

REDE DOCTUM DE ENSINO

PEDRO HENRIQUE GROSSI TEIXEIRA CHAVES

**POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DE ADOÇÃO À BRASILEIRA NO ATUAL
ORDENAMENTO JURÍDICO**

BACHARELADO EM DIREITO

CARATINGA- MG

2017

PEDRO HENRIQUE GROSSI TEIXEIRA CHAVES

**POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DE ADOÇÃO Á BRASILEIRA NO ATUAL
ORDENAMENTO JURÍDICO**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da professora: Msc: Alessandra Dias Gomes Baião

FIC- CARATINGA- MG

2017

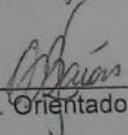
TERMO DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso

Possibilidade de regularização de adoção à brasileira no atual ordenamento jurídico, pelo aluno **Pedro Henrique Grossi Teixeira Chaves** foi aprovado por todos os membros Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 11 de dezembro 20 17



Prof. Orientador



Prof. Avaliador 1



Prof. Avaliador 2

AGRADECIMENTO

Ao povo Brasileiro, por ser exemplo de Resistência e por me proporcionar formar em direito.

À minha família: Lila, Flávio e meu irmão Flávio Filho, pelo amor incondicional e apoio em todos esses anos de formação.

À segunda família: minha turma de classe, pelo companheirismo e pelos ensinamentos, provando que estudar junto vai além de pagar contas de formatura e estudos.

Aos grandes amigos que fiz nesse curso de direito passando da minha primeira turma de classe até os funcionários da Rede Doctum de Caratinga que me ajudaram bastante.

A minha Orientadora Alessandra, por me ajudar a encontrar meu caminho na graduação e por me auxiliar na construção deste trabalho.

Aos universitários de Inhapim, minha cidade natal que me inspiram na conclusão do curso.

Um pouco de mim fica vocês enquanto carrego uma parte de vocês comigo.

Ao professor Juliano por me compreender e ajudar nessa caminhada.

“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu,
mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre
aquilo que todo mundo vê.”

Arthur Schopenhauer.

RESUMO

Este trabalho tem como temática a adoção a brasileira. O intuito é verificar doutrinariamente se há alguma possibilidade de regularização deste tipo de adoção no Brasil sem geral as tormentas previstas na legislação penal. Este é o problema a que nos dispomos a pesquisar e cuja hipótese central sinaliza que a resposta é positiva. Para tanto optou-se pela metodologia teórico dogmática nas áreas do direito civil, direito constitucional e do Estatuto da criança e do adolescente.

Palavras-chave: Melhor interesse do menor - Afetividade - Adoção a brasileira.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS | 9 |
| CAPÍTULO 1 – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A NOVA LEI DE | 12 |
| Noções Gerais. | 12 |
| Requisitos para adoção..... | 16 |
| 1.3 - O cadastro nacional de adotantes..... | 21 |
| CAPÍTULO 2 – DO DIREITO DE FAMÍLIA | 25 |
| 2.1- Princípio da afetividade como dignidade da pessoa humana no Direito de | 25 |
| 2.2- Direito à convivência familiar. | 28 |
| 2.3- Processo de destituição do poder familiar..... | 31 |
| CAPÍTULO III- ADOÇÃO À BRASILEIRA | 41 |
| 3.1- O que é e quando ocorre. | 41 |
| 3.2- A questão penal que envolve o tema | 44 |
| 3.3- Regularização da adoção à brasileira e o perdão judicial penal..... | 48 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 53 |
| REFERÊNCIAS | 55 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema “Possibilidade de regularização da Adoção à Brasileira no atual ordenamento jurídico brasileiro”. Este é um assunto pertinente que vem sendo discutido pela doutrina e a jurisprudência, sobretudo pelo advento da Lei 12.010/2009, norma especial que retirou as determinações sobre o assunto do Código Civil. Este passou a regular, apenas a adoção de maiores em poucos artigos.

Assim, levanta-se como problema de pesquisa o questionamento de, se diante das determinações estabelecidas na lei de adoção, seria possível dar valor jurídico a adoção a brasileira desconsiderando qualquer outra figura típica no direito penal?

Os estudos feitos caminharam no sentido de uma resposta positiva. A motivação afetiva da adoção a brasileira funciona como excludente da ilicitude penal e dá segurança jurídica a adoção realizada fora do processo regular em virtude da aplicação do princípio do melhor interesse do menor.

Como marco teórico desta pesquisa, é o livro MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS DE MARIA BERENICE DIAS DE ACORDO COM O NOVO CPC ,11º edição, Editora das letras, São Paulo, 2015

A metodologia utilizada para o desenvolvimento desta pesquisa é a teórico dogmática, com buscas em doutrinas, jurisprudências e artigos sobre a temática. Esta pesquisa tem caráter multidisciplinar na medida em que agrega estudos em Direito Constitucional, Direito Civil e o Estatuto da Criança e do adolescente tudo isto, com o objetivo geral de verificar se há a possibilidade de regularização da adoção a brasileira no atual ordenamento jurídico.

Esta monografia será dividida em três capítulos. No primeiro abordaremos o Estatuto da Criança e do Adolescente - EAC e a nova lei de adoção, apresentando as noções gerais, os requisitos para a adoção e o cadastro nacional de adotantes.

No capítulo 2 abordaremos o Direito de Família no que diz respeito a afetividade como dignidade da pessoa humana, o direito a convivência familiar e o processo de destituição do poder familiar.

Por fim, no capítulo 3, abordaremos de maneira específica a adoção a brasileira, o que é, quando ocorre, qual questão penal envolve o tema e a regularização da adoção a brasileira e o perdão penal.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a temática proposta, qual seja: "Adoção a brasileira", faz-se necessário a apresentação de alguns conceitos essenciais para a compreensão do tema em estudo. São eles : Melhor interesse do menor, afetividade e adoção a brasileira.

O princípio do melhor interesse do menor estende-se a todas as relações jurídicas envolvendo os direitos das crianças e adolescentes. De fato, o art.1º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA propõe que “são assegurados todos os direitos fundamentais da pessoa humana, independentemente da situação familiar” (Lei n. 8.069/90 ECA - art. 3º).

Segundo Teppedino:

“A aplicação do princípio do melhor interesse do menor no direito de família como limite ao poder familiar extrai-se que o Código Civil no tocante às relações pais e filhos, perdeu o papel de direito fundamental no Direito de Família após a promulgação da Constituição Federal de 1988 considerando que o Estatuto da Criança e do Adolescente assumiu tal lugar na concretização dos princípios das linhas mestras fixadas pela Lei Maior.”¹

Neste sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente assumiu a condição de norteador a Lei da Adoção, sobretudo após a promulgação da Constituição da República de 1988, tendo tal princípio aplicação imediata e importante no tocante a adoção de menores de dezoito anos. A título da aplicação do melhor interesse do menor a todas as relações envolvendo pessoas, com menores de dezoito anos cumpre assinalar a existência expressa do princípio em questão no Código Civil de 2002, ao transcrever o art.1618 determinando que “o filho reconhecido, enquanto

¹TEPPEDINO, Gustavo. **Manual de Direito de Família**. Ed. Saraiva, São Paulo, 3º edição,2008, p.882

menor ficará sob a guarda do genitor que o reconheça e se ambos o reconheceram e não houver acordo sob a quem melhor atender os interesses do menor”.

Assim, pode-se verificar que o princípio do melhor interesse do menor alcança todas as crianças e adolescentes em consequência da dignidade inerente à sua condição de pessoas em desenvolvimento que estejam inseridas em família natural ou não.

O segundo conceito importante que traremos ao estudo é o da afetividade, aqui visto sob a ótica dos princípios. De acordo com Berenice Dias o princípio da afetividade pode ser entendido em conformidade com a adoção:

“O princípio da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais. O sentimento de solidariedade recíproca não pode ser perturbado pela preponderância de interesses patrimoniais. É o salto à frente da pessoa humana.” (DIAS, 2015, p.55)².

O princípio da afetividade está contido na Constituição da República em quatro elementos fundamentais. São eles: a - Igualdade de todos os filhos independentemente da origem (art.227, parágrafo sexto, CF/88); b - Adoção como escolha com igualdade de direitos (art.227, parágrafos quinto e sexto, CF/88); c - Comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos com a mesma dignidade da família (art.226, parágrafo quarto, CF/88); d - Direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (art.227, CF/88).

O Código Civil não tipifica a palavra afeto, todavia pode ser extraído do conteúdo intrínseco da Dignidade da Pessoa Humana, previsto da Constituição de 1988.

Por fim, apresentamos o conceito da adoção a brasileira. Esta é uma modalidade de adoção sem o procedimento legal para o processo de adoção que consiste no ato de registrar filho alheio como próprio, ou seja, a criança é registrada por pais não biológicos sem atender aos requisitos estabelecidos na lei de adoção. Essa prática já existe no Brasil de forma disseminada e seu nome foi eleito pela

²DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias de acordo com o Novo CPC**, Revista dos Tribunais, 2015, p.55.

jurisprudência. A prática consiste no registro do adotado feito no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais de forma extremamente fácil, pois, com base no disposto no art.54 da Lei dos Registros públicos (Lei 6015/73) basta o suposto pai ou mãe declarar o nascimento relatando que a criança nasceu em casa.(VENOSA, 2008, p.185).

Segundo Bochina:

“A segunda consequência importante “é que trata da esfera penal”, visto que há previsão legal de ato ilícito de registrar filho alheio como próprio, sendo assim adoção a brasileira é um crime previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, é um crime considerado perdoado até mesmo tipificado no capítulo de “crimes contra a filiação” no art .242 do Código Penal que se trata de crime de nobreza, ou seja, se o crime de filiação for para salvar a vida ou reputação do adotado. Ademais o crime de falsidade ideológica trazido pelo art. 299 do Código Penal vem complementar a tipicidade da prática de registro de filho alheio em nome próprio.”³(BOCHINA, 2010, p.210).

Quanto a análise jurisprudencial referente à adoção a brasileira vem a ser muito importante, pois, dispõe sobre as decisões dos tribunais acerca da desconstituição do vínculo paternal nas adoções de forma irregular. Com base em fatos de casos de adoção a brasileira que chegam aos tribunais como solução majoritária em favor dos praticantes do ato, encontra-se proposta da Associação Brasileira de Juízes e Promotores da Infância e da Juventude, uma solução legislativa que embora não descriminalizasse o fato, penalizava-o de forma mais branda, permitindo até mesmo o perdão judicial.

Por outro lado, a Lei 6898/81 tipifica este tipo de adoção ao regulamentar que “registrar como seu filho de outrem” tem como pena dois a seis anos de exclusão (Art. 242 CP).Em contrapartida vem excepcionar em seu parágrafo único onde diz que “se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza a pena é de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena” (Art. 242, parágrafo único CP).

Diante de todo exposto, os conceitos apresentados nestas considerações servirão como orientação na compreensão dos capítulos que a seguir desenvolveremos.

³BOCHINA, Simone Franzoni. **Direito de Família**. Ed. Das letras, Curitiba, 2010, p. 210.

CAPÍTULO 1 – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A NOVA LEI DE ADOÇÃO.

Noções Gerais.

Adoção é um ato jurídico solene e bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas naturalmente estranhas umas às outras. Estabelece um vínculo fictício de filiação, trazendo para a sua família na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha.

Segundo Carvalho, *“é uma ficção legal que possibilita que se constitua entre adotante e o adotado um laço de parentesco de 1º grau na linha reta, estendendo-se para toda a família do adotante.”*⁴

A adoção cria laços de parentesco civil em linha reta entre adotante e adotado e entre este e a família daquele; análogo ao que resulta de filiação biológica. Entretanto, constitui um parentesco eletivo, *“pois decorre exclusivamente de um ato de vontade, tratando-se de filiação construída no amor, quando vínculo de parentesco por opção consagrando a paternidade afetiva.”*⁵

De acordo com Venosa:

“No Brasil a adoção não era sistematizada antes do Código Civil de 1916 quando passou a ser regulada com o objetivo de atender aos interesses dos adotantes que não possuíam filhos, tanto que só podiam adotar os maiores de 50 anos, sem prole legítima ou legitimada, permitindo ao casal que já não possuía condições de ter filhos de sangue, suprir uma falta que a natureza criara.”⁶

Com o tempo, de acordo com Rodrigues:

⁴CARVALHO, Dimas Messias. **Direito de Família**, Volume IV, Editora das Letras, São Paulo, 2013, p.1-58.

