



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

A inegociabilidade do Direito à licença parental em caso de
Adoção tardia à luz da Dignidade Humana

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Amélia Carolina Machado Barcelos

Orientadora: Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas

Número da candidata: 30000161

Dezembro de 2022

Lisboa

**A inegociabilidade do Direito à licença parental em caso de Adoção tardia à luz da
Dignidade Humana**

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Autônoma
de Lisboa como parte das exigências pela obtenção de Mestre em Ciências Jurídicas.

APROVADA: ____/____/____

Prof. Doutora Stela Barbas
Orientadora

Membro da Banca

Membro da Banca

PORTUGAL/LISBOA
2022

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todas as crianças e adolescentes que ainda se encontram institucionalizadas e sem oportunidade de vivenciar a mais intensa, essencial e necessária experiência humana: a convivência familiar. A todas e todos que se encontram privados de afeto, acolhimento e amor. Que o futuro da humanidade nos reserve condições verdadeiramente favoráveis a uma vida digna.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela bendita oportunidade de vida, saúde e oportunidades.

À minha mãe e ao meu pai por terem sido o melhor que poderiam ser, nos garantindo uma convivência familiar saudável e harmoniosa. Por serem exemplos de seres humanos que me inspiram todos os dias. Por terem me ensinado sobre a sororidade e o amor ao próximo, desde o início da minha vida, e, nesse contexto, por me apresentarem ao universo da adoção, tema do presente trabalho. E, sobretudo, por terem ultrapassado as limitações socioeconômicas para nos mostrar que os estudos seriam o único meio viável para alcançarmos nossos objetivos pessoais, garantindo assim, a nossa dignidade enquanto indivíduo.

Aos meus irmãos, por me ensinarem, desde cedo, sobre a complexidade da convivência humana. E dentro desta experiência diária, comprovar que o amor sempre prevalecerá, apesar de todas as diferenças.

Ao meu afilhado e minhas sobrinhas, pelo amor incondicional, e por me permitirem experienciar, novamente, a pureza e grandeza infantis.

À minha orientadora, professora Doutora Stela, por, além de sua generosidade em compartilhar comigo todo o seu conhecimento técnico, acadêmico e cultural, por me acolher também como ser humano, especialmente frente as dificuldades pessoais experimentadas ao longo de todo esse período de orientação e supervisão. Meus mais sinceros agradecimentos, e minha eterna gratidão.

Às amigas que me auxiliaram em todas as fases da elaboração desse trabalho, seja incentivando, seja me acolhendo nas dificuldades enfrentadas durante o enfrentamento da questão, tendo em vista o alto envolvimento emocional no que tange ao cerne do presente trabalho, seja com material de estudo, fontes bibliográficas, em especial a Aline, Daiane, Déia, Lulus, Manu, Maria, Mariana, Thaís e Vanessinha. Esta última, com a particularidade de compartilhar comigo a experiência de uma Adoção Tardia complexa, dolorosa e sem o desfecho feliz que tanto almejávamos: obrigada, amiga, por não soltar a minha mão.

