelo juiz competente, sendo remetido no mínimo o prazo de 30 (trinta) dias convivendo com a nova família. Será fiscalizado por uma equipe interprofissional que esteja submetida à Justiça da Infância e da Juventude, possuindo como integrantes pessoas com experiência na garantia do direito à convivência familiar.⁶²

Por fim, o parágrafo 4º do artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente tem expressa determinação da necessidade de acompanhamento de equipe multidisciplinar durante o estágio de convivência a fim de fiscalizar e deferir parecer favorável ou contrário ao ato.

4º O estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida.⁶³

⁶² MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GÓIAS **Comentários à Lei 13.509/2017, que facilita o processo de adoção**. Disponível em <http://www.mpgo.mp.br/portal/noticia/comentarios-a-lei-13-509-2017-que-facilita-o-processo-de-adocao#.XdBhXdVKgdU>. Acesso em 10 nov 2019

⁶³ BRASIL, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE *Vade Mecum*. São Paulo. Saraiva, 2018. p.1022.

O estágio de convivência é portanto um grande aliado ao processo de adoção já que através dele é permitido realizar a análise do estabelecimento do vínculo entre as partes.

2.5 Efeitos da adoção

A primeiro efeito da adoção é dar ao adotado a condição de filho nos termos do artigo 1695 do Código Civil “Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”⁶⁴

Em comento ao estado de filiação que é um dos efeitos da adoção tem-se Negrão:

A **paternidade sociológica** é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o despreço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares.⁶⁵

A adoção é causa de extinção do poder familiar desde que os pais biológicos concordem em assim tornar o ato. Nesse caso os pais biológicos renunciam a prerrogativa que lhes pertence de exercício de tal poder. Faz-se a ressalva, se houver a destituição prévia do poder familiar, que é extinto dando ao menor nova ligação com quem o adotou.

Essa afirmativa se dá em conformidade com o contido no artigo 1635 IV do Código Civil que afirma a possibilidade de extinção do poder familiar pela adoção.

O artigo 1.635, inciso IV, do Código Civil, reforça os laços perenes da adoção, ao ordenar a extinção do poder familiar pelo ato de adoção, isso porque transcorre uma sucessão legal dos vínculos de sangue para os liames estabelecidos com a adoção, formando um inquebrantável elo paterno-filial

⁶⁴ BRASIL, CÓDIGO CIVIL. *Vade Mecum*. São Paulo. Saraiva, 2018. , p.296.

⁶⁵ NEGRÃO, Theotonio José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca.. **Código Civil e legislação civil em vigor**, 36ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.1092

entre adotante e adotado, e sendo ordenados com a adoção os mesmos direitos e as mesmas obrigações presentes na filiação natural.⁶⁶

Desse modo, no artigo 41, também do Estatuto da Criança e do Adolescente estão os as implicações que decorrem do processo de adoção. Veja o que diz o artigo mencionado:

Art. 41. 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.

§ 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.⁶⁷

Dentre os efeitos patrimoniais relativos a adoção estão inclusos o direito aos alimentos que é para todos os que dele necessitam, seja adotado ou biológico, o artigo acima citado fala claramente que a adoção atribui condição de filho ao adotado

Os efeitos de ordem patrimonial da adoção dizem respeito ao direito aos alimentos, que é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros (CC, art. 1.696) e ao direito sucessório (CC, **art. 1.829, inc. I**).⁶⁸

A função de sustento e desencadeado da solidariedade familiar que são implicações decorrentes dos alimentos são essenciais à vida humana, estabelecidas por elos familiares, e não existe qualquer justificativa a para que a adoção não produzisse tal efeito.

A adoção produz efeitos que são irreversíveis, essa irrevogabilidade faz com que a relação seja estável, já que o parentesco estabelecido com a adoção não acaba com a morte importante frisar que é vedada a desconstituição da adoção, devido ao fato de haver total desligamento com a família biológica de origem.

São plenos e irreversíveis os efeitos da adoção, como inquestionavelmente estabelece o artigo 41 do ECA, mas cuja irrevogabilidade é imprescindível para assegurar a estabilidade dos vínculos de filiação. O parentesco com o

⁶⁶ MADALENO. Rolf, **Direito de Família**, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 811

⁶⁷ BRASIL, CÓDIGO CIVIL. *Vade Mecum*. São Paulo. Saraiva, 2018. , p.296.

