

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PAULO DINIZ DE ABREU

**A NOVA LEI DE ADOÇÃO NA PERSPECTIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À
CONVIVÊNCIA FAMILIAR**

CURITIBA

2013

PAULO DINIZ DE ABREU

**A NOVA LEI DE ADOÇÃO NA PERSPECTIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À
CONVIVÊNCIA FAMILIAR**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção de grau de Bacharel em Direito no
curso de Graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski
Ruzyk

CURITIBA

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

PAULO DINIZ DE ABREU

A NOVA LEI DE ADOÇÃO NA PERSPECTIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do bacharelado do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, pela seguinte banca examinadora:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk
Orientador – Setor de Ciências Jurídicas, UFPR.

Prof. Dr. Roberto Benghi Del Claro
Primeiro Membro – Setor de Ciências Jurídicas, UFPR.

Prof^a. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro
Segundo Membro – Setor de Ciências Jurídicas, UFPR.

Curitiba, 13 de novembro de 2013.

À minha filha Nathaly, amor de toda uma vida.
À minha mãe, pelo exemplo de perseverança.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, por todo amor, carinho e dedicação e por todas as vezes que renunciou a seus sonhos para que eu pudesse atingir os meus objetivos. À ela, que me ensinou desde cedo o verdadeiro sentido da expressão família.

Às minhas irmãs, por elas existirem, pois só eu sei o quanto as amo. Agradeço à elas por todo o apoio e o incentivo de todos esses anos.

Agradeço aos meus professores, mestres do conhecimento, que ao longo desses cinco anos sempre me ensinaram a nunca perder a esperança na humanidade, e é claro por terem me transmitido ensinamentos com base em fundamentos éticos que levarei para uma vida inteira.

Aos meus amigos, Kessley, Marco, Wallace, Ana Paula, Luiz Paulo, e demais colegas que de alguma forma contribuíram para essa grande conquista na minha vida.

Devo um agradecimento especial ao Doutor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, pelo constante auxílio, paciência, disponibilidade e sugestões sem as quais o presente trabalho não se realizaria.

À todos estes o meu muito obrigado!

“O silêncio é um campo
plantado de verdades
que aos poucos se fazem palavras”

Thiago de Mello

RESUMO

Propôs-se com este trabalho discutir as transformações que a Nova Lei de Adoção, qual seja, a Lei n.º 12.010, de agosto de 2009, trouxe para o direito fundamental à convivência familiar. Iniciou-se o presente estudo à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais como o direito à convivência familiar e o melhor interesse da criança e do adolescente. Passando por questões relativas aos direitos das crianças e dos adolescentes, às mudanças sofridas na entidade família, bem como no instituto da adoção, paralelamente aos avanços da sociedade e dos valores humanitários. Por intermédio da nova lei buscou-se proporcionar ao infante formas de buscar uma vida digna da qual foi privado, e a convivência familiar da qual tem direito. Sabe-se que o direito permanece em constante evolução e aperfeiçoamento, nesse contexto a recente promulgação da “Nova Lei de Adoção” teve por escopo o bem estar e melhor interesse da criança e adolescente que sofrem a exclusão familiar, e é um desafio constante, o qual ultrapassa o âmbito jurídico e adentra no campo de valores como o respeito, o amor, a liberdade; elementos fundamentais para a formação e desenvolvimento da criança e do adolescente.

Palavras-chave: direito de família; adoção; criança e adolescente; Lei Nacional de Adoção; direito fundamental à convivência familiar; melhor interesse da criança e do adolescente.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR	2
	2.1. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	4
	2.1.1 O princípio da convivência familiar	5
	2.1.2 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente	6
3	DA FAMÍLIA	9
	3.1 CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE PARENTESCO	9
	3.2 A FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA	11
	3.3 ENTIDADES FAMILIARES, CONSTITUCIONAIS E ALÉM DO “NUMERUS CLAUSUS”	15
	3.4 O DIREITO A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A PREVALÊNCIA DA FAMÍLIA NATURAL: UMA PROBLEMATIZAÇÃO NECESSÁRIA	20
	3.4 A IMPORTÂNCIA DA FAMÍLIA, OS ABALOS DE SUA PRIVAÇÃO E O ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL	25
4	DA ADOÇÃO	29
	4.1 DO INSTITUTO DA ADOÇÃO	29
	4.2 NOTAS ACERCA DA ADOÇÃO	29
	4.3 INSTRUMENTOS DA LEI N. 12.010 DE 2009 E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR	32
	4.4 DAS INOVAÇÕES DA ADOÇÃO APÓS A LEI 12.010 DE 2009, EM BUSCA DO DIREITO FUNDAMENTAL A CONVIVÊNCIA FAMILIAR	38
	4.4.1 Do acolhimento institucional e familiar	38
	4.4.2 Dos cadastros de adoção	40
	CONCLUSÃO	42
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	44

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa que se inicia neste momento objetiva a realização de um estudo acerca de um dos institutos jurídicos relacionados ao Direito de Família e que, recentemente, foi alvo de mudanças legislativas, as quais têm o condão de permitir a atualização desta temática à atual realidade social do país a fim de proporcionar às crianças e aos adolescentes o direito fundamental à convivência familiar.

Tal instituto é o da adoção, regime de extrema importância para a sociedade em geral, bem como para o próprio país, vez que este, na condição de Estado Soberano, prima pela entidade familiar, independentemente se criada por laços consanguíneos ou decorrentes de procedimento adotivo, propiciando às ambas hipóteses os mesmos direitos e deveres. Isto permite, ainda, se chegar ao primado da igualdade entre os filhos biológicos e adotivos incorporado na nova temática que procura priorizar, indistintamente, o direito fundamental à convivência familiar.

Inicialmente, a pesquisa foca o estudo sobre os direitos fundamentais e também princípios da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente, abordando seu conceito, abrangência e demais peculiaridades. Na sequência o estudo passa a esclarecer o que é a dita família natural e como está previsto o direito à convivência familiar, dada a prevalência constitucional da família natural frente a outras formas de família. Neste segundo momento é que passarão a ser analisadas as questões relacionadas à desbiologização e parentesco, ao conceito, definição doutrinária, natureza jurídica, espécies e caracteres essenciais.

Feito isto, a pesquisa passa a modalidade de adoção prevista no Código Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente, e em especial na nova legislação que disciplina a matéria, qual seja, a Lei Ordinária nº. 12.010, de 03 de agosto de 2009, que permitiu consideráveis alterações no procedimento à convivência familiar de crianças e adolescentes, propiciando assim, prioridade absoluta ao infante.

Por fim, será destinado um capítulo especial para nova lei de adoção, analisando-se as principais consequências do advento da referida legislação frente este instituto, bem como para enumerar os tópicos mais relevantes, segundo a doutrina, desta nova sistemática. Busca-se conhecer quais os instrumentos que a mesma oferece para atender o direito fundamental da convivência familiar da criança e do adolescente.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

O objetivo inicial é abordar o direito fundamental à convivência familiar de crianças e adolescente, porém, antes do enfoque a esta norma se faz necessário analisar o que vem a ser o Direito Fundamental.

Os representantes eleitos pelo voto do povo exercem um poder delegado, decidindo os rumos do Estado. Este poder sofre diversas limitações, como aquelas ligadas aos direitos e garantia individuais e coletivas do cidadão, previstas na Declaração Internacionais do Direito do Homem.

Segundo o entendimento, José Afonso na Silva¹, que coloca que os direitos fundamentais não são a contraposição dos cidadãos administrados à atividade pública, como uma limitação ao Estado, mas sim uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos.

O constituinte, na constituição nacional vigente, adotou uma classificação que divide os direitos fundamentais em cinco grupos, cada qual com seu capítulo, a saber: direitos e garantias individuais e coletivas; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos e direitos relacionados à existência organização e participação em partidos políticos.

Os direitos fundamentais trazem características próprias, nos dizeres de Luiz Alberto David Araújo essas características podem ser entendidas da seguinte forma:

Os Direitos Fundamentais não “surgiram do nada”, mas foram resultado de um processo de conquistas de alforrias humanitárias, em que a proteção da dignidade humana prosseguia ganhando, a cada momento, tintas mais fortes. (...) Os Direitos Fundamentais são autogerativos, ou seja, a sua institucionalização em uma ordem jurídica determinada não desqualifica o momento anterior, de sua “jusnaturalização”, ou os aspectos relacionados à sua natureza de valores forjados a partir de conceitos como dignidade humana, igualdade, liberdade etc. (...) Os Direitos Fundamentais são universais, ou seja, sua razão de existir faz com que sejam destinados ao ser humano enquanto gênero. Destarte, é incompatível com a natureza dos Direitos Fundamentais sua restrição a um grupo, categoria, classe ou estamento de pessoas. (...) O conceito de ser humano que se resgata nos Direitos Fundamentais é o ser humano na e por natureza. De feito, seu traço unificador é a condição humana por si. Daí a universalidade ingênita. (...) Os Direitos Fundamentais, aliás, em comunhão com os demais direitos, não são absolutos, mas limitáveis. Isso significa que, por vezes, o comando de sua aplicação concreta não pode resultar na aplicação da norma jurídica em toda sua extensão e alcance. (...) Os direitos fundamentais, porquanto desvestidos desse caráter absoluto, são limitáveis; a limitabilidade não deve ser definida no plano normativo, mas no plano fenomênico, diante da

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 178.

colisão de dois direitos concretamente exercidos. (...) Os direitos fundamentais, visto que intrínsecos ao ser humano, são irrenunciáveis. Com efeito, as características já traçadas dos direitos fundamentais enunciam sua inerência ao ser humano. Esta condição, por is, torna-o dignitário de direitos fundamentais. (...) Tal característica revela que os direitos fundamentais são acumuláveis pelo indivíduo. Essa afirmação tem lugar diante do fato de uma única conduta pode encontrar proteção simultânea em duas ou mais normas constitucionais que abriguem direitos fundamentais.²

Transcendendo as características supracitadas para o direito à convivência familiar, tem-se com clara certeza que este buscou assegurar uma situação que até pouco tempo atrás não era provida de regulamentação.

Além de proteger o homem contra arbitrariedades que possam ser cometidas pelo Estado, os direitos fundamentais buscam compelir o ente público a tomar medidas que impliquem em melhorias nas condições sociais do cidadão e, por sua vez, das crianças e adolescentes desassistidos.

Nos dizeres de Luiz Alberto David de Araújo:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).³

No ordenamento pátrio, os direitos fundamentais se encontram positivados na Constituição Federal de 1988, arrolados em seu Título II e também dispersos em outros dispositivos ao longo do texto, nos quais se verifica as características já vistas acima, ou seja, de historicidade, universalidade, ilimitabilidade, e concorrência e irrenunciabilidade; elementos próprios dos direitos fundamentais, mas que não serão alvo de abordagem mais profunda nesta oportunidade.

A convivência familiar é garantia constitucional reconhecida como direito fundamental da criança e do adolescente, reconhecido de forma clara no artigo 227 da Constituição Federal, mas também encontrando de forma mais tímida em outros artigos como, o 226 e 229. O ordenamento brasileiro protege as crianças e adolescentes, tendo como escopo o melhor interesse deste. Sendo, o direito

² ARAÚJO, Luiz Alberto David; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 120-125.

³ *Ibid.*, p. 109-110.

fundamental de convivência familiar uma forma de garantir a dignidade humana, bem como o desenvolvimento de sua personalidade.

Exposto isto, passa-se para análise dos direitos fundamentais como proteção da criança e do adolescente, e após isto serão abordados dois princípios relevantes ao tema: o da convivência familiar e o do melhor interesse da criança e do adolescente.

2.1. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com toda a evolução sofrida pela entidade família, do modelo de autoridade para o de eudemonista, a família passa a ser o lugar de pleno desenvolvimento de seus integrantes, e nesta nova configuração a criança e o adolescente têm seus interesses protegidos.