E a todas e todos que contribuíram, de alguma forma, na minha formação como profissional e ser humano.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo apontar porque a licença parental é essencial ao sucesso de uma Adoção tardia. A adoção é uma forma de inserção artificial de uma pessoa dentro de um contexto familiar já existente, conferindo a ele a condição de filho em todos os aspectos jurídicos decorrentes deste fato. Sendo assim, abarca a esfera de direitos e garantias previstos em todo o arcabouço jurídico sobre filiação. Dentro deste contexto, temos a previsão de garantia de igualdade de condições entre os filhos, independentemente de sua origem. E não há que se falar em família, se não houver possibilidade de convivência entre seus membros. A convivência familiar é garantida constitucionalmente a todo infante, devendo ser o objetivo primordial do Estado e da sociedade o que foi tratado no presente trabalho. Como forma de materialização deste direito a convivência familiar, desde a promulgação das últimas cartas constitucionais portuguesa e brasileira, tivemos a previsão expressa da licença maternidade. Todavia, o sentido inicial desta licença a restringia a direito conferido a mãe, de ter garantido que se afastasse de sua atividade laborativa, mantendo-se a sua remuneração. Embora representasse um avanço significativo na formalização de melhores condições de vida, dentro de uma nova formação social, o olhar era restrito a relação familiar consanguínea. Tratava de licença decorrente não do surgimento de relações de maternidade e paternidade, mas tão somente do nascimento biológico de um filho, tendo o parto como acontecimento central, e os cuidados decorrentes deste. Assim, embora, na teoria, já houvesse previsão constitucional de igualdade entre filhos, as inconsistências eram gerais, dentro do olhar restrito de maternidade e paternidade. A partir das novas perspectivas sociais, cristalizados em tratados internacionais, os infantes passaram a ser o centro de proteção, restando aquela visão limitante de maternidade, e conseqüentemente da licença maternidade ultrapassadas. O princípio da proteção integral da criança e do adolescente os colocaram como os protagonistas sociais. Neste viés, tratamos da necessidade de conferir esse mesmo direito aos filhos que acabaram de ingressar numa nova família, de modo artificial, viabilizando, assim, a formação de laços de afeto e amor. Na adoção tardia, estamos diante de indivíduos com um passado marcado por traumas, violências, abandonos e rupturas drásticas de vínculos. Por esta razão, precisam ainda mais da disponibilidade de seus novos genitores, sejam mães ou pais, para que possam se recompor como ser humano, restabelecendo, assim, a sua dignidade. Este é, portanto, o motivo pelo qual a licença parental, nesses casos, é imprescindível e inegociável.

Palavras-chave: Adoção tardia; convivência familiar; Licença parental; dignidade.

SUMMARY

The present work aims to point out why parental leave is essential to the success of a late adoption. Adoption is a form of artificial insertion of a person within an existing family context, giving him the status of a child in all legal aspects resulting from this fact. Therefore, it covers the sphere of rights and guarantees provided throughout the legal framework on filiation. Within this context, we have the provision of guaranteeing equality of conditions between children, regardless of their origin. And there is no need to talk about family if there is no possibility of coexistence among its members. Family life is constitutionally guaranteed to every infant, and this should be the primary objective of the State and society, which was dealt with in this work. As a way of materializing this right to family life, since the promulgation of the last Portuguese and Brazilian constitutional letters, we had the express provision of maternity leave. However, the initial meaning of this license restricted it to the right conferred on the mother, to have ensured that she stayed away from her work activity, maintaining her remuneration. Although it represented a significant advance in the formalization of better living conditions, within a new social formation, the gaze was restricted to consanguineous family relationships. It dealt with leave resulting not from the emergence of maternity and paternity relationships, but only from the biological birth of a child, with childbirth as the central event, and the care resulting from it. Thus, although, in theory, there was already a constitutional provision for equality between children, the inconsistencies were general, within the restricted perspective of maternity and paternity. From the new social perspectives, crystallized in international treaties, infants became the center of protection, leaving behind that limiting view of maternity, and consequently of outdated maternity leave. The principle of integral protection of children and adolescents placed them as the social protagonists. In this bias, we deal with the need to grant this same right to children who have just joined a new family, in an artificial way, thus enabling the formation of bonds of affection and love. In late adoption, we are dealing with individuals with a past marked by trauma, violence, abandonment and drastic rupture of bonds. For this reason, they need even more the availability of their new parents, whether mothers or fathers, so that they can recompose themselves as human beings, thus restoring their dignity. This is, therefore, the reason why parental leave, in these cases, is essential and non-negotiable.

Keywords: Late adoption; Family living; Parental leave; dignity.

Lista de Siglas:

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
CC – Código Civil
CCP – Código Civil Português
CC/02 – Código Civil brasileiro de 2002
CC/1916 – Código Civil brasileiro de 1916
CF/88 – Constituição Federal brasileira de 1988
CJF – Conselho da Justiça Federal brasileira
CLT – Consolidação das leis do Trabalho do Brasil
CRP – Constituição da República Portuguesa
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
FUNABEM – Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor
INSS – Instituto Nacional do Seguro Social
LPCJP – Lei de Proteção de crianças e Jovens em Perigo
LPI – Lei de Proteção à Infância
MNMMR – Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua
OIT – Organização Internacional do Trabalho
ONU – Organização das Nações Unidas
RJPA – Regime Jurídico do Processo de Adoção
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I - DA FAMÍLIA	13
1.1 A evolução da Família no ordenamento jurídico luso-brasileiro em apartada síntese	21
1.2 A busca pela família do desenvolvimento completo da personalidade de cada um dos seus integrantes	26
1.3 Princípios que alicerçam o direito das famílias.....	27
1.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	29
1.3.2 Princípio da prioridade e do interesse superior do menor.....	32
1.3.3 Princípio da igualdade entre os filhos.....	34
1.3.4 Princípio da afetividade.....	35
1.3.5 Princípio da convivência familiar	36
1.4 A família como centro de tutela da dignidade de seus membros.....	39
CAPÍTULO II - DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	41
2.1 Da Doutrina da Proteção Integral – evolução histórica no Brasil.....	42
2.2 A proteção da criança e do adolescente no ordenamento jurídico português.....	45
2.3. Tutela dos direitos da personalidade assegurados aos infantes.....	49
2.4. Os institutos da assistência e representação como instrumento de proteção aos direitos dos infantes.....	56
CAPÍTULO III - ADOÇÃO.....	59
3.1. Breves linhas sobre adoção.....	62
3.2. Natureza Jurídica	64
3.3 Legislação aplicada.....	66
3.3.1. Brasil.....	66
3.3.2 Portugal.....	71
3.4 A vulnerabilidade da criança e do adolescente e a premente necessidade de proteção especial	86
3.5 Adoção Tardia.....	88

CAPÍTULO IV - LICENÇA PARENTAL.....	95
4.1. Licença parental como meio de humanização do trabalho.....	96
4.2. Licença parental no direito português.....	98
4.2.1. Regime jurídico da licença parental no direito português.....	102
4.2.2. Duração e Tipos de Licenças	103
4.2.2.1. Licença Parental Inicial	103
4.2.2. 2. Licença Exclusiva da Mãe.....	103
4.2.2.3.Licença Exclusiva do Pai	103
4.2.2.4. Outras licenças	103
4.2.3. Benefícios e Compensações	104
4.2.4.Flexibilidade Adicional	104
4.2.5. Proteção Contra Discriminação	104
4.2.6. Implicações práticas e desafios da implementação da licença parental no contexto das leis de trabalho em Portugal	105
4.2.7. Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas - artigos 47.º a 67.º da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho.	106
4.2.8. Comparativo entre o Código do Trabalho e a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas	107
4.2.8.1. Similaridades	107
4.2.8.2. Diferenças	108
4.2.8.3. Considerações Gerais	108
4.2.9. Licença Parental para Adotantes	108
4.2.10. Benefícios Sociais da licença parental aos adotantes	110
4.3. Licença parental no direito brasileiro	112
4.3.1. Comparativo entre licença parental para trabalhadores do setor privado e para servidores públicos.....	112
4.3.1.1.Licença Parental no Setor Privado (CLT).....	112

4.3.1.2. Licença Parental para Servidores Públicos Federais (Lei nº 8.112/9).....	113
4.3.1.3. Principais Diferenças	114
4.3.2. Licença parental aos adotantes	114
4.3.3. Incongruência sistêmica: licença maternidade versus salário maternidade.....	118
4.4. A imprescindibilidade da licença parental ao adotante para garantia da construção de um vínculo familiar seguro	120
4.5. As particularidades da Adoção tardia e a imprescindibilidade de concessão de licença parental por prazo razoável	126
4.6. Projeto de Lei 1974/21 – uma nova perspectiva sobre a parentalidade no Brasil e todos os direitos dela decorrentes	129
CAPÍTULO V- Estudo de caso: negativa de gozo de licença parental, em processo de adoção tardia, por adotante que exerce a função de notária e registradora.....	132
CONCLUSÃO.....	136
REFERÊNCIAS	
1. FONTES DOCUMENTAIS.....	140
2. BIBLIOGRAFIA	
2.1 GERAL.....	141
2.2. ESPECÍFICA.....	143
2.2.1. Internet	149
2.2.2. Jurisprudência.....	149

INTRODUÇÃO

“A verdadeira felicidade está na própria casa, entre as alegrias da família.”
(Leon Nikolaievitch Tolstoi)

E qual o sentido de nossa existência senão a felicidade?