⁵DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família de acordo com o novo CPC**. Editora das Letras, São Paulo, 2015, p. 426.

⁶VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil: direito de família**, 8º edição, Editora Atlas, São Paulo, 2008, p.156.

"a lei n.3133/57 alterou o conceito de adoção, que passou a ter finalidade assistencial, ou seja, deixou de ser um meio de melhorar a condição do adotante, a esterilidade, permitindo a adoção por pessoas de 30 anos, tivessem ou não prole legítima, possibilitando um maior número de pessoas adotadas."⁷

A Constituição Federal de 1988 no seu art.227, parágrafo 6º, extinguiu as diferenças entre filhos e vedou qualquer forma de discriminação na filiação, biológica ou afetiva ao dispor que 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. (Art. 226, parágrafo 6º / CF/88).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.8069/90) em sua redação original regulamentou a adoção do adotando que possuía no máximo, 18 anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes (art.40). Reduziu a idade dos adotantes para 21 anos e acolheu definitivamente a finalidade social e proteção integral aos menores, tanto que seu art.1º dispõe "sobre a proteção integral à criança e ao adolescente" e o art.43 determina que somente será deferida "quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

O Código Civil de 2002 regulou a adoção sem distinção de idade do adotando, extinguindo as espécies. Aboliu a adoção simples e reduziu a idade do adotante para apenas 18 anos, quando a pessoa adquire atualmente a maioridade civil (art.5º). Manteve-se, entretanto, os dispositivos da Lei n.8069/90, que não foram regulados pelo atual Código Civil, que acolheu seus princípios.

A Lei n.12010/2009 alterou a Lei n.8069/90, acrescentando diversos dispositivos e aperfeiçoando o direito à convivência familiar da criança e do adolescente, priorizando a manutenção e reintegração na família natural ou extensa. A adoção com alterações da lei n.12010/2009, voltou a ser regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive dos maiores de 18 anos, posto que se aplica no que couber as regras gerais da Lei n.8069/90, art.1619 do Código Civil.

O atual posicionamento da doutrina veda qualquer forma de discriminação na filiação e rompeu a concepção tradicional e a ideologia do assistencialismo e da institucionalização da adoção, extinguindo sua natureza contratual e uma paternidade de segunda classe que privilegiava o interesse e a vontade dos adultos na busca de uma criança para uma família.

⁷RODRIGUES, Sílvio. **Manual de Direito de Família**, Editora Saraiva, 2º ed. São Paulo, 2002, p.380.

A partir da Constituição de 1988 a adoção passou a constituir-se por ato complexo e a exigir sentença judicial, prevendo expressamente o art.47 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o art.1619 do Código Civil de 2002, com redação dada pela Lei n.12010 de 3-8-2009. O art. nº 227, parágrafo 5º da Carta Magna determina que “a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação para estrangeiros”.

Segundo Gonçalves:

“A adoção não estampa o caráter contratualista de outrora como ato praticado entre adotante e adotado, pois, em consonância com o preceito constitucional mencionando, o legislador ordinário ditará as regras, segundo as quais o Poder Público dará assistência aos atos de adoção.”⁸

A adoção de crianças e adolescentes rege-se na atualidade, pela Lei n.12.010/2009. Compreendida por apenas 7 artigos a referida lei introduziu inúmeras alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente e revogou expressamente 10 artigos concernentes à adoção (arts.1620 a 1629) dando nova redação a outros dois (arts.1618 e 1619). Conferiu também nova redação ao art.1734 do Código Civil e acrescentou dois parágrafos a lei n.8560/92 que regulam a investigação da paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

A transitoriedade da medida de abrigo é ressaltada na nova redação dada ao art.19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que fixa o prazo de seis meses para a reavaliação de toda a criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional. É também reforçado o direito da criança ser criada por sua família biológica sendo a adoção considerada medida excepcional, a qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de sua manutenção na família natural ou extensa na forma do parágrafo único do art.25 (ECA, art.39, nova redação).

No art.1º, parágrafo 1º, a referida lei proclama que a intervenção estatal “em observância ao disposto no caput do art.226 da Constituição Federal, será prioritariamente voltada a orientação, apoio e promoção social da família natural, junto a qual a criança e o adolescente devem permanecer, ressalvada absoluta impossibilidade demonstrada por decisão judicial fundamentada”. E o art. 1º,

⁸GONÇALVES, Carlos Roberto, **Manual de Direito de Família**, Volume, VIII, Editora das Letras, São Paulo, 2016, p.568.

parágrafo 2º deixa claro que somente em caso de absoluta impossibilidade serão colocadas em famílias substitutas, sob as formas de adoção, tutela ou guarda.

No sistema da Lei n.12010/2009 que dispõe sobre adoção e alterou o Estatuto da Criança e do adolescente, o instituto da adoção compreende tanto a de crianças e adolescentes como a de maiores, exigindo procedimento judicial em ambos os casos (ECA, art.47; CC/2002, art.1619 com redação dada pela Lei n.12010/2009). A competência é exclusiva das Varas de Infância e Juventude quando o adotante for menor de 18 anos e das Varas de família quando o adotante for maior. O art. 1.618 do Código Civil com redação dada pela Lei n.12010/2009 dispõe que a “adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei n.8069/90- Estatuto da Criança e do adolescente. O mencionado Estatuto estabelece procedimento comum para todas formas de colocação familiar (guarda, tutela e adoção).

Com a adoção o filho adotivo é equiparado ao consanguíneo sob todos os aspectos ficando sujeito ao poder familiar transferido do pai natural para o adotante com todos os direitos e deveres que lhe são inerentes especificados no art.1634 do Código Civil, inclusive administração e usufruto de bens (art.1689). Com a adoção extingue o poder familiar dos pais biológicos (art.1635,IV) e atribui a situação de filho adotado “desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais” (ECA, art.41, caput), deverá o menor ser colocado sob tutela em caso de morte do adotante, uma vez que o aludido pode não se restaura.

A adoção pode ser judicialmente declarada nula, desde que ofendidas as prescrições legais(CC,art.166,V e VI). Todavia, a natureza benéfica do instituto afasta o extremado rigor no exame das formalidades legais.

A adoção pode ser declarada nula se:1. O adotante não tiver mais de 18 anos (ECA, art.42); 2. O adotante não for pelo menos dezesseis anos mais velho que o adotado (art.42, parágrafo 3º); 3. Duas pessoas sem serem marido e mulher ou conviventes, adotarem a mesma pessoa (art.42, parágrafo 2º); 4.O tutor ou curador não tiver prestado contas (art.44); 5. Houver vício resultante de simulação ou de fraude a lei (arts.167 e 166,VI).

Por outro lado, a anulabilidade, pode resultar de: 1. Falta de assistência do pai, tutor ou curador, ao consentimento do adotado relativamente incapaz (CC,art.171,I); 2. Vício de consentimento do adotante, do adotado e do representante legal deste, proveniente de erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo (art.171,II).

A adoção gera um parentesco entre adotante e adotado, chamado de civil, mas em tudo equiparado ao consanguíneo (CF/88, art.227, parágrafo 6º).

O art. 41, caput do Estatuto da Criança e do Adolescente preconiza que “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”⁹, ou seja, o referido artigo promove a integração completa do adotado na família do adotante.

A adoção no sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente, produz seus efeitos “a partir do trânsito em julgado da sentença” que a deferiu, exceto no caso da adoção post mortem”, “caso que terá força retroativa à data do óbito” (ECA, art.47, parágrafo 7º).

Em termos de irrevogabilidade a adoção, segundo o art.39, parágrafo 1º da Lei Nacional de Adoção “é medida excepcional e irrevogável a qual deve –se recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança da família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art.25 desta Lei”.¹⁰

Em termos de família extensa, Gonçalves conceitua família extensa ou ampliada:

”A partir da definição do art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.”¹¹

Com isso, os mecanismos de prevenção do afastamento do menor do convívio familiar, somente se permitindo a adoção depois de esgotadas todas as possibilidades, inclusive a convivência com parentes próximos.

Requisitos para adoção

⁹BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acessado em: 12/11/2017.

¹⁰BRASIL. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm> acesso em: 14 de novembro de 2017.

¹¹GONÇALVES, Carlos Roberto. **Manual de Direito de Família**, Volume, VIII, Editora das Letras, São Paulo, 2016, p.569.

De acordo com art. 227, parágrafo 5º da Constituição Federal podem ser adotadas tanto menores quanto maiores, estando sujeitas a decisão judicial, lembrando que a adoção será sempre assistida pelo Poder Público. Podem ser adotadas, portanto todas as pessoas cuja diferença mínima de idade com o adotante seja de dezesseis anos, uma vez que o art.42, parágrafo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente exige que o adotante seja” pelo menos dezesseis anos mais velho que o adotando”. Gonçalves aponta que:

“não importa se o adotado é filho havido do casamento dos pais ou não, tenha ou não pais conhecidos. A existência de filho adotivo não constitui impedimento a adoção de outra pessoa. Nenhuma justificação se exige do adotante para nova adoção. Outrossim, a superveniência de filhos não anula os efeitos da adoção realizada quando os conjugues ou companheiros não tinham filhos.”¹²

O parágrafo 4º do art.28 da Lei Nacional da Adoção,explicita a necessidade de manter unidos dos irmãos sujeitos a adoção, estatuidando:

“Os 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 fraternais”¹³

O Art.45, caput do Estatuto da Criança e do Adolescente exige o consentimento dos pais ou representante legal do adotando para a adoção. O parágrafo 1º, todavia, dispensa tal consentimento se os pais forem desconhecidos ou tiverem sido destituídos do poder familiar. Em relação ao pedido de adoção, a nova redação da Lei Nacional de Adoção prevê a atuação dos serviços encarregados de assessorar a Justiça da Infância e da Juventude, que passam a ter a atribuição de ouvir a criança e ao adolescente acerca do pedido de adoção.

O parágrafo 2º do art. 28 do ECA prevê que *“tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência.”*¹⁴

¹²GONÇALVES, Carlos Roberto. **Manual de Direito de Família**, Volume, VIII, Editora das Letras, São Paulo, 2016, p.576.

¹³BRASIL. **Lei nº 12.010**, de 3 de agosto de 2009. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm> acesso em: 14 de novembro de 2017.

¹⁴BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> acesso em: 14 de novembro de 2017.

Podemos definir o termo “colhido em audiência” uma inovação que obriga a realização de ato específico de oitiva do adotando pelo juiz, com a presença do representante do Ministério Público.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

“Como a adoção cria direitos e deveres recíprocos, inclusive a mudança de estado familiar do filho que lhe é estranha, só se sujeitará ele tais contingências se houver consentido, sendo menor, contar mais de doze anos e houver manifestado sua concordância em conjunto com os pais. Tendo sido admitida a anuência posterior, mediante aos inequívocos de pessoa maior.”¹⁵

No tocante aos menores não cabe suprimento judicial do consentimento, uma vez que o direito de consentir é personalíssimo e exclusivo. Quando os pais do adotando forem conhecidos e detiverem o poder familiar o consentimento de ambos será indispensável, pois o de um não supõe o do outro. A previsão é do Estatuto da Criança e do Adolescente, art.45, caput.

Segundo, Diniz:

“Dispõe o art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente que só a pessoa maior de 18 anos pode adotar, independentemente do estado civil complementando o parágrafo 2º que, tratando-se de adoção conjunta é necessário que sejam casados ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.”¹⁶

Assim, podemos entender que só há possibilidade de adoção por parte das pessoas que atingiram a maioridade, comprovando-se que a família é estável. Outra regra importante é que não basta que os adotantes possuam mais de 18 anos e sejam 16 anos mais velhos que o adotando, é necessário que os adotantes possuam idoneidade, responsabilidade para assumir tal ato, aptidão de ser pai e ambiente familiar adequado, sob pena de indeferimento do pedido de adoção, conforme a preconização do art. 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De acordo com o art.29 do ECA, *“não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.”*¹⁷

¹⁵GONÇALVES, Carlos Roberto. **Manual de Direito de Família**, Volume, VIII, Editora das Letras, São Paulo, 2016, p.577.

¹⁶DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito de Família**, 32º edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2015,p.487-493.

¹⁷BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> acesso em: 14 de novembro de 2017.

Com o objetivo de proteger os interesses do adotando é vedado ao tutor ou curador adotar pupilo e curatelado enquanto não prestar contas de sua administração e saldar o débito, porventura, existente (art. 44 do ECA).