A Constituição de 1988 atribui à criança e o adolescente uma posição nunca antes vista, coloca-os como entes dotados de dignidade e autonomia, como sujeitos de direitos, e, conseqüentemente, mercedores de proteção do Estado, da sociedade e da família, como assevera o artigo 227 da Carta Magna:

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

O artigo supra reafirma o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este basilar do Estado Democrático de Direito. A Constituição vigente tutela o menor, a fim de garantir a este um tratamento de respeito e a preservação da sua dignidade, e, para isso, impõe a proteção e zela pela continuidade familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente⁴ busca normatizar os direitos e garantias destinadas a criança e o adolescente, estabelecidos pela nova ordem constitucional, assegurando em seus dispositivos uma forma de buscar o desenvolvimento pleno da criança e do adolescente, em condições de liberdade e

⁴ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n°. 8.069 de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acessado em: 01 ago. 2013.

dignidade, colocando a proteção integral da criança como uma tutela prioritária pelo Estado.

No âmbito internacional, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1989 e ratificada pelo Brasil, procura consolidar a proteção e a cooperação mundial em relação à criança, colocando-a como credora de direitos, sem distinção ou discriminações de qualquer natureza. Com esta Convenção nasce um novo paradigma no qual a criança passa a ser considerada como sujeito de direitos, abarcando todas as áreas tradicionalmente definidas como direitos humanos, tornando imperativa a proteção da criança contra toda e qualquer forma de discriminação, assim como a aplicação de todas as medidas necessárias à implementação dos direitos expressos neste instrumento.

Porém, embora haja toda esta liberdade positiva da família, existem também os deveres desta frente à criança e ao adolescente dispostos no artigo 227 da Constituição. Como se pode ver, desta feita, a criança e o adolescente, fazendo uso do direito fundamental à convivência familiar, buscam a felicidade dentro do seio familiar.

2.1.1 O princípio da convivência familiar

O direito fundamental à convivência familiar é dotado de respaldo constitucional através do artigo 227, *caput*, que consagra-o como tal. Este direito é assegurado a todas as pessoas, mas em especial à criança e ao adolescente, tendo em vista a importância da família no processo de formação do infante, e também por força do princípio⁵ da dignidade humana. A convivência familiar como direito fundamental é garantida a todas as pessoas, sem importar a modalidade familiar, tanto pais como filhos são titulares deste direito, porém, as crianças e os adolescentes têm prioridade absoluta.

A inovação legislativa tema deste trabalho procura romper, em definitivo, com a prática da “institucionalização” de infantes em abrigos, proporcionando o

⁵ Os princípios constitucionais são considerados como verdadeiras vigas mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico. No caso de surgir uma aparente antinomia entre os textos normativos da Constituição, a resolução se dará pela aplicação do princípio mais relevante no contexto. Cfe. NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37.

acolhimento familiar com todas as suas essências de cuidado, como nos ensina Tânia da Silva Pereira⁶, “cuidar é criar laços, é cativar; é assumir compromissos e responsabilidades; é saber conviver com situações limites; é ver nas diferenças uma conquista, não uma ameaça; é trazer um olhar novo para a realidade de crianças e adolescentes que se espalham pelo Brasil”.

Para Caio Mário da Silva Pereira: “qualquer dos cônjuges na Separação ou Divórcio, as mães solteiras, viúvas e, mesmo os celibatários com seus filhos, são reconhecidos como base a convivência familiar, identificada como Direito Fundamental Constitucional”.⁷

Nas palavras de Fabíola Santos Albuquerque:

Este princípio detém natureza constitucional e, perante o Estatuto da Criança e do Adolescente, integra o rol dos chamados direitos fundamentais. (...) Como sabido, a família é o *locus* privilegiado para o desenvolvimento e a realização plena de seus membros. Nesses termos, o princípio da convivência familiar é um corolário lógico do sentido de família e, por conseguinte, é direito fundamental da criança crescer e se desenvolver na companhia dos pais. Qualquer hipótese diferente dessa orientação denota excepcionalidade.⁸

A doutrina é uníssona quanto a importância do convívio familiar para as crianças e adolescentes, diversos autores colocam a convivência no seio familiar ainda que extensa ou substituta⁹, como fundamental para o desenvolvimento pleno dessas pessoas em fase peculiar de formação.

2.1.2 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. Abrigo e alternativas ativas de acolhimento familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 334.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 15.

⁸ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 31, p. 23.

⁹ Pode-se entender por família substituta aquela que, não sendo a de origem, acolhe em seu seio uma criança ou adolescente, assumindo a responsabilidade originária da família natural e, portanto, obrigando-se a proteger e fornecer ambiente adequado ao pleno desenvolvimento harmônico daqueles que se encontram sob os seus cuidados. Cfe. SZNICK, Valdir. *Adoção*. 2. ed. São Paulo: Leud, 1993, p. 214.

O princípio ora referido encontra respaldo na primazia da dignidade humana, característica fundamental da Carta Magna de 1988 em face da valorização do ser humano em seus mais diversos ambientes, dentre eles o familiar.

Entende-se que aqueles que estão em situação de vulnerabilidade devem ser preservados ao máximo, situação esta que se enquadram as crianças e adolescentes por estarem em fase de formação da personalidade. A discussão sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve ser precedida pelo entendimento da doutrina da proteção integral.

A partir da Constituição Federal vem o compromisso na pessoa de cada cidadão com as garantias e direitos fundamentais nasce como dever da democracia o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, como bem exposto por DALLARI:

Não existe respeito à pessoa humana e ao direito de ser pessoa se não for respeitada, em todos os seus momentos, em todos os lugares e em todas as situações, a integridade física, psíquica e moral da pessoa. E não há qualquer justificativa para que umas pessoas sejam mais respeitadas do que outras.¹⁰

Este princípio acima abordado ensejou o afloramento de uma nova concepção jurídica de proteção à criança e ao adolescente, a chamada doutrina da proteção integral, esculpida no art. 227 da Carta Magna e consagrada na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (aprovada na Assembléia Geral da ONU de 20/11/1989 e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710/90), que reconheceu as crianças e os adolescentes como pessoas em desenvolvimento e sujeitos de direitos fundamentais que devem ser garantidos pela família, pela sociedade e pelo Estado de forma concorrente.

O Estatuto da Criança e Adolescente, Lei nº 8.069/90 em seu Título I, art. 1º dispõe acerca do princípio da proteção integral e trabalha a questão do melhor interesse da criança (*the best interest of the child*), ou seja, busca zelar pelo direito à vida, à saúde, à educação, entre outros, bem como o desenvolvimento em todos os seus aspectos, como o físicos, psíquico, moral, espiritual e social.

Com o texto legal, a criança passa a ser prioridade absoluta, sendo a sua proteção de responsabilidade da família, da sociedade e do Estado, prevalecendo a concepção do melhor interesse da criança, como aduz Pereira:

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998, p. 28.

A proteção do interesse da criança é um dever social (...) A criança deve ser protegida em razão de ser pessoa em condição peculiar de desenvolvimento. A identidade individual da criança, fator primordial de seu desenvolvimento, tem vínculo direto com sua identidade no grupo familiar. A convivência familiar que siga os interesses da criança, portanto, é fundamental.¹¹

Ainda, no que diz respeito ao princípio da proteção integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA passou a proteger eventual risco social, conforme dispõe seu o art. 98, elencando de forma genérica três hipóteses de intervenção do Estado nas situações de vulnerabilidade pessoal e social na qual a criança e adolescente possa estar exposta:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III - em razão de sua conduta.

Verificado qualquer das bases arroladas no art. 98, II, do ECA, deve-se priorizar o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, visando a permanência da criança e adolescente no seio da família natural¹² ou extensa, de forma a condicionar a medida de proteção, tendo em vista que a permanecendo na família natural ou extensa a criança ou adolescente teria um trauma menor, isso por já estar habituado, afeiçoado àquela convivência pelos laços familiares. Assim, nesses moldes, o direito à convivência familiar seria mantido dentro da parentalidade. Tal efetivação da permanência da criança dentro da família extensa pode não ser a melhor opção tendo em vista que muitas vezes as crianças nem conhecem os parentes com os quais irão morar, ou ainda esses parentes não estão receptivos a receber o novo membro.

Assim, quando não mais possível a permanência dentro do núcleo familiar natural ou extenso, deve-se recorrer ao instituto da adoção, para a inserção em família substituta como alternativa garantidora do direito a convivência familiar e comunitária.

¹¹ PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, R. DA C. (Coord.). A família na travessia do milênio: *Anais do II Congresso brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 221.

¹² Nos termos do artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Exposto isto, pode-se notar que a doutrina da proteção integral já está delineada, e o desafio é torná-la efetiva, consolidá-la, e para isso se faz necessário o comprometimento de todos a fim de levar, efetivamente, as garantias elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente para cada criança.

Destarte, a incorporação da doutrina da proteção integral em nosso ordenamento jurídico reforça o princípio do melhor interesse da criança e adolescente, princípio em que se busca conferir às crianças e aos adolescentes toda a proteção necessária para um desenvolvimento pleno. Portanto, o princípio do melhor interesse da criança e adolescente é constitucional e dotado de normatividade, como assevera Tânia da Silva Pereira:

Cabe, sempre, lembrar que o princípio do melhor interesse da criança consta de uma Convenção ratificada pelo Brasil através do Decreto 99,710/90, sendo, portanto, um princípio em vigor no nosso sistema jurídico, através do art.5º§2º da Constituição da Republica.¹³

À vista disso, a doutrina entende que quando postos em causa os interesses da criança, o princípio do seu melhor interesse é pleno, atingindo todo o sistema jurídico nacional e vigorando de maneira constante e irrestrita, de modo a garantir a qualquer tempo e situação o bem estar destes seres em desenvolvimento. Desta maneira, este princípio deve ser aplicado não só quando a integridade física ou psíquica do menor esteja em risco, mas em todos os desdobramentos que se façam necessários para garantir o melhor interesse deste.

3 DA FAMÍLIA

3.1 CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE PARENTESCO

Supostamente todos nos temos uma família e nela vivenciamos relações de parentesco. Porém, o parentesco e família não se confundem, está abrangido o conceito de parentesco, ou seja, na relação da instituição familiar haverá obrigatoriamente o surgimento da relação de parentesco.

Contudo, o parentesco não é somente consanguíneo, podendo derivar do vínculo familiar formado entre determinadas pessoas, exemplo disso, são os

¹³ PEREIRA, Tânia da Silva. (Coord.). *O melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Renovar 1999, p. 22.

vínculos de afinidade fundados na socioafetividade, ou mesmo, os decorrentes da adoção. Conforme assevera Wald, “o parentesco pode ser natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem”.¹⁴

Preceitos constitucionais colocam uma forma mais alargada de parentesco, onde o afeto e a responsabilidade passam a ser considerados pontos chaves para a formação familiar.

A Carta Magna de 1988 equiparou constitucionalmente os filhos, acabando com qualquer ato discriminatório que pudesse ter em relação a estes, entendendo que não existem motivos para restrição das relações de parentescos apenas aos tipos consanguíneo e civil, tendo em vista que “ocorreu verdadeira desbiologização da paternidade-maternidade-filiação e, conseqüentemente, do parentesco em geral”.¹⁵

Portanto, o parentesco natural acarreta uma filiação que previamente já definiu o estado de filho ou o seu estado. Em contraposição, o parentesco civil busca a posse de estado (de filho) baseada em convivência duradoura e fática por longo período de tempo e afetividade precipuamente que conduzirá a paternidade.¹⁶

O conceito de família ligado pelo vínculo consanguíneo está cada vez mais distante na realidade atual. Segundo Rodrigo da C. Duarte:

Não observam as sutilezas e a subjetividade que envolve o assunto. Para termos um conceito moderno de família, mais adequado ao séc. XXI, precisamos analisar principalmente a multiplicidade social, distante do ranço e da mesmice preconceituosa que sempre preponderou na legislação brasileira.¹⁷

Assim, o mesmo autor citando João Baptista Villela, diz que “O amor está para o Direito de Família, assim como a vontade está para o Direito das Obrigações”.