⁶⁸ MADALENO. Rolf, **Direito de Família**, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1012

adotante não se dissolve nem com a sua morte, como deixa claro o artigo 49 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A adoção desliga definitivamente o adotado de seus pais consanguíneos, sendo vedada a desconstituição da adoção, porque ela desliga o adotado da sua família de origem (ECA, art. 41), e o poder familiar se extingue com a adoção⁶⁹

Além dos efeitos patrimoniais e sucessórios, em conformidade com o contido no artigo 1521 do Código Civil, também tem implicações no casamento como causas impeditivas à realização do matrimônio.

Art. 1.521. Não podem casar:

- I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.⁷⁰

As causas impeditivas relativas ao casamento que envolvem o adotante e o adotado são óbvias pelos laços de afetividade que decorrem da relação que se funda com adoção e por isso justificam a proibição.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho comenta sobre tal proibição:

Observe-se, desde já, a forma verbal utilizada pelo legislador: “não podem” casar! Trata-se, pois, de uma locução imperativa, que não deixa margem a dúvida quanto à antijuridicidade do ato que se quer evitar, levando-se em conta os superiores interesses que se pretende tutelar, especialmente o parentesco, o próprio casamento e o sagrado direito à vida.⁷¹

⁶⁹ MADALENO, Rolf, **Direito de Família**, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1012

⁷⁰ BRASIL, CÓDIGO CIVIL. *Vade Mecum*. São Paulo. Saraiva, 2018. , p.296.

⁷¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil- Responsabilidade civil-** 9ed., São Paulo: Saraiva. 2019, p.1138

O entendimento proibitivo referente ao casamento decorrente da adoção é revelado então como norma que visa a preservação da família, notadamente do parentesco, do casamento e até mesmo o direito à vida.

2.6 Adoção a brasileira: Notas sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei penal Brasileira

Falar em adoção à brasileira é dizer de um tipo de adoção que tende a regularizar situações que ocorrem no dia a dia de muitas famílias brasileiras.

A adoção à brasileira tem como característica marcante os casos que para regularizar uma situação de fato alguém registra como se fosse seu um filho que sabe ser de outra pessoa, ou seja, o que acontece é uma adoção feita irregularmente, tendo em vista que os trâmites legais imprescindíveis para adoção não foram observados nos critérios de legalidade. A essa adoção irregular é dado o nome de “adoção à brasileira”.⁷²

É preciso fazer com que a análise da adoção à brasileira seja cautelosa, sobretudo quando considerada a necessidade de interpretação da lei civil de forma constitucionalizada. Sobre as famílias compostas através da adoção à brasileira, entende-se que ela é desenvolvida através de componentes trazidos dos princípios constitucionais aplicáveis.

Essa é uma família desenvolvida com o tempo, para encontrar sua própria identidade e estabilidade da relação, que inicia ao menos com três pessoas, representadas pela mãe e companheira, pelo parceiro, pai registral ou socioafetivo, e pelo filho adotado pelo falso registro, o filho do coração.⁷³

Entende-se, portanto, que, em relação à prática de uma conduta ilegal, mas realizada no sentido da boa-fé, ou da necessidade de regular uma situação prática, isso vem sendo bem relativizado no Direito de Família, cuja ordem principiológica e finalidade são completamente diferentes do Direito Penal, fazendo com que cada caso concreto seja analisado criteriosamente todas as circunstâncias que envolvem cada caso.

⁷² ROSENWALD, Nelson. FARIA, Cristiano Chaves; **Direito das Famílias**. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2017, p. 550

⁷³ ROSENWALD, Nelson. FARIA, Cristiano Chaves; **Direito das Famílias**. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2017, p. 552

Fornecendo um exemplo que auxilia nosso entendimento Rolf Madaleno diz dos casos em que o vínculo afetivo faz com que os adotantes, ou pais registrais não percebam a ilicitude do fato, pois pretendem regularizar uma situação de fato, “o intuito de se dedicar como pai e mãe, dando afeto aos filhos constrói a paternidade ou maternidade socio afetiva e retira por sua intenção altruísta a conotação pejorativa e ilícita, porque trata dos pais do coração”⁷⁴

A lei penal entende que há tipicidade na conduta quando toma para si o filho de outra pessoa nos termos do artigo 242 do Código Penal⁷⁵. Assim, o fato é típico pois descreve a conduta realiza, antijurídico pois há uma norma proibitiva e culpável, pois, pode ser indicado àquele que registrou como seu filho de outrem, sem a devida autorização judicial para isso.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente que como visto regula o processo de adoção, com os requisitos, a forma legal não prevê o instituto da adoção à brasileira. Sendo a lei silenciosa quanto a adoção à brasileira, surge uma lacuna legal, ou seja, não há norma que ampara esse tipo de adoção, mesmo, repetindo, o Estatuto regular como se dá o processo de adoção.