O art. 42, parágrafos 2º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que “a adoção pode ser requerida pelo maior de 18 anos, independentemente do estado civil, formando uma família monoparental, ou por casal, desde que marido e mulher ou companheiro, comprovada a estabilidade da família; admite-se, entretanto, que os separados e os divorciados adotem, desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal, e acordem sobre a guarda unilateral ou compartilhada e o direito de visitas. A lei veda a adoção por duas pessoas se não forem casadas ou viverem em união estável”. (art. 42, parágrafos 2º e 4º do ECA).

Segundo, Diniz: *“não pode adotar o pai ou mãe que reconheceu o filho, posto que já detentor do poder familiar, importando em ato jurídico sem objeto”*¹⁸. O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe no art. 42, parágrafo 1º que não podem adotar os ascendentes e irmãos do adotando. A adoção pelo avô ou irmão importa em confusão no parentesco, pois, o filho passaria a ser irmão do pai ou da mãe, cunhado do outro genitor ou sobrinho dos pais.

O art. 41, parágrafo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente permite que um cônjuge ou companheiro adote o filho do outro, mantendo-se os vínculos de filiação entre adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes. A adoção se consuma mesmo se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, após a demonstração inequívoca de adoção (art.42, parágrafo 6º do ECA), denominada post mortem, dispendo o art.47, parágrafo 7º da Lei 8.069/90 que “a adoção produz seus efeitos a partir do Trânsito em julgado de sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no parágrafo 6º do art.42 desta Lei, caso em que terá força retroativa a data do óbito”. O art.199-A do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, entretanto, havendo conflito com a primeira parte do art.47, parágrafo 7º que a sentença que deferir a adoção produz efeito desde logo, embora sujeita á apelação que será recebida apenas no efeito devolutivo.

Para, Carvalho:

¹⁸DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito de Família**, 32º edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2015, p.488.

“Não há vedação a chamada adoção cumulativa sucessiva, quando uma pessoa adota um filho e, posteriormente em razão de casamento ou união estável o companheiro também o adota mantendo os vínculos de adoção anterior ocorrendo, portanto, duas adoções unilaterais, cada uma para um genitor.”¹⁹

Embora, a lei não permita a adoção por duas pessoas sem o vínculo do casamento ou união estável, há exceção, quando o menor esteja sob a guarda do casal ou tenha iniciado o estágio de convivência na constância da união, tendo surgido o vínculo afetivo de filiação. A lei exige que o casal acorde sobre a guarda exclusiva ou compartilhada e o regime de visitas.

Quanto a opção sexual pode a adoção ocorrer individualmente, pois, a preferência sexual é constitucionalmente garantida e não pode ser, sob qualquer hipótese, argumento para impedir a adoção, devendo o homoafetivo atender os requisitos do art.29 do Estatuto da Criança e do Adolescente como o heterossexual, ou seja, idoneidade, compartilhada para o exercício da paternidade e ambiente familiar adequado.

Nas palavras de Andrade:

“a posição predominante na adoção por casais do mesmo sexo é no sentido de que o Código Civil não prevê a adoção por casais homossexuais, porque a união estável é permitida entre homem e mulher (art.1723 do Código Civil e art.226, parágrafo 3º da Constituição da República).”²⁰

De acordo com os ensinamentos de Gonçalves:

“A lei 12.010/2009 manteve na nova redação do parágrafo 2º do art.42 do Estatuto da Criança e do Adolescente a restrição aos casais homoafetivos ao dispor que, “para adoção conjunta é indispensável que ao adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável.”²¹

Portanto, doutrina e jurisprudência ainda debatem a respeito do assunto mencionado anteriormente, embora os tribunais estejam se posicionando a favor da adoção por casais homoafetivo, conforme uma decisão do juiz da 2º Vara da Infância do Recife Élio Braz, após parecer favorável do Ministério Público de Pernambuco

¹⁹CARVALHO, Dimas Messias. **Direito de Família**. Volume VII, Editora das Letras, São Paulo, 2016, p.686.

²⁰ANDRADE, Rosa Maria Nery. **Manual de Direito de Família**. Editora Saraiva, São Paulo, 2005, p.114.

²¹GONÇALVES, Carlos Roberto. **Manual de Direito de Família**, Volume, VIII, Editora das Letras, São Paulo, 2016, p.335.

deferiu a adoção de duas irmãs de três e cinco anos, a dois companheiros em Natal/RN. O Juiz fundamentou *que “a legislação brasileira não proíbe a adoção por casais homossexuais e a existência de lacuna na legislação não impede o direito.”*²²

As decisões sobre adoção por casais do mesmo sexo, como acima mencionada tem como embasamento o vínculo afetivo entre o adotando e a nova família. Por fim, não pode ser adotado o nascituro restando suprimida no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil a faculdade permitida no Código Civil de 1916 (art. 372).

Os ensinamentos de Dias mostram que *“a Convenção de Haia exige o consentimento da mãe, após o nascimento do filho para a adoção internacional, restando o contra-sensos, sob o ponto de vista humano e jurídico adotar uma criança que ainda não nasceu.”*²³

Não há como adotar o nascituro, dependendo de um futuro incerto que é o nascimento com vida de a mãe mudar sua vontade ao ver e amamentar o filho, tanto que o art.166, parágrafo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente introduzido pela Lei 12.010/2009, dispõe expressamente que “o consentimento somente terá valor se for dado após o nascimento da criança”.

Quanto ao retorno a família biológica, o adotando pode recorrer a esta prática ao romper com os laços afetivos, necessitando de uma solução jurídica para adequar-se á situação de fato, ou seja, a jurisprudência prefere invalidar a adoção e assim possivelmente baseado em princípios (como do melhor interesse do adotando), podem ser aplicados para autorizar a readoção pelos pais biológicos.

1.3 - O cadastro nacional de adotantes.

A partir da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi implementado em caráter local ou regional, sistemas de informações que reúnem de um lado pretendentes a adoção e de outro, crianças e adolescentes em condições de serem

²²BRAZ, Élio. Casal homossexual consegue adoção inédita. Portal uai. Disponível em: <www.uai.com.br>. Acesso em :17/10/2017.

²³DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família de acordo com o novo CPC**. Editora das Letras, São Paulo, 2015, p.441.

adotadas. O Conselho Nacional de Justiça diante da missão conferida pelo art.103-“B” da Constituição Federal de 1988 desenvolveu o Cadastro Nacional de Adoção, banco de dados único e nacional composto de informações sobre crianças e adolescentes aptos a serem adotados e pretendentes a adoção.

O Cadastro Nacional de Adoção é uma ferramenta precisa e segura para auxiliar os juízes na condução dos procedimentos de adoção e atende aos anseios da sociedade no sentido de desburocratizar o processo, visto que: a - Uniformizar todos os bancos de dados sobre crianças e adolescentes aptos a adoção e pretendentes existentes no Brasil; b - Racionalizar os procedimentos de habilitação, pois, o pretendente estará apto a adotar em qualquer comarca ou Estado da Federação com uma única instância feita na comarca de sua residência; c - Respeita o disposto no art.31 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois, amplia as possibilidades de consulta aos pretendentes brasileiros cadastrados, garantindo que apenas quando esgotados as chances de adoção nacional possam as crianças e adolescentes ser encaminhadas para a adoção internacional; d - Possibilita o controle adequado pelas respectivas corregedorias de justiça; e - Orienta o planejamento e formulação de políticas públicas voltadas para a população de crianças e adolescentes que esperam pela possibilidade de convivência familiar. (Dias, 2015, p.499).

O Conselho Nacional de Adoção é um sistema de informações hospedado nos servidores do Conselho Nacional de Justiça que consolida os dados de todas as Varas da Infância e da Juventude referente a crianças e adolescentes em condições de serem adotadas e pretendentes habilitadas a adoção. Os pretendentes que se habilitaram a partir da data de implementação do Cadastro Nacional de Adoção somente poderão ser inseridas pela Comarca de seu domicilio nos moldes do art.50 da Lei Federal.8.069/90.(Dias,2015, p.500)

O Cadastro Nacional de Adoção estabelece originalmente como critério de preferência a data de sentença de habilitação. Contudo, fica assegurada ao Juiz a liberdade para, dentre os habilitados, escolher aquele que, na sua concepção, for o mais indicado para o caso concreto. O acesso aos dados contidos no Cadastro Nacional de Adoção será permitido apenas aos órgãos autorizados, sendo que os Tribunais de Justiça podem manter sistemas locais de controle de adoção desde que assegurados a migração das informações para a base de dados do Cadastro Nacional de Adoção. É de responsabilidade dos juízes das Varas da Infância e da Juventude a isenção de dados referentes aos seus processos de sua comarca do

Cadastro Nacional de Adoção até o quinto dia do mês subsequente ao do cadastramento. (Dias, 2015, p.500).

O Juiz que não possui acesso a internet preencherá formulário impresso, remetendo a Corregedoria Geral de Justiça até o quinto dia útil do mês subsequente ao cadastramento. As inscrições de pretendentes a adoção deverão ser feitas na comarca de seu domicílio. O sistema não permitirá a duplicidade de inscrições, identificando a sua ocorrência por meio de Cadastro de Pessoas Físicas do pretendente. Porém, durante o período de transição as inscrições múltiplas serão aceitas antes da publicação da Resolução do Conselho Nacional de Justiça que cria o Conselho Nacional de Adoção. (Dias, 2015, p.501)

As inscrições serão válidas por cinco anos, prazo que poderá ser reduzido a critério de juízo de habilitação, caso estenda pela necessidade de reavaliação do pretendente. Vencido o prazo de inscrição sem que tenha sido finalizado o processo de adoção o sistema alertará o juízo de habilitação que notificará o pretendente para providenciar, caso tenha interesse, a renovação do seu pedido.

A baixa de inscrição de pretendente a adoção ocorrerá por motivo de óbito, pedido formal de desistência, adoção, situações que o qualifique como inapto, após cinco anos da datam de inscrição, caso não tenha sido renovado o pedido.

A baixa de inscrição no cadastro das crianças e adolescentes poderá ocorrer por motivos de adoção, Implemento dos dezoito anos de idade, óbito.

No caso de adoção ou de criança colocada em situação de “sob consulta”, haverá um link na página de detalhamento da criança o qual dará acesso a todos os dados do adotante.

São usuários autorizados do Cadastro Nacional de Adoção: a) Juízes de Direito das Varas da Infância e da Juventude; b) Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção e Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional; c) Secretaria Especial de Direitos Humanos; d) Auxiliares do Juiz: serventuários e técnicos da Justiça da Infância e da Juventude; e) Outros que venham a ser autorizados.

Os juízes terão o prazo de cento e oitenta dias a contar da publicação da resolução do Conselho Nacional de Justiça que implementam o Cadastro Nacional de Adoção para ultimar a inserção no sistema de todas as informações referentes aos processos de adoção constante em sua Vara Os responsáveis pelos registros devem estar cientes de que o controle de acesso ao Cadastro Nacional de Adoção identifica o autor das informações fornecidas ou de alterações realizadas. A senha

de acesso é pessoal, intransferível e sigilosa, respondendo o usuário por eventual utilização indevida.

O usuário tem o dever de zelar pelo sigilo dos dados referentes aos pretendentes habilitados e às crianças e adolescentes inseridas no Cadastro Nacional de Adoção. As consultas ao Cadastro não poderão ser efetuadas para fins particulares. O afastamento do usuário por período superior a sessenta dias deverá ser comunicado a Corregedoria Geral da Justiça, que decidirá pela suspensão ou cancelamento da senha de acesso.

O Cadastro Nacional de Adoção é acessado no sítio do Conselho Nacional de Justiça, caso o ícone do Cadastro não apareça na página do CNJ poderá ser acessado digitando-se o endereço: [hpt//www.cnj.gov.br/](http://www.cnj.gov.br/) na barra de endereços.

CAPÍTULO 2 – DO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1- Princípio da afetividade como dignidade da pessoa humana no Direito de Família.

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado o maior, o mais universal de todos. Sarmiento diz que:

“O princípio da dignidade humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda amenidade. de relações privadas que desenvolvem no seio da sociedade”.²⁴

O princípio da dignidade humana não representa apenas um limite a atuação do Estado, mas constitui também um norte para sua ação positiva. O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade da pessoa humana, mas também deve promover essa dignidade através de suas condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.