¹⁴ WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.12.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.30.

¹⁶ ALBINANTE, Isabel Cristina. *Paternidade Socioafetiva*. 2012, p. 57. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2012/IsabelCristinaAlbinante_Monografia.pdf>. Acessado em: 01 out. 2013.

¹⁷ Duarte, Rodrigo Collares. *Desbiologização da paternidade e a falta de afeto*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 481, 31 out. 2004. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/5845>>. Acessado em 7 dez. 2013.

De modo a, ressaltar a importância que é dispensada atualmente ao afeto, pois quanto se fala em desbiologização, enfatiza-se a relação entre pai e filho calçada no afeto, sendo as relações familiares fruto da afetividade.

Desta forma, não apenas a família não é só família natural, como próprio parentesco instituído na família não é necessariamente biológico.

Nas palavras de Paulo Lobo que nos ajudam a entender este contexto:

A tutela do Estado voltou-se, então, para as pessoas que integram a família construída sobre os laços do afeto e direcionada para a realização espiritual e ao desenvolvimento da personalidade de seus membros. Tem-se a chamada repersonalização ou despatrimonialização das relações familiares, entendida como a realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade como função básica da família da época presente.¹⁸

Nesse sentido, aquele que, por opção, acolheu uma pessoa estranha como filho, isto é, pelo método da adoção, surge a relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado, tendo como fator essencial o afeto e o interesse na filiação. A adoção é, portanto, um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre ambos (adotante e adotado) um liame legal de paternidade e filiação civil.¹⁹

Nesta seara, consagra-se “a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações”.²⁰

Ocorrendo assim, uma valorização da adoção como modo de inserção da criança dentro de um grupo familiar, estabelecendo vínculos parentais que tem exatamente os mesmo valores jurídicos que qualquer outro vínculo.

3.2 A FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA

Analisando o conceito de família no ordenamento pátrio é possível notar que a família sofreu fortes mudanças, passando de uma família autoritária para uma família calçada no afeto.

¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acessado em: 01 out. 2013.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v.5. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.416.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. Op. Cit., p.31.

A família era vista como uma célula menor do Estado, tendo como finalidade a procriação e à satisfação de fins econômico-sociais. Atualmente a finalidade é a satisfação e felicidade dos seus integrantes, como leciona Carlos Eduardo Pianovski “a família é instrumento de desenvolvimento da personalidade, de concretização da dignidade da pessoa humana, resta evidente que não é de um individualismo utilitarista que se ta a tratar”²¹, estamos diante da família eudemonista. A tutela agora é voltada ao ser humano e à sua personalidade, e não mais somente para a instituição família.

Como bem sabido, o Código Civil de 1916 sofreu grande influência dos dogmas da igreja católica, e deste modo considerava o modelo familiar matrimonializado, constituído pelo ato solene do casamento. As uniões que não eram constituídas desta forma não poderiam ser consideradas famílias, ou seja, não se admitia a existência de uniões extramatrimonializadas. Pablo Gagliano faz uma observação a respeito da relação entre a Igreja e o Estado brasileiro do começo do século XX, assevera o jurista:

Com efeito, se um dos primeiros atos, com a Proclamação da República em 1889, foi a subtração do Direito Canônico sobre as relações familiares, especialmente o matrimônio não há como rejeitar que nosso primeiro Código Civil, publicado em 1916 (mas concebido originariamente no século XIX), incorporou concepções do sistema religioso até então predominante.²²

Na vigência do citado ordenamento, a família era patriarcal, matrimonializada, o casamento era a forma para a constituição da então chamada família legítima, união entre um homem e uma mulher. Toda e qualquer outra forma de constituição de família era tida como ilegítima, mesmo quando marcada pelo afeto não eram assistidas de proteção jurídica. Carlos Eduardo Pianovski corrobora com este entendimento:

A unicidade de modelo pode implicar conclusões aberrantes, como a de que, ainda que alguém constitua, como realidade fática, uma pluralidade de núcleos familiares com os filhos que possui com várias mulheres diferentes, juridicamente terá apenas uma família – isso se for casado com alguma delas.²³

²¹ PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 27.

²² PABLO, Stolze Gagliano. *O Novo Dicionário*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.

²³ PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Op. Cit., p. 30.

Nesta época o casamento tinha caráter indissolúvel, podendo acabar de fato, mas não de direito, nas palavras de Carlos Eduardo Pianovski “a proibição do divórcio restringe de modo radical as possibilidades de vivência da liberdade coexistencial, impondo a manutenção, ainda que artificial, do vínculo conjugal”²⁴.

Para evitar este tipo de relação, as pessoas viviam de forma marital, mas optando por não casar, pela facilidade da separação. Assim, surgem outras formas de uniões classificadas como concubinato, podendo este ser puro, quando os concubinos não teriam impedimento para o casamento ou impuro, quando existisse algum impedimento. De qualquer modo, no âmbito do direito de família esta modalidade de convivência não produzia efeito jurídico, sendo chamada de sociedade de fato e possuindo efeitos no Direito das Obrigações.

Quanto a questão dos filhos, somente os filhos havidos na constância do casamento eram tidos como legítimos. Poderiam ainda ser legitimados os filhos provenientes de concubinato puro, por serem considerados filhos naturais. Porém os filhos do concubinato impuro, considerados filhos espúrios, tanto adulterinos como incestuosos, não poderiam ser legitimados.

O Código de 1916 tinha como objetivo a proteção legal da família legítima a fim de evitar que outros tipos de família fossem beneficiadas na divisão patrimonial, como observa Paulo Lôbo:

É na origem e evolução histórica da família patriarcal e no predomínio da concepção do homem livre proprietário que foram assentadas as bases da legislação sobre a família, inclusive no Brasil. No Código Civil de 1916, dos 290 artigos da parte destinada ao direito de família, 151 tratavam de relações patrimoniais e 139 de relações pessoais. A partir da década de setenta do século XX essas bases começaram a ser abaladas com o advento de nova legislação emancipadora das relações familiares, que desmontaram as estruturas centenárias ou milenares do patriarcalismo.²⁵

A legislação elegia um padrão de família como oficial, a fim de efetivar a proteção patrimonial, restando às outras formas de uniões a exclusão da partilha dos bens patrimoniais. Deste modo, o Estado excluía de sua tutela inúmeras famílias que não eram ligadas pelo vínculo considerado pelo legislador como moralmente aceito, arraigado nos costumes, como bem retrata Maria Berenice Dias:

²⁴ PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011, p. 320

²⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23-24.

A lei, ao preservar intacto o vínculo matrimonial, ainda quando já desfeito o vínculo afetivo, negava a realidade da vida. Manter o casamento após o desquite era uma ficção com o único objetivo de tentar impedir a constituição de novas uniões. O legislador, assumindo o papel de paladino da justiça, da moral e dos bons costumes, simplesmente recusava qualquer direito a quem ousasse constituir relacionamentos extramatrimoniais.²⁶

O Estado procurava defender as relações matrimoniais e preservar a transmissão do patrimônio, mesmo que esta não fosse a realidade social, mas pelo fato de ser a realidade de família institucionalizada.

Com a Constituição Federal de 1988, Constituição Cidadã, ocorre uma mudança de paradigma, entende-se que o direito deve tutelar o que a realidade apresenta, e a família antes rígida e hierarquizada sede espaço para a família baseada no amparo mútuo na afetividade. O Estado deixa de proteger as relações de produção da família comunitária e busca a realização humana, a chamada família legítima abre espaço para uma pluralidade de arranjos familiares. Ocorre uma efetividade de princípios e regras constitucionais, como expõe Rolf Madaleno:

Promulgados novos princípios destinados a promover a releitura de um Direito de Família engessado e hierarquizado, têm-se por revogados todos os dispositivos ainda insertos na legislação ordinária e em especial no Código Civil Brasileiro, que ainda contemplem uma relação de privilégio para o homem e de subordinação da mulher. Vive a família de hoje um processo de emancipação de seus componentes, todos disputando espaços próprios de crescimento e de realização de suas personalidades, convertendo-se para o futuro em pessoas socialmente úteis, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar, e ninguém mais pode ser alijado por diferença de sexo, raça ou idade da convivência social.²⁷

Por sua vez Gustavo Tepedino ressalta que a Constituição de 1988 consagrou “uma nova tábua de valores no ordenamento brasileiro”,²⁸ como fundamento da República, o Estado Democrático de Direito, e o respeito à dignidade humana. Nesta esteira, a família deixa a função precípua de perpetuar a espécie e satisfazer a economia Estatal. O legislador agora busca a proteção dos fins sociais, do bem comum, o ser humano passa a ter proteção e a valorização do Estado.

Nada obstante isso, a família contemporânea não tem os mesmos traços anteriores, de caráter político e econômico-social, de servir como célula de produção. A busca agora é agora é da felicidade coexistencial, onde a família passa

²⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Op. Cit., 2009, p. 15.

²⁷ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, P. 17.

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.420.

a ser pensada como o local onde seus integrantes colocam suas aspirações coexistências acima do institucional.

Trata-se da família constitucionalizada, surgida do fenômeno social e jurídico em que o afeto é reconhecido como base nas relações familiares, na qual interesses materiais sedem espaço para os interesses pessoais, o valor agora a ser defendido é o afetivo e não mais o patrimonial.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as pessoas saem da posição de objetos de direito e alçam a condição real de sujeitos de direitos. Desta forma, nas novas configurações de entidades familiares, as matérias que antes eram incorporadas de maneira tímida ganham corpo no novo diploma, e temas como a igualdade entre filhos e entre cônjuges têm uma nova roupagem.

No *caput* do artigo constitucional 277, um dos dispositivos legais que são base para o presente trabalho, irradia a raiz do direito fundamental à convivência familiar, independente da configuração familiar adotada, seja ela: casamento, união estável, adoção, monoparental, socioafetiva, ou famílias recompostas.

Assim, pode-se afirmar que a Constituição Federal possui função reunificadora das normas vigente no ordenamento jurídico nacional, assegurando a proteção da família, sob pena de inconstitucionalidade.

Nesta seara, a família passa a ter um caráter mais humano, afetivo, abandonando a função patrimonial e assumindo uma estrutura nuclear, em contraposição ao modelo patriarcal e hierarquizado de outrora.

A família é base da sociedade, merecedora de tutela do Estado, cabendo a Constituição Federal o dever de garantia dos direitos fundamentais inerentes a seus membros.

3.3 ENTIDADES FAMILIARES, CONSTITUCIONAIS E ALÉM DO “NUMERUS CLAUSUS”

A nossa Carta Magna apenas normatizou o que já representava a realidade de milhares de famílias brasileiras, adaptando, assim, o Direito aos anseios e necessidades da sociedade.

O artigo 226 coloca que a família tem especial proteção do Estado, porém coloca três tipos de entidades familiares, a saber: a família originada no casamento; a fundada na união estável; a família monoparental.

Embora existam correntes divergentes, a respeito da questão se o rol das entidades familiares é aberto ou fechado, em outras palavras, se há apenas estas entidades familiares ou apenas exemplificando-as. Este é outro dos grandes debates do direito de família contemporâneo. Há quem sustente que este rol é fechado, p. ex., Miguel Reale. Outros autores, porém entendem que o rol é aberto.