Atualmente o grande comprometimento em relação à dificuldade de adotar está no fato das pessoas preferirem crianças, brancas, recém-nascidas ou com idade inferior a dois anos, e sem nenhum tipo de deficiência ou doença pré-existente.⁷⁶

Essa exigência contraria expressamente o que o Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta sobre a proteção e melhor interesse da criança e do adolescente em todos os sentidos.

O Estatuto é voltado para a regulamentação e regularização de todos os aspectos legais que envolve a criança e o adolescente, demonstrando a afetividade em todo o seu conteúdo, buscando a primazia da dignidade da pessoa humana como condição incondicional a quem está em fase de desenvolvimento físico e psicológico.

⁷⁴ MADALENO, Rolf, **Direito de Família**, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.302

⁷⁵ Art. 242 - 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:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

⁷⁶ SOUSA, Walter Gomes. **A Lei de Adoção e seus efeitos**. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2011/a-nova-lei-da-adoacao-e-seus-efeitos-walter-gomes-de-sousa>. Acesso em 15 nov 2019

A regularização dos casos em que há a adoção à brasileira, muito antes de ser considerada como ilegal, deve ser vista por meio do sentido de proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando o melhor para eles.

CAPITULO 3 - Possibilidade Jurídica da adoção a brasileira

A adoção à brasileira não tem qualquer previsibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, que ao contrário, determina regras específicas para regulamentar a adoção, seja por brasileiros ou estrangeiros em território nacional. Porém, esse tipo de atitude, adotar sem passar pelos trâmites legais, constitui ato de amor ou de ilegalidade, dentro do contido no melhor interesse do menor.

O questionamento feito está no fato de ser indispensável a consideração sobre o princípio do melhor interesse da criança e com isso identificar se a denominada "adoção a brasileira" deve ser vista no direito como um ato de amor ou um ato de ilegalidade?

O estudo apresentado leva a uma resposta positiva no sentido que ao fazer a análise sob a ótica de interpretação civil constitucional, utilizando todos os princípios e garantias constitucionais envolvidos, ligados ao entendimento da verdadeira função social das famílias inclinando ao melhor interesse do menor e da afetividade, esse tipo de adoção.

A jurisprudência brasileira tem estado tendendo ao julgamento positivo ao entender a afetividade, os elos afetivos constituídos na relação já de fato entendido que destituir o poder familiar diante da consideração da ilegalidade da adoção a brasileira ensejaria danos que são capazes de acompanhar esse menor por toda sua vida, tendo em vista que o afeto já consolidou nessa família,

Nesse tópico as questões específicas ao reconhecimento da possibilidade da adoção à brasileira serão discutidas para um melhor entendimento do tema.

3.1 Adoção a brasileira como ato de amor: interpretação civil constitucional

A adoção é um instituto pertencente ao direito de família, atribuindo aquele que foi adotado as mesmas condições de filho biológico sem qualquer distinção ou discriminação.

A adoção atribui a condição de filho ao adotado (ECA, art. 41), desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento. O adotado é tido como filho do adotante, a lei imita a natureza, e os vínculos de parentesco consanguíneo só serão considerados para efeito de impedimento matrimonial, por seus fundamentos

morais, sociais, culturais e pelas razões eugênicas.⁷⁷

Após a Constituição Federal de 1988, com todo o realce protetivo à pessoa humana a adoção deixa de ter conceitos contratuais, sendo estabelecido como ato de amor e afeto, resguardado pela legislação brasileira, como diz Carlos Roberto Gonçalves:

A adoção não mais estampa o caráter contratualista de outrora, como ato praticado entre adotante e adotado, pois, em consonância com o preceito constitucional da dignidade da pessoa humana, o legislador ordinário dita regras segundo as quais o Poder Público dará assistência aos atos de adoção. Desse modo, como também sucede com o casamento, podem ser observados dois aspectos na adoção: o de sua formação, representado por um ato de vontade submetido aos requisitos peculiares, e o do *status* que gera, preponderantemente de natureza institucional.⁷⁸

Nota-se, portanto, que a adoção enquanto instituto jurídico ganha importantes relevos de afetividade, sendo constituída basicamente, por atos de afeto que vão ao encontro de um direito civil dentro da nova ordem constitucional.