Berenice Dias afirma que o princípio da dignidade humana no direito de família:

“É um princípio fundaste do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional”.²⁵

O princípio da dignidade humana pode ser entendido em nossa visão como uma manifestação prioritária de valores constitucionais que levam em conta os sentimentos no tocante a esfera da interpretação da afetividade.

O direito de família está ligado aos direitos humanos porque nas palavras de Barros “*o direito de família está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que tem*

²⁴SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal**. 3ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p.60.

²⁵DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família de acordo com o novo CPC**. Editora das Letras, São Paulo, 2015, p.48.

*por base o princípio da dignidade humana, versão axiológica da natureza humana*²⁶. Ou seja, tal princípio tem como fundamento dar tratamento igual a todas entidades familiares não podendo uma forma de filiação ou constituição de família ter um tratamento diferenciado das demais quando a aplicação do direito de família, sobretudo no nosso objeto de estudo que é a adoção.

O art.226, parágrafo 7º da Carta Magna, faz menção expressão princípio da dignidade da pessoa humana, especificamente no direito de família. Assim tipificado:

“Art.226- A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”²⁷

O princípio estudado nesse tópico é garantido pela Constituição Federal incentivando a convivência familiar e garantida ao casal tomar decisões próprias, sendo que o Estado tem competência apenas para propiciar recursos educacionais para que o direito seja exercido. Sendo que o artigo referido acima, através do parágrafo mencionado veda que o Estado interfira na vida particular do casal coercitivamente.

Nas palavras de Dias:

“A liberdade geral de ação implica um direito e em uma permissão prima face. Cada um tem o direito a que o Estado não impeça suas ações ou omissões, bem como permita fazer ou não fazer o que quiser, qualquer restrição a essa liberdade deve estar assentada em lei que, para isto, deve apresentar razões relevantes e constitucionalmente válidas, assentadas, em geral no direito de terceiros ou no interesse coletivo.”²⁸

Assim, o ser humano pode realizar suas próprias escolhas, cabendo ao Estado não interferir de forma coercitiva no convívio familiar do casal ou da família.

A afetividade é um princípio segundo Carvalho que:

“Novos princípios tem ganhado espaço paulatinamente durante todo século XX, a Constituição da República de 1988 é o marco dessas transformações,

²⁶BARROS, Wasghinton Monteiro. **Curso de Direito Civil**,19º Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2003, p.148.

²⁷BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 04/11/2017.

²⁸DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família de acordo com o novo CPC**. Editora das Letras, São Paulo, 2015, p.55.

por ter consagrado a igualdade dos conjugues e a dos filhos, a primazia dos interesses da criança e do adolescente, além de ter reconhecido, expressamente, formas de famílias não fundadas no casamento, às quais estendeu a proteção do Estado.”²⁹

Pessanha diz em relação ao princípio da afetividade que *“a família foi evoluindo e modificando seus paradigmas, transformando-se em medidas que acentuam as relações ligadas aos sentimentos de afeto, felicidade e amor familiar, valorizando as relações ancoradas no afeto.”*³⁰

Ainda de acordo com Pessanha o afeto é:

“sentimento de afeição ou inclinação para alguém, amizade, paixão ou simpatia, portanto é o elemento essencial para a constituição de uma família nos tempos modernos, pois, somente com laços de afeto consegue-se manter a estabilidade de uma família que é independente e igualitária com as pessoas, uma vez que não há mais a necessidade de dependência econômica de uma só pessoa”.³¹

Cunha descreve que *“a família hoje não tem mais seus alicerces na dependência econômica, mas muito mais na cumplicidade e na solidariedade mútua e no afeto existente entre seus membros”*³².

Vecchiati dispõe que:

“a evolução social quanto á compreensão da família elevou o afeto á condição da família elevou o afeto á condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana no que tange ás relações familiares, familiares, visto que estas, para garantirem o direito a felicidade e uma vida digna (inerente à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto e não por meras formalidades como a do casamento civil. Assim, o princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana e, ainda da própria união estável, que tem nele o principal elemento para o reconhecimento do status jurídico- familiar de uniões não-matrimonializadas”³³

²⁹CARVALHO, Dimas Messias. **Direito de Família**. Volume III, Editora das Letras, São Paulo, 2009, p.01.

³⁰PESSANHA, FRAGA, JAQUELINE, **“A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar”**. Disponível em: <www.idfam.org.br/img/artigos/Afetividade%2009-12-2011.pdf>. Publicado em 19/12/2011. Acessado em 14/11/2017 a 13:00, p.02

³¹PESSANHA, FRAGA, JAQUELINE, **“A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar”**. Disponível em: <www.idfam.org.br/img/artigos/Afetividade%2009-12-2011.pdf>. Acessado em: 14/11/2017 a 13:00, p.05

³²CUNHA, Rodrigo Pereira. **Princípios de Direito de Família**. 2º Edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p.193.

³³VECCHIATI, Paulo. **Direito de Família**. 2º edição, Editora das Letras, São Paulo, 2008, p.221.

Entendemos que o afeto é essencial para a justificação do conceito de família, pois, além de unir os entes familiares é essencial para a garantia da formação de famílias na atualidade, um exemplo é a união estável. Segundo Pessanha “*o amor que é a forma de demonstrar o afeto torna-se de grande relevância jurídica com o intuito de um verdadeiro laço afetivo, como forma de afetividade vem gerando entidades familiares que devem ser protegidas pelo Estado*”³⁴.

Nesse sentido Vecchiati sustenta que:

“A Constituição Brasileira consagra o princípio de que o amor familiar representa o elemento formador da família contemporânea, visto que se não é alguma formalidade que gera a entidade familiar juridicamente protegida, então só pode ser o sentimento de amor, aliada a comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, o que forma a entidade familiar protegida pela Constituição Federal”.³⁵

Para Pessanha:

“a afetividade deve ser considerada como princípio constitucional implícito, ao aproximar pessoas, dando origem aos relacionamentos que geram relações jurídicas, formando o “status familiar”, que contribui para a felicidade individual e /ou coletiva.”³⁶

Assim, tal princípio é fundamental para o norteamento do conceito de família em nossa atualidade e conseqüentemente acarreta relações jurídicas que ajudam as famílias em seus direitos e obrigações de forma individual ou não.

2.2- Direito à convivência familiar.

O direito à convivência familiar é reconhecido constitucionalmente (art.227) e assegurado no plano infraconstitucional, pelo art.19 do Estatuto da Criança e do Adolescente. No plano constitucional o art.227, caput garante a criança, ao

³⁴PESSANHA, FRAGA, JAQUELINE, “**A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**”.Disponível em:<www.idfam.org.br/img/artigos/Afetividade%2009-11-12-2011.pdf p.02.>Publicado em 19/12/2011. Acessado em: 14/11/2017.a 13:00. p.02

³⁵VECCHIATI, Paulo.**Direito de Família**. 2º edição, Editora das Letras, São Paulo, 2008, p.215.

³⁶PESSANHA, FRAGA, JAQUELINE, “**A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**”.Disponível em: <www.idfam.org.br/img/artigos/Afetividade%2009-11-12-2011.pdf p.05.>Publicado em 19/12/2011. Acessado em: 14/11/2017. A 13:00,p.05

adolescente e ao jovem pelo Estado, sobretudo pelo dever familiar garantir direitos, como por exemplo: saúde, dignidade, ao respeito, à liberdade e sobretudo, a convivência familiar que é o nosso objeto de estudo no tocante a adoção.

No tocante ao art. 19 do ECA - Estatuto da Criança e do adolescente - já mencionado anteriormente em nosso estudo há garantia ao menor o direito a convivência familiar (caput) e no parágrafo 1º a criança e ao adolescente que tiver em acolhimento familiar terá sua avaliação periódica de seis em seis meses, e não deve sua permanência na instituição passar de dois anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, desde que tenha fundamento de autoridade judicial.

De sorte, no tocante a adoção o art.19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, garante a preferência de reintegração do menor a sua família natural, em relação a qualquer outro programa de reintegração, se não for possível deve-se observar os requisitos de tais iniciativas. Em relação ao plano constitucional, o art.227 da Constituição Federal estabelece em termos da adoção em seus parágrafos 5º e 6º “que adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei e que 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”.

Assim, o menor tem o direito de ser criado pela sua própria família, como regra geral, e excepcionalmente, por família substituta. Por conta disso, inclusive a criança ou o adolescente que estiver, por qualquer motivo retirado do convívio da família, em razão de programa de acolhimento familiar ou institucional deverá ter sua situação reavaliada, no máximo a cada seis meses, cabendo ao juiz decidir pela sua reintegração familiar, ou colocação em família substitua. Essa decisão deve ser fundamentada com base nos laudos e relatórios de uma equipe multidisciplinar.

Segundo Sales, *“todos os filhos devem ser tratados de forma igual, sendo havidos no casamento ou fora dele ou adotados. A igualdade, aqui, é um princípio da proteção da criança e do adolescente.”*³⁷

³⁷SALES, Fernando Augusto. **ECA- Aspectos civis. Da família e do direito á convivência familiar da criança e do adolescente.** Publicado em 20/10/2013. Disponível em: <www.Jus.com.br/jus.com.br/artigos/25506/eca-aspectos-civis> Acessado em 24/11/2017 às 13:00.p. 01

O art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece o tratamento igualitário entre filhos de famílias naturais e filhos havidos da adoção ou fora do casamento, o objetivo na nossa visão é evitar um tratamento injusto do que ocorria na época do ordenamento jurídico anterior do atual que tratava inclusive os filhos adotados como bastardos e estes ficavam fora de uma eventual sucessão. Nesse sentido Stolze afirma que *“ser filho de alguém independe de vínculo conjugal válido, união estável, concubinato ou mesmo relacionamento amoroso adúltero, devendo todos os filhos ser tratados da mesma forma”*³⁸.

A posição do autor vai ao encontro do princípio da igualdade que é positivado na Constituição Federal, tal princípio traz a isonomia como garantia fundamental (art.5º caput) e a dignidade da pessoa humana como fundamento (art. 1º, III), sequer seria necessário proclamar essa igualdade. Mas, o fato de estar expresso na lei exerce um fator psicológico que o torna evidente.

O art. 1596 do Código Civil de 2002 preconiza algo semelhante ao propor que *“os filhos, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação.”*³⁹

Para Sales, *“uma vez que não se pode fazer distinção entre filhos havidos no casamento ou fora dele, como determina o artigo acima, veremos que os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais.”*⁴⁰

O reconhecimento de filiação é um ato declaratório porque apenas declara o fato. Não é constitutivo, pois não cria a paternidade, que é preexistente. Por ser ato declaratório, o reconhecimento gera efeitos jurídicos, que retroagem ao nascimento do filho. Na forma que dispõe o art.26 do Estatuto da Criança e do Adolescente esse reconhecimento pode ser feito conjunta ou separadamente, no próprio termo de

³⁸. STOLZE, Gagliano, Pablo, Novo Curso de Direito Civil, Volume 15, Editora das Letras, São Paulo, 2012, p.50

³⁹BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acessado em 16/11/2017.

⁴⁰SALES, Fernando Augusto. **ECA- Aspectos Civis. Da família e do direito à convivência familiar da criança e do adolescente**. Publicado em 20/10/2003. Disponível em: <www.Jus.com.br/jus.com.br/artigos/25506/eca-aspectos-civis>Acessado em: 24/11/2017 às 13:00. p.02

nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem de filiação.

Observa Sales:

“O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça. Não sendo voluntário o ato de reconhecimento de filiação poderá ser através de sentença judicial em ação de investigação de paternidade o de maternidade, promovida pelo filho contra os supostos genitores.”⁴¹

Conclui-se que toda pessoa tem direito ao reconhecimento do estado de sua filiação, por ato voluntário familiar, ou através de sentença judicial.

2.3- Processo de destituição do poder familiar.

A expressão “poder familiar” adotada pelo Código Civil corresponde ao antigo pátrio poder, termo que remonta ao direito romano: “*pater potestas*”⁴² direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre pessoas dos filhos.

A expressão poder familiar, surgiu como observa Berenice Dias “*como se trata de um termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, o movimento feminista reagiu e o tratamento legal isonômico dos filhos impuseram a mudança. Daí; poder familiar.*”⁴³

⁴¹SALES, Fernando Augusto. **ECA- Aspectos civis. Da família e do direito á convivência familiar da criança e do adolescente.** Disponível em: <www.Jus.com.br/jus.com.br/artigos/25506/eca-aspectos-civis> Acessado em 24/11/2017 a 13:00. p.04

⁴²“*Pater potestas*”: Instituto que significava um direito absoluto do pai sobre os filhos, sobre a esposa, sobre os escravos e sobre as pessoas livres que passaram de um pater famílias a outro pela venda.