Fazendo-se valer do entendimento que, a interpretação de todo o texto constitucional deve ser primada pelos princípios da liberdade e igualdade e despido de preconceitos. Isso por ter como plano de fundo o princípio da dignidade da pessoa humana e, ainda, devido ao fato de que a Constituição Cidadã estabelece em seu preâmbulo um Estado Democrático que se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Desta forma, podemos compreender que as entidades familiares não constituem um rol *numerus clausus* de agrupamentos familiares, nesse sentido o professor Luz Edson Fachin, leciona:

Numa sociedade de identidades múltiplas, da fragmentação do corpo no limite entre o sujeito e o objeto, o reconhecimento da complexidade se abre para a ideia de reforma como processo incessante de construção e reconstrução. O presente plural, exemplificado na ausência de modelo jurídico único para as relações familiares, se coaduna com o respeito à diversidade, e não se fecha em torno da visão monolítica da unidade.²⁹

Corroborando com este entendimento Carlos Eduardo Pianovski ensina:

Trata-se de corolário do eudemonismo fundado na liberdade: a função de chancela e promoção da liberdade positiva na autoconstituição coexistencial por meio da família implica a impossibilidade de uma interpretação constitucional que restrinja os modelos de família juridicamente protegidos a um rol exaustivo.³⁰

Ocorre que a “Lex Major” não estabelece em seu artigo 226 um rol exaustivo de espécies de famílias, não abarca todas as formas de famílias existentes e merecedoras de tutela efetiva do Estado, dentre as quais podemos citar as chamadas famílias recompostas/pluriparentais, as famílias formadas por parentesco socioafetivo. Estas e outras espécies de famílias, que embora estejam descritas de forma expressa na constituição, são merecedoras da proteção constitucional.

²⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 102.

³⁰ PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s)*. Op. Cit., p. 331

Buscando entender um pouco mais sobre estas famílias, segue-se uma breve análise de alguns tipos, começando pela família pluriparental, que surge com o desfazimento de vínculos anteriores e com a criação de novos laços, conforme leciona Maria Berenice Dias³¹, a especificidade decorre da peculiar reorganização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos e uniões anteriores. Trazendo para a nova família seus filhos, e por vezes têm filhos em comum. Fazendo valer a expressão: os meus, os teus e os nossos.

Podemos mencionar ainda família eudemonista, decorrente dos laços de afetos, em que o sistema de moral tem como finalidade maior a felicidade do homem. O eudemonismo pode ser entendido como uma teoria filosófico-moral, que busca a realização do ser, do membro da família em cada integrante, para atingir o bem supremo da vida humana: a felicidade.

Como aduz Maria Berenice Dias:

Surgiu um novo nome para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento efetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.³²

O eudemonismo também pode variar de acordo com a cultura de cada povo, pois a concepção do que é, de fato, a felicidade para uma cultura pode não ser para outra.

Temos também o afeto como formador de família, elemento valorizado de tal forma que é formador e delineador de relação de parentesco.

A “grande família” formada por vários integrantes perdeu força ao longo dos anos, assim como aquela formada apenas por filhos legítimos. As famílias sofreram transformações onde passaram a valorizar um fator primordial para sua formação: o amor, o afeto!

Ressalta Luiz Edson Fachin:

³¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2007, p. 46

³² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Op. Cit., p. 52-53.

A verdade sociológica da filiação se constrói, revelando-se não apenas na descendência, mas no comportamento de quem expende cuidados, carinho e tratamento, quem em público, quer na intimidade do lar, com afeto verdadeiramente paternal, construindo vínculo que extrapola o laço biológico, compondo a base da paternidade.³³

Conforme o exposto, o afeto cria laços familiares não menos importantes que os laços biológicos, como aduz o professor Luiz Edson Fachin, “a realidade jurídica da filiação não é, portanto, fincada apenas nos laços biológicos, mas, também, na realidade de afeto que une pais e filhos, e se manifesta em sua subjetividade e, exatamente, perante o grupo social e à família”.³⁴

A família formada pelo parentesco socioafetivo surge da aparência social do mesmo e da convivência familiar duradoura. As mudanças tecnológicas, paralelamente com as novas formas de relacionar-se, fizeram aflorar no seio da família uma nova realidade que o direito tem conhecido como socioafetividade.

O exame de DNA possibilitou a verificação da similitude genética, podendo com grande porcentagem de acerto verificar se existe ou não vinculação consanguínea, fazendo nascer o direito da busca da origem genética. Tal exame provocou uma mudança no Direito de Família, sendo possível identificar vínculos que não poderiam ser analisados outrora.

Exemplificando, pode-se ter uma situação em que um pai tem determinada pessoa como filho, e em certo momento da convivência familiar toma conhecimento que não possui laços sanguíneos com ele. Este pai deu todo o amor e carinho para aquela pessoa que presumia ser seu filho biológico.

Temos aqui, uma dicotomia biologia *versus* socioafetividade, advindo um novo valor jurídico no Direito de Família, o estado de filho. No âmbito desta questão Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues constataram que:

O conflito entre a busca pela verdade genética e o que a pessoa se tornou pela convivência com alguém que pode com ela não ter vínculos consanguíneos, mas que deixou grandes marcas na história da criança, na construção da sua personalidade. Afinal, é a convivência que possibilita a criação de laços de afetividade que, hoje, são fontes do Direito, têm eficácia jurídica.³⁵

³³ FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo código civil: do direito de família; do direito pessoal; das relações de parentesco*. 1. ed. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.25.

³⁴ *Ibid.*, p. 29.

³⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo, SP: Atlas, 2010, p. 173.

Desta forma, os ditos genitores exercem suas funções, materna e paterna pelos laços socioafetivos sendo desnecessária a ligação biológica para garantir a constituição da entidade familiar.

Para Luiz Edson Fachin:

O contido no art. 1593 permite, sem dúvida, a construção da paternidade socioafetiva ao referir-se a diversas origens de parentesco. Dele se infere que o parentesco pode derivar do laço de sangue, do vínculo adotivo ou de outra origem, como prevê expressamente. Não sendo a paternidade fundada na consaguinidade ou no parentesco civil, o legislador se referiu, por certo, à relação socioafetiva. É possível, então, agora, à luz dessa hermenêutica construtiva do Código Civil, sustentar que há, também, um nascimento socioafetivo, suscetível de fundar um assento e respectiva certidão de nascimento. Mesmo no reducionismo desatualizado do novo Código é possível garimpar tal horizonte, que pode frutificar por meio de uma hermenêutica construtiva, sistemática e principiológica.³⁶

Entre outras entidades familiares não explicitadas pelo texto constitucional, mas que merece respeito legislativo podemos citar como exemplo a situação das famílias simultâneas, onde um indivíduo compõe dois ou mais núcleos familiares, nas palavras de Carlos Eduardo Pianovski:

A busca por uma felicidade intersubjetiva que caracteriza a concepção eudemonista permite que no âmbito da pluralidade de arranjos – que se forma na exterioridade do sistema jurídico, mas que é por ele absorvida – alguém, visando a essa felicidade coexistencial, possa situar-se, ao mesmo tempo, em mais de uma entidade familiar. Há em um sistema jurídico aberto, como se vê a possibilidade da apreensão desse fenômeno.³⁷

Não necessariamente estamos falando de bigamia, ou seja, da existência concomitante de várias conjugalidades. Podem ocorrer situações em que filhos de pais separados mantenham contato e afeto com ambos os genitores, os quais constituem um novo núcleo familiar, assim haverá uma família simultânea formada por filiação.

Destarte, não podemos mais pensar na família natural como aquela constituída só pelo vínculo consanguíneo, temos que entender que os grupos familiares formados pelo próprio parentesco instituído na família, mesmo não sendo biológico, merece valorização diante da nova temática social.

³⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família*, n.19, ano 3, mar./ abr. 2003, p. 3.

³⁷ PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Op. Cit., p. 74.

Esses novos arranjos familiares que acabam se formando, por razões diversas e de modos diversos, acabam em alguns casos gerando conflitos de soluções desconhecidas para o direito brasileiro, já que este por diversas vezes se omitiu sobre as conseqüências jurídicas dos novos núcleos familiares. Nesse sentido Paulo Lôbo escreve:

Todavia, o problema pode ser debitado ao próprio direito, na medida em que franqueou as possibilidades de divórcio, e omitiu-se sobre as conseqüências jurídicas das recomposições familiares, quando os divorciados levam filhos da família original para a nova. Entendemos que é possível extrair do sistema jurídico brasileiro, forte nos princípios constitucionais, uma tutela jurídica autônoma das famílias recompostas, como entidades familiares próprias.³⁸

Entende-se que a nossa Carta Magna ao declarar a família como base da sociedade, o faz considerando a família como gênero, assim, alcançando todas as suas espécies. Considerando, ainda, os princípios da dignidade humana, da igualdade e da liberdade, a família tem proteção constitucional.

Diante do exposto, fica claro que o conceito de família é relativo, alterando-se com o passar do tempo de acordo com as mudanças sociais. Contemporaneamente a família existe em virtude de seus integrantes e não o inverso, prevalecendo à valorização do ente familiar e do vínculo afetivo. Enfim, é a valorização da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o Direito em movimento, à luz da dignidade humana, para contemplar as mais diversas situações do indivíduo no social. Merecendo atenção a luz da nossa Constituição

3.4 O DIREITO A CONVIVENCIA FAMILIAR E A PREVALÊNCIA DA FAMILIA NATURAL: UMA PROBLEMATIZAÇÃO NECESSÁRIA

Dentro da temática dos direitos das crianças e dos adolescentes, um dos direitos a ser resguardado é o direito fundamental à convivência familiar como dever supremo da democracia e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. As crianças e os adolescentes possuem o direito de serem criados em uma família.

Este direito fica evidente no ensinamento de José Mônaco da Silva, integrante do Ministério Público de São Paulo, quando ensina que:

³⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. Op. Cit., p. 97.

Toda a sociedade encontra ou deveria encontrar na família o seu ponto de partida. A família é a célula-mãe da sociedade; é o espelho sem o qual a sociedade não poderá prosseguir seu caminho rumo ao bem comum. A família, enfim, é à base da sociedade, como prescreve o art. 226 da Carta Magna.³⁹

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

A família é o primeiro agente socializador do ser humano. De há muito deixou de ser uma célula do Estado, e é hoje encarada como uma célula da sociedade. É cantada e decanta como **base da sociedade** e, por essa razão, recebe especial atenção do Estado (CF 226). Sempre se considerou que a maior missão do Estado é preservar o organismo familiar sobre o qual repousam suas bases. A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece (XVI 3): *A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.*⁴⁰

A convivência familiar e comunitária é primordial para o pleno desenvolvimento e propicia as condições necessárias para a formação da identidade da criança e do Adolescente.

Deste modo, temos a família como entidade fundamental ao desenvolvimento dos membros da sociedade, a família como lugar onde a criança é acolhida, onde, apreende desde a mais tenra idade a dividir as angústias, os temores, as alegrias e todas as vicissitudes que somente a convivência familiar pode lhe proporcionar, até chegar à idade adulta. Essa convivência deve fazer parte da vida das crianças e adolescentes do país e do mundo, mesmo que pareça ser uma utopia pensar desta forma. Na lição de Leonardo Boff, “a utopia serve de provocação para mantermos a história sempre aberta e permanente buscando aproximações da utopia. Se não buscarmos o impossível, acabamos por não realizar o possível”.⁴¹

O agente indicado para proteger as criança e adolescente da vulnerabilidade social de famílias exauridas para cumprir suas funções de proteção social de seus membros é o Estado Juiz que através do poder-dever busca garantir o melhor interesse da criança, primeiramente quando possível reintegrando à família natural, ou secundariamente buscando a família extensa, e por último, procura-se a colocação em família substituta.

³⁹ SILVA, José Mônico da. *A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 5.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito e a justiça*. Op. Cit., p. 29.