Por meio da adoção novas famílias são constituídas, melhor dizendo, a adoção faz com que a adotada pertença a um seio familiar que dentro dos modelos admitidos por lei, formam uma família dentro do contexto amplo. Nota-se a citação abaixo:

O Código Civil de 2002 veio para trazer a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afetivos devem ser sobrepostos aos vínculos sanguíneos, biológicos, sendo priorizada a afetividade, a não discriminação de filhos, e a corresponsabilidade de ambos os pais em relação ao poder familiar. O direito a igualdade entre cônjuges é, desde logo, enfatizando que o poder familiar é exercido em comum sociedade do homem e da mulher, sendo proibida a interferência das pessoas jurídicas.⁷⁹

A adoção em qualquer dos casos deve ser considerada como ato de amor, os chamados “filhos do coração” são capazes de dar as pessoas a realização de se ter uma família, porém algumas ações devem ser tomados para que a adoção ilegal seja erradicada da prática social, pois mesmo sendo extrajurídico não compromete os inúmeros casos que ainda acontecem em nossa sociedade.

⁷⁷ MADALENO, Rolf. **Direito de família**, 7.^a ed.– Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

⁷⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro- Direito de Família**, v.6, 9^aed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 342

⁷⁹ NOBRE, Rodrigo Igor Rocha de Souza. **Conceito e evolução do direito de família**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/29977/conceito-e-evolucao-do-direito-de-familia>. Acesso em 01 de maio 2019

O problema jurídico está exatamente no reconhecimento se a adoção à brasileira constituiu ato de amor ou de ilegalidade jurídica. Sendo o entendimento adotado estar pautado no entendimento de haver um ato de amor, pois a afetividade está presente na relação formada.

Além disso é fundamental considerar o poder familiar exercido durante o período de convivência com a adoção, retirar esse poder pode ocasionar danos exponenciais á vida da criança ou do adolescente envolvido.

Dessa maneira, considerando a interpretação civil constitucional que deve ser dada a matéria, a qual tem encontrado respaldo na jurisprudência, a afetividade, os laços de amor, o melhor interesse do menor, a proteção integral á criança ao adolescente, a regularização permite que uma situação que já acontece de fato seja legalizada e não desfeita, com consequências irreversíveis.

Confirmando o entendimento os dizeres de Fabiola Santos Albuquerque, a qual nos ampara enquanto marco teórico, e aduz o que se segue:

Há de se compreender a adoção à brasileira sob o viés da filiação e nada mais. É fato a necessidade de se desconstruir a ideia da “ilegalidade” e assim erigi-la na senda principiológica, evolutiva e inovadora do direito de família, compreendendo-a como mais uma expressão da vinculação socio afetiva, funcionalizada aos ditames constitucionais e densificando a dignidade da pessoa humana. A nossa lei penal reconhece o instituto do perdão judicial, o qual dispõe que em razão de reconhecida nobreza pode o juiz deixar de aplicar a pena. Este indicativo guarda compatibilidade com o sentido proposto para a desconstrução de paradigmas dotados de valores e preconceitos impostos à adoção à brasileira, ou seja, o juiz deve verificar todas as circunstâncias relevantes, de modo a localizar a posse de estado de filiação⁸⁰

Melhor é investir na adoção legal e na legalização dos casos da adoção à brasileira, bem como criar mecanismos jurídicos que possam facilitar faz com que a adoção seja um processo comum e não temido por quem pretende adotar. É necessário que as leis sejam eficientes para organizar a sociedade e não apenas considerar como crime sob a argumentação que é o suficiente para que a prática não mais ocorra. Investimentos e melhoria da legislação são fundamentais para que a adoção seja um ato apenas de amor.

⁸⁰ ALBUQUERQUE, Fabiola Santos. Adoção a Brasileira e a verdade do registro civil. IN: Anais do IBDFAM. vol.14 disponível em <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/14.pdf>. Acesso em 19 de set 2019.

Rolf Madaleno discorre sobre a adoção à brasileira como algo que não pode ser visto como ato de ilegalidade ante a verdade sociológica e o melhor interesse da criança.

Sem dúvida, seria um abuso do direito, um autêntico agir contraditório de que trata o princípio *nemo potest venire contra factum proprium*, que encerra uma proibição de comportamento conflitante, pois deve ser considerada ineficaz uma movimentação pretendendo contradizer todo um comportamento e toda uma expectativa antecedente. Isto ocorre, por exemplo – e não pode ser admitido pelos mesmos fundamentos –, no caso do marido que registre como seu o filho que teve de sua mulher (o que se tem chamado de *adoção à brasileira*), e venha, posteriormente, desconstituir a filiação diante da possibilidade de ter a conduta criminalizada. A verdade biológica, neste caso, cede diante da verdade sociológica, e do interesse social em manter o estado de filiação (sobretudo, se o filho ainda é uma criança).⁸¹

Ora, se a família é a base da sociedade⁸² adoção permite que as relações de afeto e carinho sejam efetivadas nesse contexto, refletindo diretamente nas relações sociais em que o adotado está inserido.