⁴³DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família de acordo com o novo CPC.** Editora das Letras, São Paulo, 2015, p. 456.

A Constituição Federal (art.5º, I) concedeu tratamento isonômico ao homem e a mulher, inclusive em relação ao desempenho do poder familiar com relação aos filhos comuns (CF/ art.226, parágrafo 5º). Observa, Berenice Dias:

“O Estatuto da Criança e do Adolescente, acompanhando a evolução das relações familiares, mudou substancialmente o instituto. Deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais com os filhos do que de direitos em relação a eles.”⁴⁴

Lôbo, destaca a consagração do princípio da proteção integral de crianças e adolescentes, “o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, de quem deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade”⁴⁵. Ou seja, a doutrina vem utilizando o termo autoridade parental a partir da consagração constitucional do princípio da proteção integral de crianças, adolescentes e jovens, (CF/ art.227), que melhora o entendimento da mudança que passou tal princípio desde de o advento constitucional deste.

Comel faz uma crítica a expressão que o Código Civil adota ao poder familiar “*não disciplina as questões do poder familiar nos novos modelos de família e mantém o antiquado instituto que concede aos pais o usufruto dos bens dos filhos*”⁴⁶. No nosso entendimento não há uma definição sobre o termo que condiz melhor sobre o poder familiar, visto que há um intenso debate sobre o termo entre doutrina e jurisprudência ao que couber na sua melhor aplicação.

Conforme observa Pereira: “a idéia é de que a potestas deixou de ser uma prerrogativa do pai para se firmar como a fixação jurídica do interesse dos filhos”⁴⁷. Ou seja, o Estado pode subsidiariamente intervir no problema, não sendo mais a autonomia da família algo absoluto.

⁴⁴DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família de acordo com o novo CPC**. Editora das Letras, São Paulo, 2015, p. 457.

⁴⁵LÔBO, Paulo, Manual de Direito de Família, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p.211

⁴⁶COMEL, Denise, Curso de Direito de Família, Editora das Letras, São Paulo, 2015, p.315

⁴⁷. PEREIRA, Caio Mário, Curso de Direito Civil, Volume,40, Editora das Letras, São Paulo 2013, p.222

O poder familiar é irrenunciável, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Segundo Lôbo *“nula é a renúncia ao poder familiar, sendo possível somente delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente a um membro da família”*⁴⁸. Além disso, é crime entregar filho a pessoa inidônea CP, art.245).

Todos os filhos de zero a dezoito anos, estão sujeitos ao poder familiar que é exercido pelos pais. Falecidos ou desconhecidos ambos os genitores, na contramão de tudo que vem sido construído pela doutrina da proteção integral, os filhos ficam sob tutela (CC/ art.17821). Dias observa que *“é um instituto arcaico com forte dose de inconstitucionalidade por afrontar a especial proteção que o Estado assegura, com absoluta prioridade, a criança e adolescentes.”*⁴⁹O filho maior, mas incapaz, está sujeito à curatela, podendo o pai ou a mãe serem nomeados curadores (CC.11775, parágrafo 1º). Pode ser estabelecida curatela compartilhada a mais de uma pessoa(CC.1.775- “A”).

Portanto, a autora no que cerne da questão aponta que a proteção que pode ser concedida pelo Estado a criança e ao adolescente é afrontada pela legislação que não deveria ignorar a proteção que este concede aos filhos fora do casamento e aos incapazes. Na esfera desse assunto Rodrigues considera que *“o poder familiar é sempre compartilhado entre os genitores. No entanto, descuidou-se o legislador desses deveres em face do filho havidos fora do casamento”*⁵⁰.

O art. 1611 do Código Civil, condiciona a guarda do filho a concordância do conjugue do genitor (CC, art.1611). Berenice Diasfaz a seguinte observação:

“Com o único propósito de preservar a unidade familiar daquele que reconheceu um filho extramatrimonial, olvida-se a lei que deve obediência á Constituição, a qual consagra o princípio da prevalência do interesse de

⁴⁸, LÔBO, Paulo, Manual de Direito de Família, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p.211

⁴⁹DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família de acordo com o novo CPC**. Editora das Letras, São Paulo, 2015, p. 458.

⁵⁰RODRIGUES, Silvio. **Manual de Direito de Família**. Editora Saraiva, 2º ed., São Paulo,2002, p.359.

crianças e adolescentes. Assim, a regra é de se ter simplesmente por não escrita, possua flagrante inconstitucionalidade.”⁵¹

Ainda sobre a questão Lôbo afirma: *“a lei silenciou quanto às demais entidades familiares por elas tuteladas explícita ou implicitamente.”*⁵² Ao nosso entender sobre o assunto citado entidades familiares como as monoparentais, homoparentais ou multiparentais entidades familiares que constituídas com filhos sujeitos ao poder familiar, necessitam de atenção do legislador.

Em relação ao poder familiar exercido por pais separados é igualmente essa função ser isonômica entre homem e mulher (CF/ art.226, parágrafo 5º), sendo que a autoridade parental cabe a ambos os genitores. O art.1631 do Código Civil, prevê a titularidade como o exercício do poder familiar se divide igualmente entre os pais,durante o casamento (CC, art.1566, IV) e na vigência da união estável (CC, art.1724) ambos são detentores do poder familiar. Rompido o vínculo de convívio, o poder familiar segue exercido pelos dois. Todas as prerrogativas decorrentes do poder familiar persistem mesmo quando do divórcio (CC, art.1579) ou da dissolução da união estável dos genitores. Em caso de divergência, qualquer um dos pais pode socorrer-se da autoridade judiciária (CC, art.1.631, parágrafo único).

O art. 1.632 do Código Civil prevê: “solvido o relacionamento dos pais, nada interfere no poder familiar com relação aos filhos”. A Lei 13.058/2014, determina que os filhos permaneçam sob a guarda compartilhada dos genitores, ainda que não haja acordo entre ambos, sendo o tempo de convívio, conforme estipula a referida lei deve ser dividido de forma equilibrada. Ainda assim persiste o dever de ambos de promoverem o sustento da prole.O Enunciado 607 do CJF determina que *“no sustento da prole, deve prevalecer o genitor que possuir melhor condição econômica de prestar alimentos aos filhos”*⁵³.

O art. 1.584,parágrafo 2º do Código Civil prevê o deferimento da guarda unilateral quando outro expressamente manifesta o desejo de não exercer a guarda,

⁵¹DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família de acordo com o novo CPC**. Editora das Letras, São Paulo, 2015, p. 459.

⁵²LÔBO, Paulo, **Manual de Direito de Família**, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p.184

⁵³ENUNCIADO 607 DO CJF: A guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia.

mantendo este o direito de convivência, conforme preconiza o art. 1632 do Código Civil. Um detalhe interessante é que o exercício exclusivo da guarda não retira, nem limita o poder familiar do genitor não guardião e sim, somente na falta ou impedimento de um dos pais, e que o outro exerce o poder familiar com exclusividade, em conformidade ao art.1631 do Código Civil.

Tanto a suspensão, quanto a destituição do poder familiar dependem de procedimento judicial. Tais ações podem ser propostas por um dos genitores frente ao outro. Também tem legitimidade o Ministério Público (ECA, art.201, III) que pode dirigir a ação contra ambos ou contra somente um dos pais. No entendimento da Súmula 22 do TJRS, não é necessária a nomeação de curador especial nesse tipo de ação. Cabe lembrar que uma das atribuições do Conselho Tutelar é representar ao Ministério Público para o efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar (ECA, art.36, XI). Mas tal prerrogativa não confere legitimidade ao Conselho Tutelar para propor a ação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê em seu art.155, o reconhecimento a legitimidade de qualquer parente para propor ação. Mas é indispensável a citação dos pais, que precisam figurar na ação como litisconsortes necessários.A competência para julgar tais ações são das varas de família. No entanto, havendo situação de risco, o art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente em um estado de insegurança, (não estando o menor seguro, mesmo em companhia dos seus tios, pais, avós, etc), a ação deve ser proposta nas varas da infância e juventude (ECA, art.148, parágrafo único). O art. 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente diz que a depender do grau de prejuízo a que está submetida a criança é possível a suspensão liminar ou incidental do poder familiar. O art.303 do Código de Processo Civil de 2015 preconiza o pedido de tutela de urgência pode ser formulado no caso, em procedimento autônomo, ou como tutela cautelar em caráter antecedente, no âmbito da ação de destituição do poder familiar (CPC/2015, art.305), com o intuito de imediata colocação em família substituta, conforme preconiza o art.166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, os ditos prioritários para a adoção do menor.

O réu deve ser citado pessoalmente. Quando estiver privado de liberdade o oficial de justiça tem o dever de questioná-lo se deseja nomeação de um defensor (ECA. Art. 159, parágrafo único). O Código de Processo Civil de 2015 prevê, que

enquanto não tiver advogado constituído, o juiz nomeia o defensor público como curador especial (CPC/2015, art.72, II).

Mesmo não contestada a ação, deve o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinar a realização de estudo psicossocial e a ouvida de testemunhas (ECA, art.161, parágrafo 1º). Quando se tratar de alteração da guarda é indispensável a ouvida dos pais (ECA, art.161, parágrafo 4º), bem como da criança ou do adolescente (ECA, art.161, parágrafo 3º).

O prazo máximo para a conclusão do processo, segundo o art. 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente é de cento e vinte e dias. Provimento do CNJ determina a investigação disciplinar do magistrado que tiver, sob sua condução, ação de destituição do poder familiar há mais de doze meses. Em sede recursal o prazo de tramitação não pode exceder seis meses. (CNJ, Provimento 36/14).

A sentença que destituir um ou ambos os pais do poder familiar fica sujeita a apelação a ser recebida só no efeito devolutivo (ECA, art.199- “B”). Deve ser cumprida de imediato, ou seja, imediatamente deve o menor ser entregue á guarda da família substituta apta a adotá-la. De todo descabido aguardar o trânsito e, julgado da sentença para inscrever seu nome no cadastro da adoção. O prazo de apelação é de dez dias, sendo o sistema recursal é do Código de Processo Civil de 2015, este também é o prazo para o Ministério Público e para a defesa, salvo nos embargos de declaração (ECA, art.198, II). O Estatuto da Criança e do Adolescente, sobrevivendo pelo art.198,I diz que os recursos independem de preparo.

Na hipótese de revelia o recurso não deve sequer ser recebido por faltar interesse recursal. Desaparecido os pais, não ocorrendo a destituição do poder familiar, o filho Não pode ser adotado e permanecerá depositado em alguma instituição aguardando completar a maioridade.O recurso deve ser processado com prioridade absoluta e o julgamento não há sujeito a revisão e nem há necessidade de ser pautado (ECA, art.199, “C”). O art.199, alínea “d” do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê o prazo para o julgamento de no máximo sessenta dias. A sentença é averbada a margem do registro de nascimento (ECA, art.163, parágrafo único).

Vem sido admitida pela jurisprudência a cumulação das ações de destituição do poder familiar e de adoção.

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILAR C/C ADOÇÃO - PROVAS CONCRETAS QUE APONTAM A INCAPACIDADE DA GENITORA EM CUMPRIR SEU PAPEL DE MÃE - DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CONFIRMADA - MENOR AMPARADA NO SEIO FAMILIAR DOS ADOTANTES/REQUERENTES, ONDE RECEBE ASSISTÊNCIA MATERIAL E AFETIVA - SENTENÇA CONFIRMADA.

- A perda ou a destituição do poder familiar é a sanção mais grave imposta aos pais, quando estes faltam com os deveres em relação aos filhos. Nesta linha de raciocínio, o Código Civil de 2002, prescreve em seu artigo 1.638 as hipóteses em que perderá o poder familiar o pai ou a mãe, ou, ambos, se comprovados a falta, omissão ou abuso em relação aos filhos. No caso dos autos, restou amplamente demonstrada a omissão da genitora da menor com relação à criação de sua filha, existindo provas suficientes que evidenciam, da forma mais clara possível, o abandono da menor pela genitora, que voluntariamente a entregou ao núcleo familiar dos requerentes.