⁴¹ BOFF, Leonardo, *apud* FIRMO, M. DE F. C. *A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 4.

O que falta são ações efetivas para colocar em prática o que preconiza a Convenção dos Direitos da Criança, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e as alterações trazidas pela Lei nº. 12.010/2009.

Neste sentido Bodziak aduz:

A convivência familiar e comunitária é concebida como um direito fundamental constitucional, precipuamente por ser um espaço no qual a pessoa exercita sua dignidade e pela importância da vida em família como ambiente natural para o desenvolvimento daqueles que ainda não atingiram a vida adulta, valorizando esta convivência seja na família natural ou substituta.⁴²

A criança tem o direito de ser criada no seio de uma família seja ela natural, extensa, ou substituta, devendo esta garantir ao infante os demais direitos fundamentais que este tem direito.

A ampliação do conceito de família consagrado na Constituição Federal de 1988 auxiliou para que o direito fundamental à convivência familiar fosse melhor executado. O dispositivo constitucional iluminou as legislações especiais, como nota-se nos dizeres de Martha de Toledo Machado:

Anote-se, também, que é em estrita obediência aos preceitos dos artigos 226 e 227 da Constituição Federal – calcados na noção fundante de dignidade humana, e na positivação de que a convivência familiar é direito fundamental de crianças e adolescentes, porque ligado ao valor básico da personalidade infanto-juvenil – que vieram as disposições contidas nos artigos 19 e 25 da Lei nº 8.069/90. Assim é que preceitua o artigo 19 que “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta...”, especificando o artigo 25 que “entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.”⁴³

O legislador constitucional se preocupou com o direito à convivência familiar, mas a legislação especial influenciada pela Constituição coloca que esta convivência seja exercida dentro de sua família natural, tendo em vista a diferença que fez da família substituta, a biológica. Entende-se, que se de modo diverso quisesse o legislador, teria somente colocado a expressão “família” e não “família natural”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 25 dispõe como sendo família natural “comunidade formada pelos pais e qualquer deles e seus

⁴² BODZIAKI, Fernando Wolff. A adoção e as alterações introduzidas pela Lei 12.010/2009: lei nacional de adoção. *Revista Novos Rumos*, Curitiba, n. 166, 2011.

⁴³ MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2003, p. 160.

descendentes”, ou seja, basta à comunidade formada pelos pais, que podem ser conviventes em união estável, ou qualquer deles e seus descendentes.

Ainda, aquela entidade familiar que se estenda para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convivem e matem vínculos de afinidade e afetividade, se enquadra como família extensa ou ampliada teriam prioridade em sua adoção.

Fica evidente que o legislador valorizou sobre maneira os laços de sangue, ficando o fator biológico em um patamar mais elevado. Colaborando ainda mais para que a adoção seja vista como uma filiação de segunda categoria.

Esta dificuldade posta à adoção, com o incentivo a manutenção na família biológica, pode condenar a criança a permanecer no acolhimento institucional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 100 estabelece que, na aplicação das medidas de proteção à criança e ao adolescente vitimizados, deve-se priorizar o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, trabalho multidisciplinar com a família natural, com foco no retorno das crianças e adolescentes a família de origem, evitando-se a destituição do poder familiar em casos que exista possibilidades de reintegração familiar, o difícil é aferir quando não existe mais esta possibilidade.

De acordo com Machado:

Porque a criança tem direito de crescer na convivência com seus pais naturais, a suspensão ou a destituição do pátrio poder ganhou contornos de excepcionalidade ainda mais severa do que aquela que já se sustentava tradicionalmente: apenas as violações severas dos deveres do pátrio poder, que inviabilizem o próprio desenvolvimento sadio da personalidade da criança é que autorizam sua retirada da casa da família natural. (...) O constituinte e o legislador já optaram por um dos pólos dessas polêmicas teóricas, cristalizando a opção em normas jurídicas: na base daquela pirâmide valorativa está a convivência com a família natural.⁴⁴

Colocando a convivência dentro do seio da família natural no ápice desta pirâmide, e a adoção em sua base, de forma a desprestigiar está. Porém, a proteção a estes sujeitos de direitos pode ocorrer de forma diversa da especificada na pirâmide, ou seja, deve-se afastar o menor do seu ambiente familiar de origem, violando o direito fundamental a convivência familiar. A fim de dar maior proteção a criança ou adolescente vitimizados. Pelo fato do dito “seio familiar”, nada se

⁴⁴ MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Op. Cit., p. 163.

comparar a uma família nas suas mais belas acepções. Precisando que o Estado intervenha para que seja respeitado o melhor interesse da criança que está sendo vitimizada.

O Estatuto estabelece que as ações do governamentais devem cumprir a doutrina da proteção integral e do resgate dos direitos de indivíduos e famílias. Assim, através do aparato legal o Estado tem responsabilidade com a proteção à família e seus membros, especialmente quando em desenvolvimento.

O Estado através de políticas públicas deve promover a proteção social à família, de forma que esta tenha possibilidades e condições de gerir seus integrantes, assegurando todas as garantias e direitos fundamentais. O Estado deve promover políticas sociais executadas de forma articulada, buscando atender os indivíduos e famílias e diminuir institucionalização de crianças e adolescentes.

O Estado tem a função de provedor social para que as famílias encontrem respostas para os desafios a que são submetidas, fato este que por muitas vezes não ocorre pelo ente público, resultando na quebra do núcleo familiar e por sua vez na violação do direito à convivência familiar e comunitária.

Segundo complementa Ana Carla Harmatiuk Matos e Ligia Ziggotti de Oliveira o Estado figura “como guardião do interesse desse importante aspecto, já que se mobiliza em prol da tutela dos interesses individuais indisponíveis das crianças e jovens a quem falta capacidade”.⁴⁵

A Lei Nacional de Adoção, busca a efetivação do direito à convivência familiar e comunitária dos infantes brasileiros, expressa a preocupação e a urgência de efetivar a legislação para concretizar os direitos da criança e do adolescente, garantido o direito fundamental à convivência familiar como propõe o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta [...]”.

Os menores, em fase peculiar de desenvolvimento, são titulares de direitos estabelecidos em todos os instrumentos normativos mencionados até aqui, competindo ao Estado e a sociedade garantia do direito fundamental à convivência familiar.

⁴⁵ MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de. O princípio do melhor interesse da criança nos processos de adoção e o direito fundamental à família substituta. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12. 2012, p. 287.

Toda a criança e adolescentes têm direito a uma família, independente da configuração desta, devendo o Estado garantir os vínculos. Porém a realidade socioeconômica, situações de omissão ou abuso dos pais, as dificuldades da família em cumprir a suas funções, junto com a falta de apoio do poder público, acabam levando ao abandono social dessas crianças e adolescentes. Abstendo a convivência na família natural, destituindo os detentores do poder familiar e submetendo-as em muitos casos a medida de acolhimento institucional.

3.4 A IMPORTÂNCIA DA FAMÍLIA, OS ABALOS DE SUA PRIVAÇÃO E O ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

A proteção dos direitos das crianças e adolescentes sofreu uma evolução na tentativa de buscar o melhor interesse dos mesmos, porém problemáticas ainda existem.

A família tem papel fundamental no desenvolvimento da criança e do adolescente, mas o que temos são infantes privados desse direito, sofrendo danos na personalidade, dignidade e desenvolvimento.

A família tem um papel primordial no desenvolvimento da criança e do adolescente, é no meio da entidade familiar que a pessoa desenvolve sua completa socialização, adquire valores sociais, aprendendo a diferenciar o certo do errado, o justo do injusto. Quando privados desse direito, os infantes sofrem danos da personalidade, dignidade e desenvolvimento.

Como já analisado, a família é a base da sociedade e exerce nela importantes funções, como a de ser pilar fundamental para o desenvolvimento das pessoas na sociedade. A família é tão importante a ponto de ser juridicamente caracterizada, sofrendo alterações com o passar do tempo, além de ser um instituto em constante transformação.

Os pais são importantes peças no desenvolvimento psicológico da criança, com eles ela estabelece as primeiras relações, as quais são levadas para uma vida inteira.

A tarefa de fazer a pessoa ter um desenvolvimento sadio é muito mais difícil para qualquer outro grupo que não a família. Não que o desenrolar do crescimento dentro do seio familiar seja garantia de que a criança irá se desenvolver sem problemas, ou ainda que a ausência trará conseqüências negativas à criança.

Mesmo existindo problemas aceitáveis, a família auxilia o crescimento emocional do infante e exerce variadas funções de capacitação para a vida em sociedade.

Contemporaneamente a família não é mais aquela fundada no casamento, patriarcal, onde o marido é o chefe da família, e sim aquela fundada nos laços de afeto.

Nesse sentido, corrobora Fachin:

Sustenta-se uma concepção plural e aberta de família que, de algum modo, conforte, agasalhe e dê abrigo Durant o trânsito da jornada de cada um e de todos os coletivamente. Nela se ambiciona todo o desfrute possível sem perder a percepção poética da própria existência. Anda-se, pois, no equilíbrio da corda bamba do impossível.⁴⁶

A família passou a ser um espaço de afetividade, onde seus integrantes buscam a realização de seus anseios na pessoa de cada integrante. A consangüinidade não é mais definidora de família, agora a presença de laços de afeto, faz surgir a “nova” parentalidade.

Porém, a privação de cuidados parentais é capaz de produzir danos à crianças e aos adolescentes, acerca do tema a promotora de justiça Ivanise Jann de Jesus⁴⁷, faz um estudo exploratório consultando vários autores a respeito dos danos produzidos pela privação da família. Neste estudo a autora conclui que a privação do amor familiar pode gerar efeitos tanto na saúde mental como na personalidade da criança. Quase sempre tendo o desenvolvimento físico, intelectual ou social retardado, variando de acordo com a idade da criança e com o tempo que ficou privada e com a intensidade do amor que lhe faltou.

A autora ainda aponta que as crianças que sofrem privação de uma família desde seus primeiros anos de vida desenvolvem-se de forma insatisfatória, devido a falta de motivação e de oportunidade para exercitarem suas capacidades.

No ambiente familiar, mesmo dentro da limitação de cada família, a criança é encorajada a se expressar socialmente, seja para satisfação de seus desejos, seja criando um mundo para si.

⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Família cidadã pela ternura e pelo afeto*. Disponível em: http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_edson/afeto.pdf>. Acessado em 21 set. 2013.

⁴⁷ BOWLBY, John, 1995 *apud* JESUS, Ivanise Jann de. Criança maltratada: retorno à família? Um estudo exploratório em Santa Maria/RS. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 54, 2004/2005, p.158

A criança acolhida tem partes desta fase perdida, pois devido ao atendimento coletivo padronizado existe uma dificuldade de atividade individual encorajadora para o infante. No contexto institucional as oportunidades são mais restritas para o desenvolvimento de suas capacidades.

Dentro da instituição de acolhimento a criança tem outras preocupações, como: horário para alimentação, se sobrar comida para ela, ou mesmo com quem vai dividir a cama na hora de dormir. Por mais bem estruturadas que sejam estas instituições, o que impera é o instinto da sobrevivência.

Ocorrem casos de privação parental com crianças que têm mais de três ou quatro anos de idade, que tendem em muitas vezes interpretar mal a situação, achando que são o pivô do acontecido.

Cita a autora que:

Em obras psiquiátricas infantis, há referências expressas de crianças que acreditaram seriamente que estavam sendo mandadas para longe de casa como castigo por serem más. Em outras ocasiões, há casos em que a criança imagina que foi por culpa sua que o lar se desfez. Isso resulta num apego ao passado insatisfatório, tentando recusar a todo o momento a nova situação, resultando numa personalidade inquieta, insatisfeita, infeliz. Winnicott nos coloca que o sentimento de segurança de uma criança está intimamente ligado às suas relações com os pais. Assim, torna-se óbvio, nas palavras do autor, que ninguém mais pode lhe dar tanto.⁴⁸

Outra questão relevante é a insegurança nas instituições, pois as crianças que ficam no abrigo e vêem seus colegas sendo adotados ficam pensando o porquê ainda estão lá, ou quando serão adotadas, e isso acaba gerando um abalo emocional do menor.