O Direito, incorporou, ao longo de sua evolução, princípios basilares, que passaram a compor o núcleo intangível e essencial das constituições luso-brasileiras, como fim último (ou será primeiro?), garantir a dignidade humana. E não há que se falar em vida digna, se a felicidade lhe for privada.

Dentro desta perspectiva, temos a família como o “refúgio das garantias fundamentais reconhecidas a cada um dos cidadãos”.¹

É na família que o indivíduo se compreende como ser, apreende as lições éticas e morais através dos seus responsáveis, nutre-se de afeto e exerce suas potencialidades. Nos dizeres do grande mestre Diogo Leite de Campos: “ser com os outros reenvia ao respeito do próprio eu. Reconhecendo em todos os outros iguais ao eu, que há que respeitar como se respeita o eu, a quem há que dar para o eu receber, o humano redescobre-se como um mero administrador do eu. Constrói-se assim o respeito pela pessoa, a autoestima, a concepção de que cada um é mero fiduciário da sua pessoa, por conta dos outros, para quem o eu é tão importante como o outro eu, rejeitando-se o individualismo contra os outros que é, necessariamente, contra si mesmo.”²

A partir da vivência que se estabelece no ambiente familiar, encontra parâmetros para estender suas ligações para além dos limites circunscritos de seus afetos, passando a existir enquanto ser social, compondo a imensidão populacional global.

A proposta do presente trabalho é falar sobre a família, sobretudo no que diz respeito a adoção tardia e a forma como o Direito e a sociedade enxergam esse tipo de alternativa. De igual modo, pretende tratar da possibilidade de gozo da licença parental, como forma de exercer a parentalidade com a chegada do novo filho, como direito constitucionalmente garantido a este, à convivência familiar.

Para concretizar a dignidade humana, as Constituições luso-brasileiras entabularam O cuidado completo e abrangente voltado para crianças e adolescentes, garantindo que sejam reconhecidos como detentores de direitos próprios, como

¹FARIAS, Cristiano Chaves de. **Manual de Direito Civil – volume único**/ Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto, Nelson Rosenvald – Salvador. Ed. JusPodivm, 2017, p. 1648

²CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS. **Nós – Estudos sobre o Direito das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 171.

indivíduos em fase de crescimento e desenvolvimento, e como beneficiários de máxima prioridade em todos os aspectos sociais e legais.

Como destaca, de forma irretocável, a grande doutora, cara orientadora, Stela Barbas, “o efectivo reconhecimento da dignidade pessoal de cada homem exige o respeito e promoção dos direitos da pessoa humana: são direitos universais e invioláveis que nem o grupo, nem o Estado podem postergar”. E continua: “a afirmação de que a dignidade pessoal é algo inerente a todo o ser humano fundamenta-se na unicidade e na irrepetibilidade de todo o indivíduo; em virtude da sua dignidade pessoal o ser humano é sempre um valor em si e por si e como tal deve ser tratado.”³

Para concretizar e viabilizar a dignidade pessoal dos infantes, a evolução do constitucionalismo moderno, cristalizou em dispositivos constitucionais, direitos e garantias suficientemente capazes de garantir o bem-estar e o melhor interesse da criança e do adolescente, com condições para o desenvolvimento saudável da sua personalidade.

Sob esta ótica, configura como dever de todos promover a saúde mental e física, juntamente com o foco primordial nos interesses da criança e do adolescente, proporcionando um ambiente favorável ao crescimento equilibrado e à formação do seu carácter.

E como dito, inicialmente, o primeiro e, mais importante, ambiente para que o indivíduo possa se desenvolver é chamado de “família”. Mas esta não é capaz de sozinha, materializar todos os direitos necessários ao pleno desenvolvimento infanto-juvenil. É preciso que haja, paralelamente, políticas públicas voltadas à ação em conjunto, para que tenhamos sucesso no empreendimento basilar da sociedade: a felicidade do ser humano individualmente considerado. E, com mais ênfase, por ser o objeto do presente estudo, das crianças e adolescentes, e em suas relações intra e extrafamiliares.

Para isso, trataremos da família e sua evolução no ordenamento jurídico luso-brasileiro, de forma rápida e introdutória, no primeiro capítulo, dando maior relevo aos direitos constitucionais que são mais expressivos para o trabalho em mesa.