Entender adoção como ato de amor nos parâmetros de afetividade descritos pelo Direito de Família, é coadunar o entendimento no sentido de que o entendimento da legislação alcança novos modelos, não sendo adstrita a acordos

Em tempos remotos, o elo entre os indivíduos de uma família era a obediência ao detentor do pátrio poder, ficando a mulher e os filhos sujeitos às decisões da figura paterna. Nos dias atuais, no entanto, é a afetividade que une as pessoas em grupos familiares, é por causa desse sentimento que existem as variadas formas familiares e é pelo afeto que surgem novas famílias,

Mesmo considerando que com todo o esclarecimento nesse sentido ainda é possível ocorrer enlances matrimoniais arrançados e não pelo amor mútuo, porém a regra é que a afetividade una os indivíduos em família.

Stolze e Pamplona definem o princípio da afetividade como “uma força elementar, propulsora de todas as nossas relações de vida”.⁸³

Dessa maneira, o princípio da afetividade é o elemento base, ou elemento chave para a constituição de famílias nos dias atuais

⁸¹ MADALENO, Rolf. **Direito de família**– 7.ª ed.– Rio de Janeiro:Editora Forense, 2016, p.175

⁸² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p.96.

⁸³GLAGLIANO, Pablo Stolze e PANPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**, Volume Único. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.1082

o próprio conceito de família, elemento-chave de nossa investigação científica, deriva — e encontra a sua raizônica — da própria afetividade. Vale dizer, a comunidade de existência formada pelos membros de uma família é moldada pelo liame socio afetivo que os vincula, sem aniquilar as suas individualidades.⁸⁴

Não há como pensar em famílias, nos critérios de dignidade da pessoa humana, paternidade responsável, igualdade entre os que os familiares, solidariedade e outros, sem que o princípio da afetividade esteja presente.⁸⁵

O afeto faz parte da formação das famílias como elemento basilar, fundamental. Não há como conceber a ideia de criação de núcleos familiares, como convivência mútua e duradoura sem que haja o afeto como cerne dessas entidades familiares, permitindo ver uma relação jurídica paterna filial decorrente do vínculo socioafetivo, não se recomendando, às vezes, a sua extinção, sob pena de comprometimento da própria integridade física e psíquica do reconhecido.⁸⁶

Comumente, os pedidos de desconstituição da paternidade que foi concretizada com a adoção à brasileira aparecem depois do término da relação afetiva com a mãe daquele filho que foi reconhecido indevidamente.

Nesses casos, o entendimento predominante é o de que, apesar de o registro ter sido realizado de forma irregular, estando presente a paternidade socioafetiva, ele será mantido e quem registrou será considerado pai para todos os fins (especialmente se o pai biológico também não é presente).⁸⁷

Do mesmo modo, ainda que a “adoção à brasileira” não possa ser considerada tecnicamente uma adoção, ela poderá ter seus efeitos jurídicos protegidos, os quais são direitos e deveres decorrentes da relação de filiação, até porque não faria sentido consentir um tratamento diferenciado, aceitando-se eventualmente o pesar e remorso de quem praticou o ato de forma irregular com concordância de que o estava praticando de forma equivocada.

⁸⁴GLAGLIANO, Pablo Stolze e PANPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**, Volume Único. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.1083

⁸⁵ MATTAR, Daniela. Direito das Famílias: aula 2: **princípios do direito das Famílias**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ufhz5PdeArl>. Acesso em: 02 de maio de 2019

⁸⁶ SANTOS, Carlos Souza de Oliveria. **Adoção à brasileira**. Disponível em <https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/561219481/adoacao-a-brasileira-o-que-e-isso>. Acesso em 10 nov 2019

⁸⁷ ROSENWALD, Nelson. FARIA, Cristiano Chaves; **Direito das Famílias**. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2017, p. 552

3.2 Análise de decisões

A possibilidade da adoção à brasileira é amparada na convivência e vínculo afetivo criado na relação familiar, diante do princípio do melhor interesse do menor.

Depreende-se da jurisprudência abaixo citada que no caso específico a não comprovação de haver suficiente relação afetiva não é motivo para o desfazimento da adoção que se deu de forma irregular.

PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. WRIT UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR E DE AFASTAMENTO DOS PAIS REGISTRADOS. SUSPEITA DE OCORRÊNCIA DA CHAMADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE ABRIGAMENTO DE CRIANÇA. INEXISTÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE SUFICIENTE RELAÇÃO AFETIVA ENTRE PRETENSÃO GUARDIÃ E A INFANTE. DESABRIGAMENTO DO MENOR E COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA PREVIAMENTE INSCRITA NO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE NOVO ROMPIMENTO DE CONVIVÊNCIA FAMILIAR. NÃO OCORRÊNCIA DE DECISÃO FLAGRANTEMENTE ILEGAL OU TERATOLÓGICA. HABEAS CORPUS DENEGADO.⁸⁸

Continuando o contido na jurisprudência citada tem-se:

2. A jurisprudência desta eg. Corte Superior tem decidido que não é do melhor interesse da criança o acolhimento temporário em abrigo, quando não há evidente risco à sua integridade física e psíquica, com a preservação dos laços afetivos eventualmente configurados entre a família substituta e o adotado ilegalmente. Precedentes. 3. Em hipóteses excepcionais, nas quais não se chegou a formar laços afetivos suficientes entre a infante e a família que o registrou e adotou ilegalmente, em razão do pouquíssimo tempo de convivência entre eles (quatro meses), bem como diante do desabrigoamento e do acolhimento da criança por nova família que cumpriu os trâmites legais da adoção, aguardou a vez no cadastro nacional de adoção e vem cuidando do bem estar físico e psicológico da menor e lhe proporcionando um desenvolvimento sadio, não é recomendável nova ruptura da convivência familiar do paciente. Observância dos princípios do melhor interesse e da proteção integral da criança. 4. Também em situações excepcionais, a jurisprudência desta eg. Corte Superior, em observância aos princípios do melhor interesse e da proteção integral da criança, opta pelo seu acolhimento institucional em hipóteses de indícios ou prática de "adoção à brasileira" em detrimento da sua colocação na família que a acolhe.⁸⁹

⁸⁸ BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* HC 506.899/PR, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 06/06/2019

⁸⁹ BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* HC 506.899/PR, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 06/06/2019

Da decisão demonstrada é possível verificar que a convivência entre o menor e a família que fez a adoção à brasileira já é solidificada, tendenciado ao reconhecimento do melhor interesse da criança que é junto da dignidade da pessoa humana a principal forma de resguardo dos menores.

No caso específico, a retirada da criança da família que adotou dentro dos critérios de adoção à brasileira, não é justificada exatamente por entender que o poder familiar vem sido exercido conforme determinação legal, demonstrando desenvolvimento sadio desse menor, entendendo que o reconhecimento da ilegalidade da conduta e a retirada desse lar fere diretamente seu bem estar físico e psicológico.

Os atos decorrentes da adoção devem prevalecer como os requisitos e implicações que deles decorrem, cabendo a legalização da conduta e não a retirada do menor de um local onde está habituado e cercado de afetividade.

Em outra jurisprudência colacionada também do Superior Tribunal de Justiça, foi reconhecida a importância da paternidade afetiva, mesmo aquela advinda da adoção à brasileira. Contudo, não pode deixar de observar que esse tipo de adoção não desfaz os vínculos biológicos entre genitores e filhos.

1. A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, a depender sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral é quem busca a paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada "adoção à brasileira" 2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva...⁹⁰

Assim prossegue a jurisprudência citada:

[...] No caso de ser o filho - o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo - quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de "erro ou falsidade" (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de "adoção à brasileira", significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à

⁹⁰ BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AgInt nos EDcl no REsp 1784726/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 15/05/2019

sua revelia e à margem da lei. 3. A paternidade biológica gera, necessariamente, responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica.⁹¹

Nesse caso o Tribunal diz da necessidade de analisar o caso concreto quando estão envolvidas questões de paternidade socioafetiva, que nesse caso é proveniente da adoção à brasileira.

Ainda o relator é firme ao dizer que nem sempre a paternidade socioafetiva sobressai à biológica, pois os vínculos de afetividade devem se fazer presente, bem como o contido no princípio do melhor interesse do menor, que nesse caso diz da obrigatoriedade de assistência e dever de sustenta que a paternidade biológica gera em relação aos filhos.

Desse modo, em se tratando do fato de ter o filho buscar a paternidade biológica em detrimento à paternidade socioafetiva, há de prevalecer a sua vontade, pois como dito, a paternidade biológica e suas obrigações não são desfeitas com a adoção à brasileira.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é levado à consideração de que para a destituição do poder familiar decorrente da "adoção à brasileira" é indispensável que os vínculos afetivos sejam fortes por meio da convivência com aqueles que a adotaram.