O acolhimento tem vários problemas, não dando conta das necessidades das crianças e adolescentes. Por diversas vezes acaba sendo prolongado demais, violando no todo ou em parte o direito à convivência familiar, ocasionando danos muitas vezes irreparáveis ao infante.

Dentro dos institutos de acolhimento são construídos laços afetivos que se quebram facilmente, grande parte dos institutos é filantrópica ou mantida por comunidades religiosas, e ocorre uma rotatividade elevada das pessoas que desenvolvem a tarefa de cuidadoras das crianças acolhidas, prejudicando o frágil vínculo de afeto, e fazendo com que a criança fique num processo contínuo de

⁴⁸ BOWLBY, John *apud* JESUS, Ivanise Jann de. Criança maltratada: retorno à família? Um estudo exploratório em Santa Maria/RS. Op. Cit., p.158.

perdas, separação e abandonos, prejudicando de forma evidente o seu desenvolvimento.

Diante do exposto, o acolhimento institucional deve ter caráter excepcional e provisório, tendo como princípio basilar a reintegração familiar, seja ela natural, extensa ou substituta.

Feitas tais considerações, cumpre prosseguir a análise, momento em que o enfoque será no instituto da adoção, para posteriormente passar para o estudo da nova lei de adoção como efetivação do direito fundamental à convivência familiar

4 DA ADOÇÃO

4.1 DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

Dentre as questões tratadas pela legislação, mais precisamente na parte pertinente ao direito de família, a adoção constitui-se em um tema sensível envolvendo crianças e adolescentes e a sua colocação em um novo lar. A Lei ao longo dos anos sofreu mutações objetivando proteger e valorizar crianças e adolescentes, já que são estes a parte mais frágil conforme se pode observar ao estudar a evolução legislativa a respeito de tal instituto.

4.2 NOTAS ACERCA DA ADOÇÃO

A adoção é uma modalidade de filiação que busca imitar a filiação natural, podendo ser conhecida como filiação civil, já que não resulta de uma relação biológica e tem seu início diante da manifestação de vontade, sendo uma filiação exclusivamente jurídica. Pode-se inclusive dizer que a adoção é um negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas, onde uma pessoa goza o estado de filho de outra pessoa.

Nesta esteira, Silvio Rodrigues leciona que “adoção é o ato do adotante pelo qual traz ele, para sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha.”⁴⁹

Para a jurista Maria Helena Diniz:

A adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente lhe é estranha. Dá origem, a uma relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado. É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre o adotante e o adotado um laço de parentesco de 1º grau em linha reta.⁵⁰

A ideia de Arnaldo Wald é no seguinte sentido: “a adoção é uma ficção jurídica que cria o parentesco civil. É um ato jurídico bilateral que gera laços de

⁴⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Direito de Família*. Op. Cit., p. 340.

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. Op. Cit., p. 448.

paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexiste naturalmente”.⁵¹

Na visão doutrinária de Silvio de Salvo Venosa:

A adoção é modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade, conforme o Código Civil de 1916, ou de sentença judicial, no atual sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90), bem como no corrente Código. [...] A adoção moderna é, portanto, um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas. O ato de adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico.⁵²

Finalmente, tem-se a noção trazida por Arnaldo Rizzardo, o qual ensina:

Em termos singelos, nada mais representa esta figura que o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho. Em última análise, corresponde à aquisição de um filho através de ato judicial de nomeação. Anteriormente ao Código de 2002, dava-se também contrato celebrado por meio de escritura pública.⁵³

O que se denota da leitura destes diversos posicionamentos doutrinários acerca da noção conceitual de adoção, sob a égide da legislação vigente, é que não há divergência sobre sua definição, de modo que se passa à análise da natureza jurídica deste instituto.

Quando da vigência do Código Civil de 1916, a natureza jurídica da adoção se assemelhava à do Direito Romano, vez que a mesma consistia em um ato de vontade que requeria o consentimento das duas partes.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou esta a constituir-se por ato complexo e exigir uma sentença judicial, com previsão expressa o artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente, para os menores de 18 anos.

Sobre a temática, posiciona-se Caio Mário da Silva Pereira:

A bilateralidade na adoção foi considerada por muitos como um “contrato”. Não obstante a presença do *consensus*, não se pode dizê-la um contrato, se tiver em consideração a figura contratual típica do direito das obrigações. Alguns a qualificam simplesmente ato solene. Outros, como instituto de ordem pública, produzindo efeitos em cada caso particular na dependência

⁵¹ WALD, Arnaldo. *Direito de Família*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 154.

⁵² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, 261.

⁵³ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família: Lei nº 10.406 de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 531.

de um ato jurídico individual. Invocando-se o símile do casamento, na adoção podem ser observados os dois aspectos: de sua formação e do *status* que gera.

No primeiro, dar-se-á um ato de vontade submetido aos requisitos peculiares. No segundo está presente a sua natureza institucional, que lhe empresta solenidade e estrutura.⁵⁴

Com a edição do Código Civil de 2002, a adoção não mais comporta o caráter contratualista assinalado anteriormente como ato praticado entre adotante e adotado, vez que, o Estado passou a interferir por meio do preceito constitucional de cunho impositivo.

Ainda, ressalta-se o fato de que resultando a adoção em filiação civil, o preceito contido no § 5º do artigo 227 não se dissocia do princípio amplo do § 6º do mesmo artigo, segundo o qual existe relação de igualdade entre filhos consanguíneos e adotivos. E, finalmente, o terceiro contexto é o que se refere ao teor do artigo 227, também da Constituição Federal, segundo o qual é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente prioridade absoluta relativamente ao amparo, ao sustento, à proteção e à dignidade humana.

No que concerne à natureza jurídica, a fim de complementação da idéia acima explanada, é de vital importância a exposição do posicionamento de Silvio de Salvo Venosa:

A definição da natureza jurídica da adoção sempre foi controvertida. A dificuldade decorre da natureza e origem do ato. [...] A linha francesa tradicional admite o instituto como contrato, sustentando que há necessidade de duas vontades, participando o adotado por si ou por representante. Em algumas situações, porém, a vontade do adotando inexistente, o que dificulta a compreensão dessa doutrina.

Na verdade, havendo duas modalidades distintas de adoção no Direito brasileiro, de acordo com o Código de 1916, cada uma delas apresenta nitidamente natureza jurídica própria. A adoção do Código Civil de 1916 realçava a natureza negocial do instituto, como contrato de Direito de Família, tem em vista a singela solenidade da escritura pública que a lei exigia (art. 375). Por outro lado, na adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente não podemos considerar somente a existência de simples bilateralidade na manifestação de vontade, porque o Estado participa necessária e ativamente do ato, exigindo-se uma sentença judicial, tal como faz também o Código Civil de 2002. Sem esta, não haverá adoção. A adoção moderna, da qual nossa legislação não foge à regra, é direcionada primordialmente para os menores de 18 anos, não estando mais circunscrita a mero ajuste de vontades, mas subordinada à inafastável intervenção do Estado.⁵⁵

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mario. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 393.

⁵⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. Op. Cit., p. 265-266.

Tais assertivas permitem afirmar que no ordenamento pátrio, a natureza jurídica da adoção é de interesse público e não contratual, como o era antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, natureza esta que é reforçada com a edição da Lei Ordinária nº. 12.010/2009, onde o legislador criou instrumentos capazes de permitir um acompanhamento estatal mais próximo das famílias e das partes (crianças e adolescentes) envolvidas no procedimento de adoção.

Agora a adoção não tem mais o intuito de dar filhos há quem não pode tê-los, mas sim buscar um lar acolhedor para uma criança.

Como aduz Eduardo de Oliveira Leite:

O instituto da adoção enseja na possibilidade concreta de efetivação de um direito fundamental de toda a criança e adolescente: o direito à convivência familiar. Daí decorre que a evolução conceitual, sociocultural e jurídica que o instituto vem sofrendo no decorrer da história exprime um caráter diferenciador da compreensão da infância, das suas necessidades e conquistas no nosso pretendido desenvolvimento civilizatório. Assim, de um mero acordo bilateral de vontades, em que se assegura a certas pessoas condições de adotar outras, para a concepção de que se trata de um instituto de natureza pública, o qual objetiva atender um princípio: o do superior interesse da criança ou adolescente em crescer e desenvolver-se em um ambiente familiar [...] entendemos que este se constitui, essencialmente, como o espaço de afetividade, da construção de valores como o respeito, o amor, a liberdade, elementos indispensáveis à formação e desenvolvimento integral do ser humano.⁵⁶

Quanto os aspectos históricos da adoção estes são variados, não sendo possível uma explicação breve e contínua dos fatos, ainda mais que não existe só um caminho para o conhecimento da história, já que cada sujeito enxerga os fatos de forma distinta, não sendo possível uma análise neutra, sobre pena de excluir as outras possibilidades e perspectivas históricas.

Demonstrado algumas considerações acerca da adoção, transita-se, a seguir, pelo exame dos instrumentos da nova lei de adoção.

4.3 INSTRUMENTOS DA LEI N. 12.010 DE 2009 E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

⁵⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira; HIRSCHFELD, Adriana Kruchin. *Grandes temas da atualidade: adoção, aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 221.

Ocorre que, no dia três do mês de agosto de 2009, foi sancionada a Lei Nacional de Adoção, a qual entrou em vigor noventa dias após a sua publicação. O seu primeiro dispositivo anuncia que seu objetivo é o aperfeiçoamento do sistema voltado à garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê que a intervenção do Estado será prioritariamente direcionada à orientação, apoio, promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer.

Igualmente, apenas na impossibilidade de manutenção da criança ou adolescente em sua família natural é que será colocada sob adoção, tutela ou guarda, em observação às regras e aos princípios estabelecidos na Lei nº 8.069 de 1990 e na Constituição Federal.

Propõe a Nova Lei que a criança ou adolescente, não podendo ficar com sua família natural, deverá permanecer com a família extensa e, apenas excepcionalmente, ser colocada em família substituta.

A adoção tornou-se, então, medida excepcional. Se não vejamos o que dispõe a redação conferida ao §1º do art. 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 39 - [...]

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

Maria Berenice Dias se posiciona desfavorável à medida:

Ninguém questiona que o ideal é crianças e adolescentes crescerem junto a quem lhes trouxe ao mundo. Mas há uma realidade que precisa ser arrostada sem medo. Quando a convivência com a família natural se revela impossível ou é desaconselhável, melhor atende ao interesse de quem a família não deseja ou não pode ter consigo, ser entregues aos cuidados de quem sonha reconhecê-los como filhos.⁵⁷

Em, sendo efetivamente constatada a hipótese de colocação da criança ou adolescente em família substituta, deverá haver a sua preparação gradativa, bem

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Op. Cit., p. 01.

como o acompanhamento posterior, a serem realizados por equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude.

Observa-se que os grupos de irmãos devem ser colocados sob adoção, tutela ou guarda em uma única família, exceto em situações que justifiquem solução diversa, a serem analisadas pela Justiça. Não está comprovado o benefício da obrigatoriedade de adoção conjunta, uma vez que pessoas que querem adotar apenas uma criança podem deixar de adota lá, já que terão que adotar também seu irmão ou até mesmo irmãos.⁵⁸

Em relação à criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, deverão ser também observados alguns requisitos peculiares como o de que a inserção familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia, e que o caso seja acompanhado por órgão federal responsável pela política indigenista.⁵⁹

Por fim, deve ser observado que o artigo 166 do Estatuto que dispõe sobre o consentimento dos titulares do poder familiar quanto à colocação da criança ou adolescente em família substituta, que em caso de concordância serão ouvidos pela autoridade judiciária e pelo representante do Ministério Público, tomando a termos suas declarações.