A seguir, no capítulo segundo, abordaremos a proteção conferida à criança e ao adolescente no Brasil e em Portugal, sob a perspectiva da proteção integral e dos direitos da personalidade, como corolários da dignidade humana.

³BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Patrimônio Genético** – Dissertação de Mestrado em Ciências - Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Almedina. 2006 reimpressão de 1998, p. 251

Já no terceiro capítulo, faremos uma abordagem do instituto da Adoção como forma de construir famílias, por novos caminhos, e como política pública de promoção da felicidade dos indivíduos, ao conferir pais e mães a filhos, e, no sentido inverso, filhos a pais e mães.

No quarto capítulo, apresentamos o estudo sobre a licença parental, seus vieses e particularidades, bem como a incapacidade do sistema legislativo em acompanhar as mudanças sociais emergentes, restando o ativismo jurídico como saída para a adequação deste descompasso. Apontaremos novas perspectivas legais que passarão a viabilizar, de forma concreta, o gozo da licença parental, de forma plena, sem qualquer diferenciação de idade ou origem de filiação, restando-nos esperança em dias melhores.

Por fim, no último capítulo, apresentaremos um caso prático ocorrido com esta autora, no processo em que figurava como pretensa adotante, tendo como adotanda, uma menor com, então, 13 anos de idade na data da concessão de sua guarda provisória. A negativa obtida para o gozo da licença maternidade naquela oportunidade, tendo como justificativa ignorante, a idade da menor, foi o que motivou o presente trabalho.

Fazer diferenciação de idade para conceder ou negar o gozo de licença parental em processos de adoção, além de ir na contramão de direitos constitucionais expressamente contemplados, desvirtua todo o sistema em si mesmo.

Não bastasse a contrariedade a princípios constitucionais basilares, tal diferenciação discriminante inviabiliza o sucesso da recolocação de adolescentes em famílias substitutas, frente ao número incontável de problemas decorrentes desta inserção artificial de um ser, num contexto familiar completamente diverso do seu originário, ou das instituições que os acolheram por grande parte da vida.

Por meio desta abordagem, tentaremos demonstrar, que o gozo da licença parental em casos de adoções, sobretudo as tardias, constitui um direito fundamental do indivíduo, tendo em vista se tratar de um direito da personalidade que se encontra no centro gravitacional de sua individualidade, configurando, pois, um consectário de sua dignidade.

CAPÍTULO I - DA FAMÍLIA

A família é a base da sociedade. E a sociedade sempre evoluiu em busca da garantia e efetivação de direitos, tendo em vista as necessidades individuais, e coletivas quando pensadas dentro do núcleo familiar.

Sabemos que o conceito de família vem sofrendo transformações ao longo do tempo, na tentativa de amoldá-lo à realidade social.

Assim é que não podemos falar em um modelo estaque de família, que seja uniforme e padronizado. A diversidade e amplitude de elementos de diferentes naturezas nos impõem a necessidade de compreender a família por meio de dinâmicas que formam as interações sociais ao longo da história.

Luiz Edson Fachin salienta de modo brilhante que é “inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais.”

Não é interessante para o presente trabalho que façamos uma digressão histórica amiúde do instituto da família. Trataremos, desse modo, em linhas gerais, os aspectos mais relevantes ao tema proposto.

Importante destacarmos, nesse diapasão, o formato da família estruturado de forma patriarcal e com hierarquias, transcendendo o individual, que surgiu como resultado das mudanças trazidas pela Revolução Francesa, que repercutiram no Código Civil português de 1867 e no brasileiro de 1916. Naquele contexto, entendia-se a família primariamente como uma entidade de produção econômica, com ênfase nas relações patrimoniais. As uniões familiares eram formadas com o objetivo de acumular e, posteriormente, transferir bens aos descendentes, sem dar grande importância aos vínculos emocionais.

Esse modelo de família foi superado, graças aos avanços sociais e científicos, passando a ter mais valia a proteção da pessoa humana como ser integrante daquela. Os valores emergentes na sociedade atual superam e rompem de maneira decisiva com a noção tradicional de família, priorizando o ser em vez do ter. Predomina atualmente um conceito de família que é descentralizado, democrático, igualitário e não baseado exclusivamente no matrimônio. A família pós-moderna é construída com base jurídica e sociológica no afeto, na ética, na solidariedade mútua entre seus membros e na manutenção da dignidade de cada um. Estes são os pilares que definem a família na contemporaneidade.