Ainda que o ato seja revestido de nobreza e afetividade, não pode ser justificativa para o cometimento de ilícitos que contrariam a proteção integral que deve ser dada ao menor, prescrita pelo ordenamento jurídico.

Esse é o entendimento emanado de outro Julgado desse Tribunal:

"[...], esta eg. Corte Superior, em alguns julgados recentes das Turmas que compõem a Segunda Seção, envolvendo a destituição de poder familiar em hipótese de 'adoção à brasileira', consignaram que o convívio do menor com os supostos pais registrais por reduzido lapso de tempo afasta ou enfraquece, significamente, a configuração do vínculo socioafetivo porventura existentes em relação ao período de convívio da criança com os pretensos adotantes". Muito embora no mais das vezes a chamada 'adoção à brasileira' não denote torpeza de quem a pratica - na verdade, não raro é movida por sentimentos de elevada nobreza -, pode ser instrumental de diversos ilícitos, como aqueles relacionados ao tráfico internacional

⁹¹ BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AgInt nos EDcl no REsp 1784726/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 15/05/2019

de crianças, além de ser possível não refletir o melhor interesse do menor, que é o guia a ser seguido em matéria de adoção.⁹²

Apresentadas as decisões vem confirmando o entendimento de que a adoção à brasileira deve ser vista com olhos que se dão em conformidade com o prescrito pela Constituição da República.

Além disso a análise do caso concreto, como demonstrado torna-se necessário, pois num primeiro momento a ilicitude do ato passa a ser relativizada diante dos benefícios que essa adoção trouxe ao menor, principalmente quando considerados os elementos da proteção integral que deve ser dada à criança e o adolescente.

⁹² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial. (EDcl no REsp 1674207/PR, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 29/04/2019)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção à brasileira é algo comum ao cotidiano das famílias brasileiras que em muitos casos sequer sabem da ilegalidade da conduta, pois a adoção é tida como ato de amor, em que se busca, nesses casos, regularizar uma situação, registrando como seu o filho de outra pessoa.

Diante disso, a nobreza do ato deve ser considerada como o principal motivo ou a ilegalidade do ato é a premissa maior que envolve essa situação, adotando o entendimento que o que deve prevalecer são os laços de afetividade dentro de uma perspectiva civil constitucional que tem nos princípios da Direito de família e da adoção o amparo legal para esse reconhecimento.

Os Tribunais pátrios tem atentado a essas questões e reconhecido a necessidade de legalização e não criminalização da adoção à brasileira, principalmente vendo que no caso concreto o poder familiar vem sendo exercido dentro dos critérios desejáveis por lei, com carinho, assistência material e moral, afetividade, preservando e protegendo o menor de forma efetiva, como confirmado pelo marco teórico.

Quando discorrido sobre as famílias no ordenamento jurídico e na sociedade foi possível perceber que a função social das famílias se torna elemento essencial no processo de formação do menor que também engloba a solidariedade familiar e a igualdade entre os componentes da relação, especialmente os irmãos.

A dignidade da pessoa humana enquanto princípio constitucional aplicável não somente ao direito de família, mas também ao processo de adoção, traz a determinação de que respeito, comprometimento, responsabilidade uns para com os outros, existam nas relações familiares, além dos deveres jurídicos e morais.

Ao falar do instituto da adoção como um todo, estabeleceu-se a demonstração de como é o processo legal com suas implicações e suas particularidades, especialmente no que diz respeito aos requisitos para adotar e as consequências da adoção, que são direcionadas em diversos aspectos dentro do ordenamento jurídico além do direito de família, como o direito patrimonial e sucessório.

A adoção à brasileira também foi falada em sua interpretação penal enquanto conduta ilegal e dentro do prescrito pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que

não traz qualquer previsibilidade ou proibição da conduta, mas que em todo seu conteúdo tem como elemento principal o melhor interesse do menor e a proteção integral.

O princípio da proteção integral a criança determina que seu crescimento ocorra com integralidade, com ações que vão além do cuidado físico, patrimonial e emocional, sendo também, igualmente importante, a permanência em um local onde tenha segurança e respeito.

O Estatuto da Criança e do Adolescente o tempo todo prevê a proteção do menor, fazendo com que diante do caso concreto, todo o entendimento protetivo, numa ordem constitucionalizada seja analisada, para fins de consagração do melhor interesse do menor.