- Com relação aos requerentes/apelados, o cenário é o mais favorável possível. A menor é assistida integralmente pelos adotantes. Recebe afeto, carinho e dedicação dos guardiões, e dos filhos biológicos do casal. Enfim, a criança desenvolveu vínculos de afetividade e de filiação em relação aos autores, tendo todas as suas necessidades atendidas nesse núcleo familiar. (TJMG - Apelação Cível 1.0701.13.003204-1/001, Relator(a): Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/07/2015, publicação da súmula em 05/08/2015).⁵⁴

Mesmo que não haja pedido expreso de destituição tal não enseja a extinção da ação de adoção, tendo-se o pedido como implícito, pois, segundo Berenice Dias:

“a destituição é um mero efeito de sentença concessiva da adoção. Durante a tramitação da demanda de destituição, as crianças e os adolescentes permanecem acolhidos em instituições ou são colocados em famílias substitutas. O Conselho Nacional de Justiça estabeleceu guia única de acolhimento familiar ou institucional e guia de desligamento, além de fixar regras para o armazenamento permanente dos dados disponíveis em procedimento de destituição ou suspensão do poder familiar.”⁵⁵

Segundo, Dias:

⁵⁴TJMG - Apelação Cível 1.0701.13.003204-1/001, Relator(a): Des.(a) DárcioLopardi Mendes , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/07/2015, publicação da súmula em 05/08/2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao>> Acesso em 05/11/2017.

⁵⁵DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família de acordo com o novo CPC**. Editora das Letras, São Paulo, 2015, p. 473.

“tais ações se arrastam, em face da demora no deslinde do processo, o menor deixa de ser menor, tornando-se “inadotável”, feia expressão que identifica que ninguém o quer. O interesse dos candidatos á adoção é sempre pelos pequenos, assim a omissão do Estado e a morosidade da Justiça transformaram as instituições em verdadeiros depósitos de enjeitados, único lar para milhares de jovens até completarem dezoito anos e depois são colocados na rua.”⁵⁶

O fato de eternizar-se a permanência da criança institucionalizada dá até ensejo apedido de indenização por dano moral contra o Estado em face da perda da chance de ser adotado.

O poder familiar é ínsito aos pais, por isso mesmo, ele é irrenunciável e inalienável, ou seja, por manifestação de vontade (do pai ou dos pais) não se pode dispor do poder familiar. A perda do poder familiar só se dará nos casos previstos em lei, e por decisão judicial, conforme dispõe o art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Os motivos para a perda do poder familiar estão previstos no art.1638 do Código Civil:

Art.1638. 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 á moral e aos bons costumes
- IV- Incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente⁵⁷

Somam-se a eles o descumprimento nos deveres inerentes ao poder familiar previsto no art.22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a saber, de sustento, guarda e educação. Vale salientar que a situação financeira dos pais, caracterizada pela falta ou carência de recursos materiais não é motivo para a perda do poder familiar. Segundo Sales, *“a perda do poder familiar será decretada por sentença judicial, através do devido processo legal assegurando o contraditório e a ampla defesa.”⁵⁸*

⁵⁶DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família de acordo com o novo CPC**. Editora das Letras, São Paulo, 2015, p. 474.

⁵⁷BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em 20/11/2017.

⁵⁸SALES, Fernando Augusto. **ECA- Aspectos Civis. Da família e do direito á convivência familiar da criança e do adolescente**. Publicado em 20/10/2013, disponível em: <www.Jus.com.br/jus.com.br/artigos/25506/eca-aspectos-civis> Acessado em 24/11/2017 a 13:00. p.04

Do poder familiar atribuído aos pais decorre deveres. Assim, na forma do disposto no art.22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Stolze define que: *“aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”*⁵⁹

Como dever atribuídos pelo poder familiar, Sales observa que:

“Como dever atribuídos pelo poder familiar, os pais devem cuidar de seus filhos menores dando-lhes sustento- material e espiritual- para que possam se desenvolver de uma maneira sadia e promover-lhes a educação e preparando-os para a vida, para que sejam adultos corretos e úteis á sociedade.”⁶⁰

O Código Civil, no art.1634, também, estabelece outros deveres dos pais em razão do poder familiar:

Art.1634. Compete aos pais, quanto á pessoa dos filhos menores:
 I- Dirigir-lhes a criação e educação
 II- Tê-los em sua companhia e guarda
 III- Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem
 IV- Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico
 V- Representá-los até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem parte, suprindo-lhes o consentimento
 VI- Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha
 VII- Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.⁶¹

Tendo em vista que o poder familiar não termina com a separação, o divórcio ou a dissolução da união estável (Código Civil, art.1632), os pais continuam responsáveis de maneira igual pelo sustento e educação mesmo após o desfazimento do laço matrimonial. O mesmo vale para qualquer dos pais que contrair novas núpcias ou união estável (Código Civil, art.1638).

Conclui-se que o poder familiar em relação ao adotado não se extingue pelo ordenamento da adoção com o fim da relação dos pais adotivos em relação ao

⁵⁹STOLZE, Pablo. **Novo curso de Direito Civil**, p.180.

⁶⁰SALES, Fernando Augusto. **ECA- Aspectos Cíveis. Da família e do direito á convivência familiar da criança e do adolescente**. Publicado em 20/10/2013, disponível em: <www.Jus.com.br/jus.com.br/artigos/25506/eca-aspectos-civis.> Acessado em 24/11/2017.a 13:00. p.05

⁶¹BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.> Acessado em 20/11/2017.

casamento ou união estável e sim permanece em relação ao sustento e educação ao menor.

CAPÍTULO III- ADOÇÃO À BRASILEIRA

3.1- O que é e quando ocorre.

A adoção a brasileira é uma prática de adoção que ocorre no momento em que o companheiro de uma mulher perfilha o filho dela, simplesmente o registrando como se fosse filho seu. Não é considerada, segundo Dias: “*como instituto de adoção, pela forma como foi levada a efeito*”⁶². O Código Penal, através do art.242, prevê o perdão judicial, pela motivação afetiva que envolve esta forma de agir, sendo concedido o perdão judicial.

A tendência é esse tipo de adoção não ser reconhecida pelo atual ordenamento jurídico. Para Dias:

“Não se reconhece o direito de a mãe eleger a quem dar o filho á adoção, sem atentar que este é o maior gesto de amor que existe; sabendo que não poderá criá-lo, renunciar ao filho, para assegurar-lhe uma vida melhor da que pode lhe propiciar, é atitude que só o amor justifica.”⁶³

A adoção a brasileira se justifica pelo afeto, como demonstra Ladvoat e Diuana“*as que recusam de algum modo este destino biológico e social são consideradas exceções e recebem com frequência rótulos negativos e desqualificantes. Fazem-se assim as vítimas do mito do amor materno.*”⁶⁴O art.1729 do Código Civil assegura aos pais o direito de nomear tutor ao filho. Se há possibilidade de eleger quem vai ficar com ele depois da morte, não há justificativa de negar o direito de escolher a quem dá-lo em adoção. O art.166 do Estatuto da Criança e do Adolescente tem como premissa para o encaminhamento de crianças à adoção, o consentimento dos genitores.

Sobre o que foi dito no parágrafo anterior alerta Dias:

⁶²DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família de acordo com o novo CPC**. Editora das Letras, São Paulo, 2015, p. 491.

⁶³DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família de acordo com o novo CPC**. Editora das Letras, São Paulo, 2015, p. 491.

⁶⁴LIANA, Ladvoat. DIANA, Maria.**Adoção á Brasileira um ato de amor?**. Ed. LimusInus, Rio de Janeiro, 2012, p.423.

“mas nada disso está sendo admitido, mesmo que a mãe entregou o filho, para verificar se a situação em que se encontra a criança atende ao seu melhor interesse, não imediatamente arranca a criança dos braços que sempre a acalentou e determina sua institucionalização.”⁶⁵

A justiça referenda a adoção só quando reconhece a constituição do vínculo de filiação socioafetiva. Conforme demonstrado em jurisprudência abaixo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO 'INTUITU PERSONAE' - ENTREGA DA CRIANÇA LOGO APÓS O NASCIMENTO - GUARDA DEFINITIVA - AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE MÁ-FÉ - NÃO INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO - CRIANÇA COM 05 (CINCO) ANOS DE IDADE E CONVIVÊNCIA COM A ADOTANTE NO MESMO PERÍODO - VÍNCULOS SÓCIO-AFETIVOS COMPROVADOS - MITIGAÇÃO DA OBSERVÂNCIA RÍGIDA AO SUPRACITADO CADASTRO - PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - PRIORIDADE ABSOLUTA - SENTENÇA QUE INDEFERIU A ADOÇÃO - RECURSO PROVIDO.

- O cadastro de adoção se destina a dar maior agilidade e segurança ao processo de adoção, uma vez que permitem averiguar previamente o cumprimento dos requisitos legais pelo adotante, bem como traçar um perfil em torno de suas expectativas. Evita influências outras, negativas ou não, que, por vezes, levam à sempre indesejada "adoção à brasileira".
 - Todavia, deve-se ter em mente sempre o melhor interesse da criança. É certo que existem casos, excepcionais, em que se mitiga a habilitação dos adotantes no competente cadastro para o deferimento do pedido de adoção, possibilitando a chamada adoção direta ou 'intuitu personae'.
 - Retirar uma criança com 05 (cinco) anos de idade do seio da família substituta, que hoje também é a sua, e lhe privar, inclusive, da convivência com seus 02 (dois) irmãos biológicos, sob o pretexto de coibir a adoção direta, é medida extremamente prejudicial. O menor poderá ser exposto a grande instabilidade emocional, em face de uma brusca mudança.
 - A retirada do infante da casa de sua guardiã após o transcurso de longo período de convivência e constatada a formação de fortes laços de afetividade, não se mostra recomendável, pois certamente resultará em traumas e frustrações para o menor, com prejuízo ao seu ideal desenvolvimento, inserido que está como verdadeiro membro daquele núcleo familiar. (TJMG - Apelação Cível 1.0194.12.006162-8/002, Relator(a): Des.(a) Hilda Teixeira da Costa, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/01/2015, publicação da súmula em 04/02/2015).⁶⁶

⁶⁵DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família de acordo com o novo CPC**. Editora das Letras, São Paulo, 2015, p. 494.

⁶⁶TJMG, AC 1.0194.12.006162-8/002. 2º C. Cív. Rel. Hilda Teixeira da Costa, j. 27/01/2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao>. Acesso em: 07/11/2017.

Contudo, a jurisprudência vem sendo mais flexível, não determinando a institucionalização, mesmo quando há suspeita de burla ao cadastro. De acordo, com a jurisprudência abaixo:

EMENTA: FAMÍLIA. MANUTENÇÃO DE GUARDA DE MENOR. DETERMINAÇÃO DE RECOLHIMENTO A ABRIGO. SUSPEITA DE BURLA AO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO. CONVÍVIO COM A FAMÍLIA SUBSTITUTA. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR - É possível a utilização excepcional da via do Habeas Corpus para se decidir questões referentes ao interesse de menor, quando diante de suspeita de burla ao Cadastro Nacional de Adoção, com a ocorrência de "adoção a brasileira", seja determinado o recolhimento da criança a abrigo institucional. - Não havendo indícios de que a criança esteja exposta a risco a sua integridade física ou psíquica no lar do pai registral, necessário se faz conceder a ordem para manter a guarda com a família substituta até o julgamento final da lide principal, por não atender ao melhor interesse do menor seu acolhimento institucional em abrigo. (TJMG - Habeas Corpus Cível 1.0000.14.025250-3/000, Relator(a): Des.(a) Duarte de Paula, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/06/2014, publicação da súmula em 02/07/2014).⁶⁷

Podemos entender que a jurisprudência ainda está dividida em relação ao tema abordado no presente estudo, mas havendo risco de abandono em relação ao menor há justificação da destituição do poder familiar, devendo a adoção ser deferida aos guardiões conforme a jurisprudência abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ADOÇÃO. A entrega da filha pela apelante a desconhecidos e a permissividade dessa situação por longos 09 anos, caracteriza abandono e justifica a destituição do poder familiar. Da mesma forma, a consolidação dos vínculos afetivos entre o casal apelado e a menina, ao longo do tempo, muito bem demonstrado por testemunhas e laudos técnicos, retiram qualquer possibilidade de indeferir a adoção pleiteada pelo casal apelado. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70052245586, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 27/02/2014).⁶⁸

⁶⁷TJMG - Habeas Corpus Cível 1.0000.14.025250-3/000, Relator(a): Des.(a) Duarte de Paula, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/06/2014, publicação da súmula em 02/07/2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao>> Acessado em: 07/11/2017.

⁶⁸TJRS, Apelação Cível Nº 70052245586, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, Julgado em 27/02/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>> Acessado em: 07/11/2017.