Nesse prisma, a entidade familiar tem o condão de promover A honra e o desenvolvimento do caráter dos integrantes, abarcando emoções, aspirações e princípios, atuam como a base essencial para atingir a felicidade. É o que podemos concluir de uma rápida leitura do artigo 226 da CF/88 brasileira, bem como dos artigos 13º e 26º da República Portuguesa.

Essa ideia estampada nos textos constitucionais é a de que Que cada forma de unidade familiar é merecedora de proteção especial por parte do Estado, conforme estabelecido pela norma geral de inclusão na constituição. Atualmente, isso é conhecido como a concepção de família eudemonista, isto é, voltada para a felicidade individual de seus integrantes através da convivência. Isso possibilita que cada indivíduo alcance sua realização pessoal e profissional, transformando-se em membros socialmente produtivos, indo além dos limites estreitos do ambiente familiar.

O grande Diogo Leite de Campos, preleciona que quando o legislador português faz menção à “bem de família” (art. 1671º do CC) ou de “interesses morais da família” (art. 1677-C, nº 1) está a referir-se ao bem ou aos interesses de todos e de cada um dos seus membros. Para ele, “a família é uma comunidade particularmente propícia à realização pessoal de certas pessoas (os cônjuges, os parentes, os afins...), mas não uma entidade diferente destes e muito menos superior ou soberana. A família visa o bem de todos e de cada um dos indivíduos que a integram.”

Nesse sentido, a família pode ser vista como o santuário principal das garantias básicas que são atribuídas a todos os cidadãos.

Com efeito, o Direito Familiar, ou ainda “das Famílias”, termo que vem sendo utilizado por Maria Berenice Dias – uma das maiores expoentes sobre o tema no direito brasileiro –, trata-se de uma ramificação do Direito que é utilizado para regulamentar as normas que atingem os núcleos familiares e seus derivados.

Este ramo jurídico vem sendo objeto de fortes alterações, principalmente em razão das mudanças nas noções de respeito ao outro e nas noções de dignidade humana, o que acaba desenvolvendo valores como afeto, cuidado, esperança, felicidade e até a própria noção de família.⁴

⁴ DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

A relação familiar, historicamente, não se caracteriza apenas pelo apoio material e suas promessas de segurança em meio a um mundo hostil, mas também pelo afeto produzido e trocado pelos seus entes (ou pela falta deste).⁵

Adentrando mais sobre a temática, Giselda Hironaka⁶ define que para nós da espécie humana, existe uma necessidade inerente de pertencer a certos grupos, seja social ou familiar, não significando muito qual a posição que cada indivíduo ocupa nos grupos. Segundo ela, os grupos familiares tendem a ser de fato mais naturais por uma questão biológica e social, e esse fato contribui para a noção de pertencimento, integrando sentimentos, perspectivas, frustrações, tudo isso na busca pelo ideal de felicidade.

Dessa forma, nota-se que os grupos precedem o direito, por ser uma questão da natureza humana. É natural que os núcleos familiares emergjam de forma primária ao seu balizamento jurídico. E, sendo assim, questiona-se o papel do Direito no âmbito das famílias. Nesse sentido, é possível falar que o Direito apenas formaliza uma situação natural. Ou seja, os indivíduos são agrupados em núcleos familiares informais, cabendo ao Direito apenas formalizar essa união, seja através do casamento, seja através de uniões estáveis, ou ainda de reconhecimentos parentais, biológicos ou afetivos.

Em outras palavras, no Direito das Famílias, mais que em outras áreas do Direito, as normas decorrem da incorporação das mudanças ocorridas no seio da sociedade. Mudanças estas não lineares, nem estáticas, e que variam a depender do momento histórico, e da cultura vigente.

Todavia, cumpre destacar, que o Direito nunca irá, de fato, tratar das relações sociais de forma completa, tendo em vista a amplitude e infinidade de possibilidades de formações familiares. Mas compete ao mesmo estar sempre atento às inovações que emergirem na sociedade. É seu dever acompanhar, através do decurso do tempo, a sua consequente evolução social, com a incorporação de novos comportamentos e novas formações de núcleos familiares, dependentes de defesa e amparo jurídico.