Desse modo, resta a conclusão que a adoção à brasileira deve ser considerada como ato de amor, diante da análise do caso concreto, pois as medidas que justificam o ato ultrapassam a ilegalidade que está presente na atitude tomada.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabiola Santos. Adoção a Brasileira e a verdade do registro civil. IN: Anais do IBDFAM. vol.14 disponível em <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/14.pdf>. Acesso em 19 de set 2019.

ALMEIDA, Lara. **A função social da família.** Disponível em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1860>. Acesso em 10 nov 2019

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Consitucional.** 12 ed., São Paulo: Malheiros.2012.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* HC 506.899/PR, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 06/06/2019

BRASIL, CÓDIGO CIVIL. *Vade Mecum.* São Paulo. Saraiva, 2018.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA *Vade Mecum.* São Paulo. Saraiva, 2018.

BRASIL, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE *Vade Mecum.* São Paulo. Saraiva, 2018.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AgInt nos EDcl no REsp 1784726/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 15/05/2019

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial. (EDcl no REsp 1674207/PR, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 29/04/2019

BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS Agravo de Instrumento Cv 1.0024.11.106058-8/001 Relator(a) Des.(a) Eduardo Andrade Data de Julgamento 09/04/2018 Data da publicação da súmula 18/04/2018, acesso em 05 nov2019

BRASIL. CÓDIGO PENAL . *Vade Mecum.* São Paulo: Saraiva, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, p.45

FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD. Nelson. **Direito das Famílias.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil- Responsabilidade civil-** 9ed., São Paulo: Saraiva. 2019.

GLAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**, volume Único. – São Paulo: Saraiva, 2017.

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**, v.6, 9ªed., São Paulo: Saraiva, 2017.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 7. ed. rev. e ampl., de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406/2002). São Paulo: Malheiros Ed., 2013.

LOBO, Paulo. **Princípio da Solidariedade Familiar**. Disponível em http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf. Acesso em 15 nov 2019

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família** . Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em 03 nov 2019

MADALENO. Rolf, **Direito de Família**, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MATTAR, Daniela. Direito das Famílias: aula 2: **princípios do direito das Famílias**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ufhz5PdeArl>. Acesso em: 02 de maio de 2019

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GÓIAS **Comentários à Lei 13.509/2017, que facilita o processo de adoção**. Disponível em <http://www.mpggo.mp.br/portal/noticia/comentarios-a-lei-13-509-2017-que-facilita-o-processo-de-adoacao#.XdBhXdVKgdU>. Acesso em 10 nov 2019

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada**. 4 ed. São Paulo: Atlas. 2016.

MUNHOZ, Diego Henrique. **O Estágio de convivência como requisito para a adoção**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/29289/o-estagio-de-convivencia-e-o-melhor-interesse-do-menor>. Acesso em 14 nov 2019

NEGRÃO, Theotônio José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca.. **Código Civil e legislação civil em vigor**, 36ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NOBRE, Rodrigo Igor Rocha de Souza. **Conceito e evolução do direito de família**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/29977/conceito-e-evolucao-do-direito-de-familia>. Acesso em 01 de maio 2019

OLIVEIRA, Gabriela Brandt de. **O direito à convivência familiar de crianças e adolescentes acolhidos – o MCA como instrumento efetivo para implementação deste direito**. Disponível em: <http://www.mp.rj.gov.br/portal/page/portal/MCA/Censo/Quinto_Censo/09_direito.pdf>. Acesso em 03 nov 2019.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança**. In: PEREIRA, Tânia da Silva Pereira. *O melhor interesse da criança : um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2010.

ROSENVALD, Nelson, Faria Cristiano. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9 ed., atual, Salvador: Editora Juspodvm, 2018.

SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. In: **O novo código civil: livro IV do direito de família**. Coord. Heloisa Maria Daltro Leite. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015

SANTOS, Carlos Souza de Oliveria. **Adoção à brasileira**. Disponível em <https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/561219481/adocao-a-brasileira-o-que-e-isso>. Acesso em 10 nov 2019

SCHREIBER, Anderson KONDER, Carlos Nelson , **Direito Civil constitucional**, São Paulo: Atlas, 2016.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2016.

SOUSA, Walter Gomes. **A Lei de Adoção e seus efeitos**. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2011/a-nova-lei-da-adocao-e-seus-efeitos-walter-gomes-de-sousa>. Acesso em 15 nov 2019

SOUZA, Gisele Silva da Rosa de. **Requisitos para a adoção: uma análise da doutrina**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/67196/processo-de-adocao-uma-analise-normativa>. Acesso em 10 nov 2019

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**- 2. ed. – Rio de Janeiro: Renovar,2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2017.