A Lei de Adoção, sobrevindo do art.33, parágrafo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente permite que uma pessoa ou um casal cadastrado receba crianças mediante guardas, desde para acolhimento familiar. Interessante notar é o art.50, parágrafo 13, inciso III do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a adoção de quem não esteja no cadastro nacional de adoção e que detém a guarda legal de criança maior de três anos ou de adolescente, desde que esteja presente os laços de afinidade e afetividade, além da não comprovação de má –fé.

3.2- A questão penal que envolve o tema

A adoção à brasileira vem a ser a adoção feita de forma “irregular” ocorrendo quando uma pessoa (ou um casal) declara como seu, um filho de outra pessoa, sem o respeito aos procedimentos legais de adoção, mantendo o menor adotado sob sua guarda como se seu filho biológico fosse. Na verdade, é uma prática a margem da lei e até mesmo contrária a ela, tanto que tal conduta é tipificada criminalmente.

O art.1618 do Código Civil, com redação alterada pela Lei nº. 12.010/2009, remete ao Estatuto da Criança e do Adolescente o procedimento a ser observado no processo de adoção: *“A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei número 8.069, de 13 de julho de 1990- Estatuto da Criança e do Adolescente”*.⁶⁹

No tocante a adoção à brasileira é considerada ilegal pelo ordenamento jurídico, inclusive, está tipificado no art.242 do Código Penal e, como tal, segundo Bochina *“não pode ser defendido como uma via banal com vistas a suplantar as inquestionáveis deficiências da legislação que trata sobre o processo de adoção”*⁷⁰.

O art.242 do Código Penal preconiza:

⁶⁹BRASIL. **Lei nº10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.> Acesso em 10/11/2017.

⁷⁰BOCHINA, Simone Franzoni. **Direito de Família**. Editora das Letras, Curitiba, 2010, p.150.

“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.”⁷¹

Observa, Gomides:

“não obstante o rigor da lei, o próprio legislador, sensível às questões sociais e culturais de nosso país- e talvez até mesmo reconhecendo implicitamente a falibilidade da legislação que abarca o tema da adoção- cuidou de possibilitar ao magistrado a extinção da punibilidade através do perdão judicial, casos em que a pena deixará de ser aplicada quando verificado no caso concreto que o ato foi movido por uma razão de brio humanitária, onde através de um gesto nobre o adotante (infrator) visou, tão somente, acolher calorosamente um ser humano carente de cuidados, atenção é, sobretudo, amor.”⁷²

Chama aatenção nesse presente trabalho científico o comando do parágrafo único do art.242 do Código Penal, *“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”*⁷³.

Gomides analisa que:

“em toda leitura do ECA é notório o cuidado e a clareza que teve o legislador em refutar qualquer dúvida que colida com a máximos interesses da criança e do adolescente prevalecem sobre qualquer outro”. Inclusive em relação ao poder familiar, que não é absoluto e pode gerar inclusive sua perda caso o

⁷¹BRASIL. **Lei nº 6.988**, de 30 de março de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L6898.htm> Acesso em: 10/11/2017.

⁷²Gomides, Geandré. **Adoção á brasileira. O rigor ou o bom senso?**, Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br/artigo-adocao-abrasileira-origor-dalei-ou-obomsenso-50688html>Acessado no dia 11/11/2014 às 15:00, p.06 e 07.

⁷³BRASIL. **Lei nº 6.988**, de 30 de março de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L6898.htm> Acesso em: 10/11/2017.

interesse dos pais colidam com os do menor, nos casos mais graves (arts.155 e seguintes do ECA).⁷⁴

O art. 43 do ECA vai de encontro a observação do parágrafo acima: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.”⁷⁵

Podemos dizer que em termos de adoção o interesse do menor em relação ao ordenamento jurídico é prioritário, sendo que a lei trata de garantir o desenvolvimento deste em uma família que tenha este dever, ou seja, a lei garante especificamente a salvaguarda dos direitos da criança e do adolescente.

Um tema delicado envolvendo a adoção brasileira é em relação aos casos da gestante que pretendia realizar o aborto, mas são encorajadas a manter a gravidez mediante a promessa e garantia de que a criança será acolhida e cuidada por uma família extensa (tios, por exemplo) ou substituta (pessoas que não possuem vínculo de parentesco) e de forma comum pessoas após, o nascimento dessas crianças movidas pelo sentimento de amor, compaixão e afeto, aceitam os recém-nascidos em seu seio familiar, e de forma inevitável os registram como se seu filho fosse.

Há uma indagação se essas pessoas merecem ser punidas por esse gesto, um motivo forte de que as punições nessas situações são incabíveis é que a lei diz que a prioridade deve ser os interesses do menor. De acordo com Gomides, “ao menos o estágio de convivência e o consentimento dos pais (Art.45- ECA), não podem ser sonogados”⁷⁶.

O procedimento no caso exposto anteriormente no presente trabalho, segundo Gomides:

“a lei determina que a gestante que manifeste entregar seu filho á adoção seja “obrigatoriamente” encaminhada a uma Vara da Infância e Juventude

⁷⁴Gomides, Geandré. **Adoção á brasileira. O rigor ou o bom senso?**, Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br/artigo-adocao-abrasileira-origor-dalei-ou-obomsenso-50688html>Acessado no dia 11/11/2017 ás 15:00, p.06.

⁷⁵BRASIL. **Lei nº 8.609**, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 11/11/2017.

⁷⁶Gomides, Geandré. **Adoção á brasileira. O rigor ou o bom senso?**, Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br/artigo-adocao-abrasileira-origor-dalei-ou-obomsenso-50688html> Acessado no dia 11/11/2017 ás 15:00, p.07.

(art.13, parágrafo único do ECA). Mas, não poderia haver “adoção direta”, por aqueles que, desde antes do nascimento da criança e se dispuserem a dela cuidar, inclusive possibilitando que ela viesse ao mundo, através de um apoio á sua genitora biológica? A resposta é negativa, eis que o procedimento de “adoção direta” não foi contemplado pelo legislador, conforme se verificou alhures. Nesse caso, portanto, é um risco e não há nenhuma garantia que a busca do procedimento regular irá resultar na aplicação da razoabilidade.”⁷⁷

Em relação a jurisprudência houve uma evolução não para criar um direito inexistente, mas para ter uma garantia em relação a este direito, ou seja, a lei nesse sentido entende que o interesse do menor e o ato de nobreza do ato de quem o pratica, deve prevalecer a qualquer intuito punitivo, ainda mais quando essa punição prejudica e coloca em risco, a vida de um menor.

Um julgamento a respeito do assunto é um caso do STJ:

“DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RELAÇÃO DE PARENTESCO. ADOÇÃO. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. SUSPEITA DE SIMULAÇÃO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, ao preconizar a doutrina da proteção integral (artigo 1º da Lei n. 8.069/1990), torna imperativa a observância do melhor interesse da criança. As medidas de proteção, tais como o acolhimento institucional, são adotadas quando verificada quaisquer das hipóteses do art. 98 do ECA.

2. No caso em exame, a avaliação realizada pelo serviço social judiciário constatou que a criança E K está recebendo os cuidados e atenção adequados às suas necessidades básicas e afetivas na residência do impetrante. Não há, assim, em princípio, qualquer perigo em sua permanência com o pai registral, a despeito da alegação do Ministério Público de que houve adoção intuito personae, a chamada ‘adoção à brasileira’, ao menos até o julgamento final da lide principal.

3. A hipótese dos autos, excepcionalíssima, justifica a concessão da ordem, porquanto parece inválida a determinação de acolhimento de abrigo da criança, vez que não se subsume a nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA.

4. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário.

5. É verdade que o art. 50 do ECA preconiza a manutenção, em comarca ou foro regional, de um registro de pessoas interessadas na adoção.

Porém, a observância da preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar criança não é absoluta, pois há de prevalecer o princípio do melhor interesse do menor, norteador do sistema protecionista da criança.

⁷⁷Gomides, Geandré. **Adoção á brasileira. O rigor ou o bom senso?**, Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br/artigo-adocao-abrasileira-origor-dalei-ou-obomsenso-50688html> Acessado no dia 11/11/2017 ás 15:00, p.07.

6. As questões suscitadas nesta Corte na presente via não infirmam a necessidade de efetiva instauração do processo de adoção, que não pode ser descartado pelas partes. Na ocasião, será imperiosa a realização de estudo social e aferição das condições morais e materiais para a adoção da menor. Entretanto, não vislumbro razoabilidade na transferência da guarda da criança - primeiro a um abrigo e depois a outro casal cadastrado na lista geral -, sem que se desatenda ou ignore o real interesse da menor e com risco de danos irreparáveis à formação de sua personalidade na fase mais vulnerável do ser humano.

7. Ordem concedida.

(HC 279.059/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 28/02/2014)".⁷⁸

Nesse julgado foi reconhecida que há prevalência dos princípios da afetividade e também do melhor interesse do menor, em casos de adoção tratadas em relação a atos de reconhecida nobreza(exemplo risco de morte do adotado) mesmo em casos que conflitem as regras do Cadastro Nacional de Adoção. Todavia, observamos nesse tópico que o legislador não chegou a um consenso a respeito desse tema ainda delicado e que divide opiniões da doutrina e jurisprudência.

3.3- Regularização da adoção à brasileira e o perdão judicial penal.

Antes de chegarmos ao assunto definitivo do presente trabalho científico temos que definir o que é adoção direta e adoção indireta. A adoção direta é quando a mãe biológica em um caso hipotético abre mão da criança e passa a guarda para um casal ou uma pessoa, segundo Dias "*é um processo legal mas demorado que significa a destituição do poder familiar*"⁷⁹. Nesse processo as assistentes sociais perguntam a mãe biológica, por exemplo, porque ela desistiu da guarda do bebê e também a causa de ele estar entregue a adoção. Ou, seja, é considerado o procedimento padrão.

A adoção indireta é quando um casal ou pessoa não segue o padrão exigido para adoção. Para Gonçalves:

⁷⁸HC 279.059/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 28/02/2014)". Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-10/carlos-amaral-cabe-habeas-corporis-abrigamento-menor>>. Acesso em 11/11/2017.

⁷⁹DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família de acordo com o novo CPC**. Editora das Letras, São Paulo, 2015, p. 480.

“À adoção indireta cresceu com o advento da Lei 12.010/2009 em que procedimentos, como a da menor permanência do menor em abrigos se reduziu e a jurisprudência passou a considerar esse tipo de adoção baseados nos princípios da afetividade e do melhor interesse do menor”.⁸⁰

Para a melhor compreensão do assunto, a adoção indireta se encaixa ao tema estudado no presente estudo, pois, não requisita especificamente dos padrões necessários para a adoção.

A interpretação e a aplicação da Lei 12.010/2009 nos casos de adoção direta passaram por dois momentos distintos: a obediência à fila do Cadastro Nacional de Adoção era inquestionável, chegando a haver retira a força das crianças entregues a pessoas que não estavam inscritas no cadastro, demonstrando assim que as formalidades exigidas pela Lei estavam acima dos princípios que a mesma Lei defendia e que foram motivadores de sua criação.

Para Diniz:

“Existe uma exacerbada tendência de sacralizar a lista de preferência e não permitir em hipótese nenhuma a adoção por pessoas não inscritas. É tal, a intransigência e a cega obediência, á ordem de preferência que se deixa de atender a situações em que, mais do que necessário é recomendável deferir a adoção sem atender á listagem”⁸¹.

Os magistrados passaram então a flexibilizar a obrigatoriedade da prévia inscrição no Cadastro Nacional de Adoção em atenção ao princípio do melhor interesse do menor quando evidente a motivação legítima, configurar vínculo afetivo, da garantia de efetivação dos direitos elencados na Constituição da República. A nova discussão passou a se basear na tipificação do art.242 do Código Penal a motivação do crime tenha sido baseado em causa nobre.

Moreira define o que seria a causa nobre que ensejaria o perdão judicial,

⁸⁰GONÇALVES, Carlos Roberto. **Manual de Direito de Família**, Volume, VIII, Editora das Letras, São Paulo, 2016, p.175.

⁸¹DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito de Família**, 26º edição, Editora das Letras, São Paulo, 2011, p.490.