Atualmente existem composições familiares diversas, podendo ser compostas apenas por alguns agentes. Esses novos formatos vêm diferenciando-se formalmente da estrutura tradicional de família que até pouco tempo atrás não eram sequer reconhecidos como entidades familiares. Daí tem-se o termo utilizado por Maria Berenice Dias ao

⁵LIMA, Vanessa Figueiredo. **Adoção de Crianças por Casais Homoafetivos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 47.

⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, 1999.

tratar, sabidamente, do tema como novos formatos de família, ou ainda, novas famílias, mesmo sabendo que a ideia de novidade é relativizada no tempo, e que perde o seu aspecto de originalidade numa fração de segundos, sem, contudo, ser necessária a atualização jurídica que as coloquem no mesmo compasso e proteção legal.⁷

Para autora, não importa se há no núcleo familiar apenas o pai ou a mãe, ou ainda pais ou mães homoafetivos, pais não biológicos ou uma estrutura onde apenas os filhos compartilham o mesmo lar e dessa forma os mais velhos assumem um papel de cuidado em relação aos demais. Para Maria Berenice, todos são tratados igualmente como família, com base em princípios constitucionais de dignidade humana e isonomia, sendo garantidos direitos humanos fundamentais.⁸

Em que pesem as digressões iniciais, importante, apontarmos, ainda que superficialmente, uma rápida linha do tempo sobre o tema, e seus reflexos nos ordenamentos jurídicos luso-brasileiros.

Saliente-se, por oportuno, que a intervenção do Estado na vida privada deu origem ao casamento como é conhecido atualmente. Essa intervenção, em um certo sentido, buscou regular as relações interpessoais, dizendo como as pessoas poderiam ou não se relacionar. Com isso, limita-se o ser humano, em seu aspecto desejante na busca de prazer e felicidade, impedindo que faça do outro, apenas um objeto da sua libido, buscando construir entre as pessoas, relações mais concretas e duradouras.

É natural dentro de um processo de desenvolvimento, haver determinadas escolhas na sociedade que, de certo modo, são construtivas para o alcance de uma meta específica. O avanço com a implementação do casamento veio a romper o paradigma de incerteza entre os parceiros.

No que diz respeito ao modelo anterior, o companheiro não tinha juridicamente uma responsabilidade em relação ao outro, talvez culturalmente a depender do tempo e do espaço, logo, não havia uma imposição legal de continuidade na relação. Essa responsabilidade vem com a consagração do casamento.

E sobre o tema, importante destacar, a relação entre família e os núcleos urbanos. Sabe-se que as cidades, como são conhecidas hoje, surgiram a partir da baixa Idade Média, com o aumento da atividade comercial e de lá para os dias atuais vem crescendo de forma progressiva.

⁷DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

⁸*Ibidem*.

Embora possa parecer um paralelo sem sentido, à primeira vista, o surgimento das cidades e a entidade familiar possuem ligações muito intrínsecas, uma vez que os grupos que compõem as cidades, são na verdade famílias que ali se consolidaram.

No Brasil, grande parte da população até a primeira metade do século XX era de origem rural com base em dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística de 2001⁹.

Entre os séculos XIX e a primeira metade do XX, o Brasil era composto em sua maioria por pequenas vilas ou comunidades rurais, muitas vezes formadas por grupos familiares reunidos em um território ou fazenda, que ali produziam algum tipo de recurso, seja para fins comerciais ou de subsistência. Nessas comunidades, as pessoas que ali moravam e realizavam suas atividades, acabavam construindo relações com as pessoas mais próximas, aumentando assim o número de pessoas na família.

Nesta época, as famílias eram mais voltadas para adquirir recursos na produção agropecuária ou no comércio. Dessa forma, quanto maior o número de pessoas na família, maior poderia ser a produção que aquela família poderia alcançar, obtendo melhores condições de vida.

Os pais eram responsáveis pela produção no campo, e as mães responsáveis pela criação dos filhos, além de algumas tarefas no campo. Os filhos, por sua vez, eram considerados força de trabalho, e tudo era mais voltado para a questão patrimonial em um formato mais extensivo.