Este será precedido de orientações e esclarecimentos, em especial nos casos de adoção, quanto à sua irrevogabilidade, vez que deverão ser esgotados os esforços para a manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa.

O consentimento é retratável⁶⁰ até a data da publicação da sentença de adoção. Ressalta-se que os titulares do poder familiar não poderão consentir antes do nascimento da criança.

A família substituta recebe a devida orientação através da equipe interprofissional a serviço do Poder Judiciário, e preferencialmente deve ser apoiada pelo órgão técnico municipal responsável pela garantia do direito à convivência

⁵⁸ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Op. Cit.

⁵⁹ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Op. Cit.

⁶⁰ O Superior Tribunal de Justiça, em decisão da 3ª Turma do Tribunal que teve como relatora a Ministra Nancy Andrighi, determinou que uma menina que havia sido levada a um abrigo para adoção poderia ser devolvida à mãe biológica. No caso a mãe havia concordado com a adoção, mas se arrependeu da decisão 9 dias depois. “nesse caso felizmente a retratação foi possível, o processo andou com uma certa celeridade e a criança pode voltar pra mãe”.

familiar. Esta equipe fará relatórios minuciosos, não sendo possível afastar o estágio de convivência, a não ser em caso de tutela ou guarda legal que já seja do adotante.

Importante salientar que o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente não trazem qualquer restrição quanto ao sexo, ao estado civil ou até mesmo quanto à orientação sexual do adotante. A única preocupação do legislador é com o bem estar do menor.

Assim, leciona Maria Berenice Dias:

É permitida a colocação de crianças e adolescentes no que é chamado de família substituta, não sendo definida a conformação dessa família. Limita-se a Lei a definir o que seja família natural, não se podendo afirmar que esteja excluída de tal conceito a família homoafetiva. De qualquer modo, diante da definição da família natural, descabe concluir que a família substituta deve ter a mesma estrutura. Ou seja, não há impedimento para um par homossexual abrigar uma criança como família substituta.⁶¹

Não existe no ordenamento jurídico brasileiro vedação ou autorização de adoção por pessoas do mesmo sexo, sendo de certa forma, o indeferimento da adoção tendo como base a conjugalidade escolhida pelo adotante, mostra somente como é tratado de forma preconceituosa esse tema. No entanto o Supremo Tribunal Federal vem firmando jurisprudência⁶² em relação à questão.

Portanto, é necessário retirar o véu do preconceito, respeitando determinado grupo de pessoas, bem como a sua forma de união, sua escolha de vida, garantindo às crianças e aos adolescentes o direito à convivência familiar.

Outra inovação advinda da Nova Lei diz respeito ao direito conferido ao adotado, após completar dezoito anos, de conhecer sua família biológica e ter acesso irrestrito ao processo de adoção, podendo inclusive se desejar, saber quem são seus pais biológicos. Esta previsão pode ser considerada como uma evolução, tendo em vista que antes era necessário que houvesse toda uma movimentação judicial para que isto ocorresse, e agora esta é uma regra, se assim o adotado desejar.

Quanto aos benefícios Maria Berenice Dias assevera:

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito e a justiça*. 4. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2009, p. 215

⁶² Em decisão polêmica o Supremo Tribunal Federal na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº. 4.277, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, tendo os mesmos efeitos das uniões estáveis heterossexuais, assim, não há que se falar em óbices legais para o deferimento da adoção homoafetiva, tendo em vista que o Estatuto da Criança e Adolescente no artigo 42, §2, coloca como possível a adoção conjunta, contanto que se comprove a união estável ou o casamento dos postulantes.

Claro que a lei tem méritos. Assegurar ao adotado o direito de conhecer sua origem biológica e acesso ao processo de adoção (ECA 48), é um deles. Aliás, tal já vinha sendo garantido judicialmente. A manutenção de cadastros estaduais e um cadastro nacional, tanto de adotantes, como de crianças aptas à adoção (ECA 50, 5º), é outro mecanismo que visa agilizar a adoção. A providência, aliás, tinha sido determinada há um ano pelo Conselho Nacional da Justiça (Res. 54/08). Inclusive a inscrição nos cadastros deve ocorrer em 48 horas (50, § 8º), cabendo ao Ministério Público fiscalizá-los (ECA 50, § 12). Também é salutar assegurar preferência ao acolhimento familiar do que ao institucional (ECA 34, § 1º), bem como garantir aos pais o direito de visitas e manter o dever de prestar alimentos aos filhos quando colocados sob a guarda de terceiros (ECA 33, 4º).⁶³

Foi assegurada prioridade absoluta na tramitação dos processos e procedimentos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na execução dos atos e diligências judiciais a eles inerentes, sob pena de responsabilidade.

O que se constata diante da redação dos novos dispositivos inseridos no Estatuto da Criança e do Adolescente e ainda a revogação de outros artigos do mesmo regramento, bem como do Código Civil, é que o Estado passou a atuar de forma direta e incisiva sobre o procedimento da adoção em geral, criando mecanismos mais rígidos e “eficazes” na busca do melhor interesse daquele que é submetido à adoção.

Em síntese, restaram na esfera do Código Civil de 2002, após a edição da Lei em estudo, os artigos 1.618 e 1.619, sendo revogados os demais dispositivos.

Com a edição da Lei nº. 12.010/2009 alguns dos requisitos anteriormente exigidos para a realização da adoção sofreram alterações.

A adoção passou a ser considerada como medida excepcional e irrevogável, cabível somente quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa.

A realização de adoção por instrumento de procuração continua vedada, sendo, no entanto, permitida a adoção para os maiores de 18 anos de idade, independentemente de seu estado civil, o que se coaduna com a entidade familiar formada por apenas uma única pessoa.

⁶³ DIAS, Maria Berenice. *O lar que não chegou*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_o_lar_que_n%E3o_chegou.pdf. Acesso em: 20 setembro 2013.

Em relação à adoção por casal ou pessoas que convivam em regime de união estável, passou a nova legislação a exigir que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

No que tange à diferença de idade exigida por lei entre o adotante e o adotado, há previsão legal do Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de que haja entre ambos uma diferença mínima de 16 anos.

Utilizando-se de outros termos, é possível afirmar que a adoção sob a égide da nova Lei não sofreu grandes alterações em relação a seus requisitos essenciais, tendo, no entanto, sido alvo de alteração a questão pertinente à excepcionalidade da concessão de tal medida, eis que caberá ao Estado uma fiscalização mais assídua e severa acerca do acolhimento institucional das crianças e adolescentes, na busca pela primazia do melhor interesse destas.

Ainda, a nova lei de adoção teve uma forte discussão a respeito da exacerbação de regras impostas, há doutrinadores que defende que a burocratização atrasa, dificulta e desestimula a adoção, impedindo a concretização do direito fundamental à convivência familiar e tardando o melhor interesse do infante.⁶⁴

Porém, a quem defenda que todo este aparato legislativo teve como escopo resguardar, reorganizar a proteção integral e a garantia da convivência familiar, não sendo a celeridade da adoção a efetivação deste direito fundamental. Uma vez não respeitadas às devidas observações legislativas, a inserção as pressas de uma criança em um novo núcleo familiar pode gerar danos ainda maiores ao infante. O Estado busca nesta visão, salvaguardar de forma integral e coerente o melhor interesse da criança e a efetivação do direito à convivência familiar de forma sadia.⁶⁵

Assim, a garantia à Convivência Familiar, defendida por doutrinadores como, como Maria Berenice Dias, Euclides de Oliveira e Zeno Veloso, deve ser garantida, porém, de forma saudável e atestada, sim, pelo Estado que tutela esse adolescente ou criança abandonado (art.227, VI da CF/88). Não sendo a celeridade garantia máxima da Convivência Familiar ou Proteção Integral deste indivíduo em fase peculiar de formação.⁶⁶

⁶⁴ SARATY, Jamille. *Lei da adoção: o lado bom da burocracia oficial*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3390, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22790>>. Acesso em: 11 out. 2013.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

4.4 DAS INOVAÇÕES DA ADOÇÃO APÓS A LEI 12.010 DE 2009, EM BUSCA DO DIREITO FUNDAMENTAL A CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A Lei Nacional da Adoção trouxe modificações ao ordenamento jurídico pátrio, a fim de, aperfeiçoar os processos referentes a essa prática.

Nas ponderações de Ana Cláudia Alves:

As principais modificações trazidas com a Lei nº. 12.010/2009 foram: criação do Cadastro Nacional de adoção o qual reúne os dados das pessoas que querem adotar e das crianças e adolescentes aptos para a adoção, de modo a impedir a adoção direta; também estabelece uma preparação psicológica de modo a esclarecer o significado de uma adoção e promover a adoção de pessoas que não são normalmente preferidas.⁶⁷

Assim, com base nesta sucinta explanação trazida, será feita uma análise geral dos dispositivos legais que foram alterados pela entrada em vigor da Lei Nacional de Adoção.

4.4.1 Do acolhimento institucional e familiar

Em relação às chamadas “Medidas Específicas de Proteção às Crianças e Adolescentes”, o Estatuto da Criança e do Adolescente, após a edição da Lei Nacional de Adoção passou a prever, em seu artigo 101, o acolhimento institucional e a inclusão em programa de acolhimento familiar, visando não apenas um controle judicial como também coibir práticas abusivas e arbitrárias, como por exemplo: o afastamento da criança ou adolescente do seio familiar por simples decisão administrativa do Conselho Tutelar.⁶⁸

O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando em privação de liberdade.⁶⁹

⁶⁷ ALVES, Ana Cláudia. Aspectos relevantes sobre a nova lei de adoção. Disponível em: <http://felizvida.com.br/aspectos-relevantes-sobre-a-nova-lei-de-adocao>>. Acessado em: 01 ago. 2013.

⁶⁸ DIGIÁCOMO, Murillo José. *A nova “Lei de Adoção” e a judicialização do acolhimento institucional*. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=925>>. Acesso em: 01 ago. 2013.

⁶⁹ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Op. Cit.

Em sendo constatada a possibilidade da realização de reintegração familiar, a autoridade judiciária será avisada imediatamente para que tome as providências cabíveis. E, na hipótese de ser constatada a impossibilidade de tal reintegração, o respectivo relatório será encaminhado ao Ministério Público para a destituição do poder familiar, ou destituição de tutela ou guarda, conforme for o caso concreto.⁷⁰

Além disso, há de se destacar que as crianças e adolescentes que estiverem inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional terão suas situações reavaliadas a cada período de, no máximo, seis meses. Quando então será elaborado relatório por equipe interprofissional ou multidisciplinar a ser analisado pela autoridade judiciária competente, a qual decidirá quanto à reintegração familiar ou colocação em família substituta.⁷¹

Deve ser observado que, nos termos da nova lei de adoção, a preferência será sempre com relação à manutenção ou reintegração da criança ou adolescente à sua família natural.

Neste sentido pondera Walter Gomes de Souza:

Por trás dessa exigência imposta pela Lei 12.010/09, de persecução da inserção da criança/adolescente em família biológica, a partir de ações da instituição de acolhimento e de políticas públicas do Estado, existe o que se considera a glorificação dos laços de consanguinidade em detrimento dos vínculos de socioafetividade. Não é verdade que a biologia gera afeto ou garante a sedimentação dos laços de filiação. O que gera afeto e garante a estruturação do status de filiação é a participação, o acolhimento, o agasalhamento emocional, a presença, a entrega.⁷²

O Estatuto da Criança e do Adolescente ainda prevê que as crianças e adolescentes não deverão permanecer por mais de dois anos em programas de acolhimento institucional, a menos que reste comprovada a necessidade da medida em prol dos seus interesses, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

Quanto ao procedimento de destituição do poder familiar a lei também cria prazos o qual não deverá ultrapassar 120 dias, de modo que quando descumpridas essas regras a violação ao convívio familiar estará presente.⁷³

⁷⁰ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Op. Cit.