“a lacuna existe exatamente na menção da reconhecida nobreza, até então não explicitada. De acordo com Plácido E. Silva em sua obra Vocabulário Jurídico, “uma causa nobre seria aquela que “exprime qualidades de virtuosa bondade, generosa, magnânima e méritos que elevam a pessoa na considerações de seus semelhantes”. Portanto, se o reconhecimento de filho alheio possuir causas como o bem estar da criança ou garantia de um futuro melhor para o menor, então o registro teria como fundamento uma causa nobre podendo não estar sujeito a pena alguma.”⁸²

A nobreza é o ato praticado que visa o bem estar da criança e a proteção dos seus interesses e quando o adotante pretende dar á criança entregue aos seus cuidados deve portar este a fim de proteção do adotado de qualquer tipo de discriminação, uma série de documentos, além da segurança jurídica quantos aos direitos advindos da paternidade.

Em relação a causa nobre ela fica evidente quando os adotantes demonstram claramente que o gesto foi praticado em função da criança e não em razão de si mesmo, um exemplo é a busca da adoção da criança por adoção direta com a finalidade de burlar a Lei 8069/90, não realizando a inscrição no Cadastro Nacional de Adoção cumprindo seu trâmite legal.

Apesar de ser um contraponto em relação ao caput do art. 242, o perdão judicial é comum nos casos de adoção direta, mesmo quando o Ministério Público, no uso de suas atribuições, requer a anulação do registro do menor e pelo recolhimento em instituição de abrigo. Como demonstra a jurisprudência abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A FAMÍLIA - REGISTRO DE FILHO ALHEIO COMO PRÓPRIO (CP, ART. 242, CAPUT) - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ALEGADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA" - PLEITO DE CONDENAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MOTIVAÇÃO NOBRE EVIDENCIADA - GENITORA QUE NÃO DESEJA FICAR COM A FILHA RECÉM NASCIDA - APLICABILIDADE DO ART. 242, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL - CONCESSÃO DO PERDÃO JUDICIAL - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.074058-2, de

⁸²MOREIRA, Leandro Barreto. **Direito de Família**, Editora Lumem Juris, Rio de Janeiro, 2015, p.02.

Xaxim, rel. Des. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. 24-06-2014).⁸³

Assim, o princípio do melhor interesse do menor tem sido o norteador das decisões tanto em ações penais, como em ações de adoção direta, sendo aplicado o perdão judicial como forma de garantir a permanência da criança no seio familiar, servindo como proteção do desamparo e de sua internação em abrigos provisórios.

Na definição de Kusano:

“daí sugerir-se a aceitação da adoção intuito personae como Instituto jurídico legal e aconselhando para, além de respeitar a manifestação da vontade da mãe biológica que não caracteriza abandono de filho, atender, com urgência e prioridade as necessidades do menor, destinando-o ao adotante escolhido de maneira mais célere possível e agilizar o processo judicial da constituição adotiva.”⁸⁴

O Judiciário preenche a lacuna que o legislador deixou ante a um assunto que divide opiniões e que por essa razão o legislador deixa um tom obscuro em relação a regularização da adoção á brasileira pelo fato de existir argumentos favoráveis e contrários que não são unânimes, assim o Estado tem um papel importante, em nosso entendimento ao reconhecer os vínculos afetivos gerados pelo convívio familiar daquele que, muitas vezes, desde de seu nascimento, tem como sua família de fato, aquela em que está inserida, tendo como alicerce o princípio da afetividade e do melhor interesse do menor que vem sidos pela jurisprudência como forma de regularização da adoção á brasileira.

Outro fato importante é que segundo Gomides, *“é necessário que haja fiscalização sobre a regularização da adoção á brasileira , visto que muitas crianças são adotadas por esse procedimento para fins de prostituição e tráfico de pessoas”*.⁸⁵

⁸³TJSC, Apelação Criminal n. 2013.074058-2, de Xaxim, rel. Des. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. 24-06-2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora> Acesso em 11/11/2017.

⁸⁴KUSANO, Suely Mitie. **Adoção de menores, intuito personae**. Editora Juruá, Curitiba,2011, p.158.

⁸⁵GEANDRÈ, Gomides.**Adoção á brasileira. O rigor da lei ou o bom senso?**, p.08. Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br/artigo,adoçao-a-brasileira-origor-da-lei-ou-o-bom-senso,50688.html> . acessado em: 11/11/2017 às 15:00

A finalidade dessa observação é que não basta a adoção á brasileira ser algo unânime em termos de regularização em termos de debates na área jurídica nos meios acadêmicos, doutrinários e jurisprudenciais, é preciso que haja fiscalização pós adoção nesse procedimento, do contrário o adotado poderá sofrer prejuízos em sua vida pós- adoção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No capítulo inicial da nossa presente pesquisa observamos que a adoção em nosso país servia primeiramente para atender os anseios de famílias envolvendo pessoas mais velhas que não podiam mais ter filhos. Mas a adoção no Brasil só foi regulada e ficando mais visível ao grande público com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 que dedicou artigos e capítulos específicos tratando do tema.

Com o advento da Lei 12.010/2009 também conhecida como Lei da Adoção o tema foi tratado de maneira mais ampla e abrangente, sendo que tal lei recepcionou artigos e capítulos importantes do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente se tornando este até o momento ao lado da lei citada nesse parágrafo como referências ao se tratar da adoção.

Ao nosso entender doutrina e jurisprudência se dividem em relação ao procedimento da adoção. Uma corrente argumenta o atual posicionamento em termos de um tempo considerado razoável para o adotante receber em seu seio familiar o adotado, tem como principal argumento a segurança jurídica e a adaptação deste em uma nova família, por outro lado, a corrente contrária diz que o atual procedimento prejudica o adotado, visto que ele pode esperar muito tempo em um abrigo á espera da adoção sendo um precedente perigoso, porque ao atingir a maioridade o adotante pode desistir da adoção e conseqüentemente o indivíduo pode deixar a instituição em que vive e passa a ter uma vida por conta própria, se não voltar a sua família biológica.

Sobre o tema do presente trabalho científico ao nosso entender a adoção á brasileira pode ser reconhecida, pelo fato de grande parte da jurisprudência (conforme demonstração de julgados em nossa monografia), vem deferindo a adoção sem o rigor e a letra fria da lei que envolvem o assunto.

Isso ocorre pelo entendimento dos juristas dos princípios que norteiam e defendem a regularização do nosso tema que são respectivamente os da afetividade e do melhor interesse do menor. Explicitamos em nosso capítulo inicial que tais princípios vem sendo utilizados com frequência para julgados sobre a adoção e também a outros assuntos relacionados a esferas do direito civil, e sobretudo em nosso tema.

Os princípios da afetividade e do melhor interesse do menor são o norteador para que adoção à brasileira seja deferida, porque leva em conta o que o adotado deseja, o bem estar dele, pois o adotado a nossa visão é o principal objeto da adoção. Observamos no início em que os julgados sobre tema começaram a partir da Lei 12.010/2009 a atual Lei da Adoção, levava-se muito em conta o Cadastro Nacional de Adoção e seu rigor formal, com o tempo a jurisprudência passou a observar mais os princípios descritos na conclusão.

Sobre o perdão judicial aliado ao gesto de reconhecida nobreza, grande parte da jurisprudência vem deferindo a adoção sem os devidos procedimentos pela questão do bem estar do menor e de como ele foi adotado. Para finalizar, a questão não está pacificada, visto que há um intenso debate a respeito do tema, mas grande parte da jurisprudência vem julgando a favor do tema da presente pesquisa levando em conta o que o adotado e a família adotante deseja.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Rosa Maria Nery. **Manual de Direito de Família**. Editora Saraiva, São Paulo, 2005.

BARROS, Wasghinton, Monteiro. **Curso de Direito Civil**, 19ª Edição, Editora Saraiva São Paulo, 2003.

BOCHINA, Simone Franzoni. **Direito de Família**. Editora das Letras, Curitiba, 2010.

BRAZ, Élio. **Casal homossexual consegue adoção inédita**. Portal uai. Disponível em: <www.uai.com.br>.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **VadeMecum**. 22. Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <www.cnj.gov.br>

BRASIL. Constituição da República Federativa Do Brasil. **VadeMecum**. 22. Ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

BRASIL. Código Penal. **VadeMecum**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Código de Processo Penal. **VadeMecum**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Código de Processo Civil. **VadeMecum**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2016

BRASIL. Código Civil. **VadeMecum**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Lei Nacional da Adoção. **VadeMecum**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>.

BRASIL. **Lei nº 12.010**, de 3 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>.

BRASIL. TJMG - **Apelação Cível 1.0701.13.003204-1/001**, Relator(a): Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/07/2015, publicação da súmula em 05/08/2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao>>.

BRASIL. TJMG, **AC 1.0194.12.00616162-8/002**. 2º C. Cív. Rel. Hilda Teixeira da Costa, j. 27/01/2015. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao>>

BRASIL. TJMG - **Habeas Corpus Cível 1.0000.14.025250-3/000**, Relator(a): Des.(a) Duarte de Paula, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/06/2014, publicação da súmula em 02/07/2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao>>

BRASIL. TJRS, **Apelação Cível Nº 70052245586**, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, Julgado em 27/02/2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>>

BRASIL. TJSC, **Apelação Criminal n. 2013.074058-2**, de Xaxim, rel. Des. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, Julgado em 24-06-2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 279.059/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, Julgado em 10/12/2013, DJe 28/02/2014). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-10/carlos-amaral-cabe-habeas-corpus-abrigamento-menor>>.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito de Família**. Volume III, Editora das Letras, São Paulo, 2009.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito de Família**. Volume IV, Editora das Letras, São Paulo, 2013.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito de Família**. Volume VII, Editora das Letras, São Paulo, 2016.

CUNHA, Pereira, Rodrigo. **Princípios de Direito de Família**, 2º Edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

DIAS, Maria Berenic., **Manual de Direito das Famílias de acordo com o Novo CPC**, Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito de Família**. 26º edição, Editora das Letras, São Paulo, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito de Família**, 32º edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2015.

DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito de Família, segundo com o novo CPC, 11ª edição, São Paulo, 2015

GOMIDES, Geandré. **Adoção á brasileira. O rigor ou o bom senso?**. Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br/artigo-adocao-abrasileira-origor-dalei-ou-bomsenso-50688html>. Acessado no dia 11/11/2017. p. 01,02,04,05 ás 15:00

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Manual de Direito de Família**, Volume, VIII, Editora das Letras, São Paulo, 2016.

KUSANO, Suely Mitie. **Adoção de menores, intuitu personae**. Editora Juruá, Curitiba, 2011.

LIANA, Ladvocat, DIANA Maria, **Adoção á Brasileira um ato de amor?** Editora LimusInus, Rio de Janeiro, 2012.

MOREIRA, Leandro Barreto. **Direito de Família**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2015.

PESSANHA, Jaqueline Fraga. **“A afetividade como princípio fundamental para a estrutura familiar**. Disponível em: <www.idfam.org.br/img/artigos/Afetividade%2009-12-2011.pdf>. Acessado no dia 14/11/2017, p.02 e 05 a 13:00

ROCHA, Silvio Luis Ferreira, **Direito de Família 2ª Edição**, Editora Travessa, São Paulo, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Manual de Direito de Família**, Editora Saraiva, 2º ed. São Paulo, 2002.

SALES, Fernando Augusto. **ECA- Aspectos civis. Da família e do direito á convivência familiar da criança e do adolescente**. Publicado em 20/10/2013. Disponível em: <[www. Jus.com.br/jus.com.br/artigos/25506/eca-aspectos-civis.](http://www.Jus.com.br/jus.com.br/artigos/25506/eca-aspectos-civis)>

SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal**. 3º edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

STOLZE, Gagliano Pablo. **Novo curso de Direito Civil**. Volume 15, Editora das Letras, São Paulo, 2012, p.50

TEPPEDINO, Gustavo. **Manual de Direito de Família**. Ed. Saraiva, São Paulo, 3º edição, 2008.

VECCHIATI, Paulo. **Direito de Família**. 2º edição, Editora das Letras, São Paulo, 2008.

VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil: direito de família**, 8º edição, Editora Atlas, São Paulo, 2008.

COMEL, Denise, Curso de Direito de Família, Editora das Letras, São Paulo, 2015, p.315

LÔBO, Paulo, Manual de direito de Família, Editora Saraiva, São Paulo, 2013, p.184 e 211

PEREIRA, Caio Mário, Curso de Direito Civil, Volume 40, Editora das Letras, São Paulo , 2013, p.222

STOLZE, Gagliano, Pablo, Novo Curso de Direito Civil, Volume 15, Editora das letras, São Paulo, 2012, p.50