⁷¹ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Op. Cit.

⁷² SOUZA, Walter Gomes de. *A nova lei de adoção e seus efeitos*. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2011/a-nova-lei-da-adocao-e-seus-efeitos-walter-gomes-de-souza>>. Acessado em: 10 nov. 2013.

⁷³ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Op. Cit.

4.4.2 Dos cadastros de adoção

No que tange a habilitação prévia para adotar, ela era tratada em apenas um artigo com dois parágrafos sem qualquer procedimento específico. Agora não é mais assim, já que a Nova Lei de Adoção veio para organizar melhor as regras deste instituto, prevendo a criação de um Cadastro Nacional e Estadual de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados para adoção.

A legislação vigente ainda prevê que os cadastros para pessoas ou casais residentes fora do País serão distintos e consultados apenas na inexistência de postulantes nacionais habilitados, ou seja, a adoção internacional passou a ser possível em último caso.

Maria Berenice Dias considerou exagerada tal regulamentação, ao afirmar que:

A adoção internacional, de fato, carecia de regulamentação. Mas está tão exaustivamente disciplinada, há tantos entraves e exigências que, dificilmente, conseguirá alguém obtê-la. Até porque, o laudo de habilitação tem validade de, no máximo, um ano (ECA 52, VII) e só se dará a adoção internacional depois de esgotadas todas as possibilidades de colocação em família substituta brasileira, após consulta aos cadastros nacionais (ECA 51, II). Depois a preferência é de brasileiros residentes no exterior (ECA 51, § 2º). Assim, os labirintos que foram impostos transformaram-se em barreira intransponível para que desafortunados brasileiros tenham a chance de encontrarem um futuro melhor fora do país.⁷⁴

Assim, quando não existir mais nenhuma possibilidade de a criança ou adolescente ser adotado por pessoas residentes no País, será aberta a possibilidade de adoção internacional.

Em linhas gerais, foi adotado o posicionamento no sentido de que a inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, a qual, sempre que possível, incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude.⁷⁵

Nesta linha expõe Rodrigues Filho:

⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. *O lar que não chegou*. Op. Cit.

⁷⁵ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Op. Cit.

No Brasil, as pessoas interessadas em adotar crianças e adolescentes, devem se cadastrar nas comarcas ou foros regionais, bem como deve existir também um cadastro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados. Para tal, o Ministério Público deve participar, bem como técnicos e profissionais da área, como psicólogos e assistentes sociais. [...] O ECA, Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê no seu ordenamento, que todo este processo de adoção seja feito de maneira sistemática com acompanhamento e orientação à família e a criança adotada. A adoção requer uma apreciação demorada para ser formalizada, sendo que a competência para processar e julgar os casos de adoção é do Juiz da Infância e da Juventude ou juiz que exerça essa função, conforme a referida Lei.⁷⁶

Sob pena de responsabilidade, o juiz deverá providenciar em até 48 (quarenta e oito) horas a inscrição das crianças e adolescentes em condições de serem adotados que não tiveram colocação familiar na comarca de origem, e também das pessoas ou casais que tiveram deferida sua habilitação à adoção nos cadastros estadual e nacional.⁷⁷

A criança ou adolescente que estiver aguardando ser adotado, sempre que for possível e recomendável, serão colocadas sob guarda de família cadastrada em programa de acolhimento familiar.⁷⁸

O deferimento da adoção a candidato domiciliado no Brasil que não esteja previamente cadastrado é exceção, a qual só ocorrerá nos casos de adoção unilateral; adoção por parentes da criança ou adolescente com quem mantenha vínculos de proximidade; ou, oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de três anos ou adolescente, após comprovada a fixação de laços afetivos.⁷⁹

Por fim, quanto às pessoas e casais que já estavam inscritos nos cadastros de adoção quando do advento da Lei Nacional da Adoção, estes não foram prejudicados, pois tiveram prazo de até um ano, contado da entrada em vigor da aludida legislação, para freqüentar a preparação psicossocial e jurídica, sob pena de cassação de sua inscrição no cadastro.

⁷⁶ FILHO, Eduardo Paulucci Rodrigues. *Direito de Família: Adoção*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/V2/DHALL.ASP?ID_DH=6065>. Acessado em: 10 nov. 2013.

⁷⁷ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Op. Cit.

⁷⁸ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Op. Cit.

⁷⁹ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Op. Cit.

CONCLUSÃO

Ao examinar-se o direito fundamental e demais princípios constitucionais de proteção à criança e ao adolescente, temos o infante como sujeito de direitos fundamentais, assim devendo ter atenção prioritária e absoluta, voltada ao seu bem-estar e interesses. Destacaram-se, ainda, os sistemas de proteção dos direitos humanos, que iniciaram com as Convenções internacionais irradiando na Constituição brasileira em seu art. 227, onde tornou o direito fundamental à convivência familiar uma garantia Constitucional.

A preocupação com a dignidade da pessoa humana, que culminou no artigo constitucional supra mencionado faz surtir efeitos principiológicos, como o melhor interesse da criança e do adolescente e o direito convivência familiar, sendo ensejo para a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente.

Objetivou-se deixar claro que o direito à convivência familiar é considerado como direito humano e fundamental do infante e adolescente brasileiro. Vivendo no seio familiar a pessoa desenvolve e completa o ciclo de socialização, adquire valores sociais e aprende a diferenciar os comportamentos sociais. A família seja ela natural, extensa, ou substituta, é a primeira instituição para satisfazer as necessidades da criança, tendo como norteadores desta responsabilidade de formação e acompanhamento os pais, a sociedade e o Estado.

Demonstraram-se, ainda, as mudanças ocorridas no instituto da família, a pluralidade familiar estabelecida pela constituição, a desbiologização, que veio de encontro aos anseios da sociedade de forma a respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana e garantir seus direitos.

Ainda, foi possível visualizar a valorização da família natural, em detrimento da família constituída nos laços de afeto, a adoção sendo alçada para uma filiação de segunda categoria. Sendo, desta forma, uma problemática diante da nova realidade familiar que vivemos, a pluralidade de arranjos familiares, baseada em valores como a solidariedade, a afeição, o companheirismo, o amor, elementos que podem ser mais importantes que os laços existentes pela consangüinidade, lugar onde o indivíduo é livre para buscar a felicidade e encontrar tudo que precisa para ter seu pleno desenvolvimento.

É vidente que a Lei n. 12.010/2009 trouxe mudanças sobre o tema em questão, tornando-se marco significativo em relação aos direitos humanos infanto-juvenis, dentre eles o direito à convivência familiar.

A nova Lei de Adoção tem como função principal proporcionar o aumento significativo do número de adoções no país, e, conseqüentemente, a diminuição do número de crianças em abrigos, ou seja, ela visa à proteção dos direitos da criança e do adolescente, e, dentro desta área, à implementação de seu direito à convivência familiar, que passou a ser fundamental.

A lei teve como objetivo beneficiar, ou seja, garantir o direito fundamental à convivência familiar àquelas crianças e adolescentes que estão em busca de um lar. Porém, ocorre que a lei acabou por burocratizar o processo de adoção, seja pela prioridade dada a família natural, deixando o processo moroso, seja por, criar mais empecilhos para os pretendentes brasileiros ou não. A doutrina favorável alega que foi para salvaguardar ao máximo os direitos das crianças e adolescentes, para que estes não venham a sofrer depois.

Nesta seara, salvo exceções pontuais já analisadas, a lei trouxe mudanças positivas no procedimento da adoção, respeitando o preceito constitucional de que toda a criança e adolescentes deve ser tratada com absoluta prioridade.

Destaca-se, por fim, que a presente pesquisa não objetivou esgotar o estudo sobre o tema, que merece continuidade de pesquisas e estudos como os aqui desenvolvidos. Esta matéria é como a vida, que desenvolve e se modifica conforme o tempo que segue e, as concepções sociais mudam. Desta forma, a reflexão ao direito de família deve ser mirado para a efetivação do direito da criança e do adolescente à convivência familiar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBINANTE, Isabel Cristina. *Paternidade Socioafetiva*. 2012, p. 57. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2012/IsabelCristinaAlbinante_Monografia.pdf>. Acessado em: 01 out. 2013.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 31.

ALVES, Ana Cláudia. *Aspectos relevantes sobre a nova lei de adoção*. Disponível em: <<http://felizvida.com.br/aspectos-relevantes-sobre-a-nova-lei-de-adocao>>. Acessado em: 01 ago. 2013.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BODZIAKI, Fernando Wolff. *A adoção e as alterações introduzidas pela Lei 12.010/2009: lei nacional de adoção*. *Revista Novos Rumos*, Curitiba, n. 166, 2011.

BOFF, Leonardo, *apud* FIRMO, M. DE F. C. *A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BOWLBY, John, 1995 *apud* JESUS, Ivanise Jann de. *Criança maltratada: retorno à família? Um estudo exploratório em Santa Maria/RS*. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 54, 2004-2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 01 ago. 2013.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n.º. 8.069 de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acessado em: 01 ago. 2013.

BRASIL. *Lei Nacional de Adoção: Lei n.º. 12.010, de 03 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acessado em: 01 ago. 2013. 2013

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

DIGIÁCOMO, Murillo José. *A nova “Lei de Adoção” e a judicialização do acolhimento institucional*. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=925>>. Acesso em: 01 ago. 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *O lar que não chegou*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/uploads>>. Acesso em: 20 set. 2013.

DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito e a justiça*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v.5. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Duarte, Rodrigo Collares. *Desbiologização da paternidade e a falta de afeto*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 481, 31 out. 2004. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/5845>>. Acessado em 7 dez. 2013.

FACHIN, Luiz Edson. *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família*. n.19, ano 3, mar/abr, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil: do direito de família; do direito pessoal; das relações de parentesco*. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Família cidadã pela ternura e pelo afeto*. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_edson/afeto.pdf>. Acesso em: 21 set. 2013.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FILHO, Eduardo Paulucci Rodrigues. *Direito de Família: Adoção*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/V2/DHALL.ASP?ID_DH=6065>. Acessado em: 10 nov. 2013.

LEITE, Eduardo de Oliveira; HIRSCHFELD, Adriana Kruchin. *Grandes temas da atualidade: adoção, aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio jurídico da afetividade na filiação*. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acessado em: 01 out. 2013.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2003.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk / OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de. O princípio do melhor interesse da criança nos processos de adoção e o direito fundamental à família substituta. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12. 2012.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PABLO, Stolze Gagliano. *O Novo Dicionário*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Caio Mario. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. Abrigo e alternativas ativas de acolhimento familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008,

PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Renovar 1999.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, R. DA C. (Coord.). *A família na travessia do milênio: Anais do II Congresso brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ., 2011.

SARATY, Jamille. *Lei da adoção: o lado bom da burocracia oficial*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3390, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22790>>. Acesso em: 11 out. 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família: Lei nº 10.406 de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Direito de Família*, vol. 6, 28 ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Mônico da. *A família substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 1995.

SOUZA, Walter Gomes de. *A nova lei de adoção e seus efeitos*. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2011/a-nova-lei-da-adocao-e-seus-efeitos-walter-gomes-de-sousa>>. Acessado em: 10 nov. 2013.

SZNICK, Valdir. *Adoção*. 2. ed. São Paulo: Leud, 1993.

TEIXEIRA, Ana Carolina. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WALD, Arnaldo. *Direito de Família*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.