O conceito familiar pré-industrial era caracterizado pelos elementos trazidos acima. Sabe-se que no Brasil, a revolução industrial chegou tardia em relação aos países da Europa. Em razão disso, a família brasileira veio a alterar seu formato com o surgimento das indústrias no país a partir de 1930.

Com o desenvolvimento dos modelos industriais, passou-se a concentrar a atividade produtiva em um único espaço, onde contemplavam as atividades industriais realizadas por homens e, em seu entorno. Havia pequenos grupos que ali residiam para facilitar o acesso e a locomoção.

Logo, o paradigma muda quando a família do campo se muda para pequenos espaços na cidade, espaço em que apenas o homem realiza o trabalho na indústria e a

⁹DIBGE, Censo 2000 [Em linha] [Consult. 01 Nov. 2021]. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/administracao-publica-e-participacao-politica/9663-censo-demografico-2000.html?=&t=downloads>.

mulher desempenha as funções domésticas, concomitantemente ao trabalho educacional da prole, tudo isso de forma mais nuclear.

Como a necessidade de mão de obra se intensificou com o passar dos anos, criou-se um caminho para o trabalho da mulher também na indústria, local antes inacessível a elas. Deste modo, seu papel em casa também muda, atribuindo ao pai também o ônus e a responsabilidade em relação à criação dos filhos, que passa a ser, até certo ponto, bipartida.

Em consequência desses eventos, os pais acabam ficando mais próximos dos filhos em relação ao conceito anterior de família, seja em razão de ambos dividirem as responsabilidades, seja em razão de estarem em menores espaços em relação ao campo. Constrói-se deste modo uma relação parental de maior envolvimento emocional. Nesse sentido, o segundo conceito de família pós-revolução industrial, é marcado pelo vínculo afetivo entre o casal e sua prole.

Adiante, a partir da década de 80, a sociedade caminha para um rumo mais global, onde os pequenos grupos se comunicam diretamente com grandes grupos e de outros territórios. Nesse cenário, com o avanço de tecnologias como a internet, o modo de pensar e decidir muda significativamente. Logo, surgem novas inquietações que o indivíduo percorre em sua trajetória, implicando em mudanças no comportamento social.

No que diz respeito ao Direito das famílias, este segue do ponto de vista legal um caminho mais tradicional, onde o legislador, através de suas ferramentas, cria um suporte legal para proteção da família tradicional. Por outro lado, novos arranjos familiares surgem com o passar dos anos, criando uma nova mentalidade por parte da sociedade, ampliando o espectro cultural de um determinado povo.

Sabe-se que a família já era protegida legalmente desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu artigo 16, ainda que não houvesse um correspectivo legal nas Constituições portuguesa e brasileira.

No ordenamento jurídico português, com o advento da Constituição da República de 1976, o núcleo familiar passou a contar com a proteção de modo expresso e implícito em vários dispositivos. Em seu artigo 67 contempla a família, como elemento fundamental da sociedade, devendo ao Estado garantir a realização pessoal dos seus membros.

No Brasil, demorou mais de uma década a mais que em Portugal, para tratarmos de forma mais abrangente, dando um maior relevo à família a partir de 1988, com o advento da Constituição Federal. O texto constitucional brasileiro fala em base da

sociedade e consigna uma acepção de sustentação e suporte para o desenvolvimento social.

O papel atribuído ao Direito das famílias, como salientado alhures, é de extrema importância, haja vista que trata das relações interpessoais que correspondem à base da formação social. Não há que se pensar em sociedade em sentido estrito, sem que haja um contraponto e enfoque objetivo sobre as diversas formações familiares.

E é impossível se pensar nas relações familiares sem que se trate do afeto, como um de seus núcleos indissociáveis.

Diogo Leite de Campos bem nos assevera que “a natureza da família reside na capacidade de amar de todos os seus membros, amor que determina uma comunidade de vida”.¹⁰ A família, como grupo interindividual, enquanto comunidade ética material¹¹ é contemporânea da norma jurídica, fundada esta no amor e na solidariedade.¹²

Nesse mesmo sentido, João Batista Villela traduz, sinteticamente, a nova ordem do Direito das Famílias, ao afirmar que:

“as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver e comum. (...) a teoria e a prática das instituições de família dependem de nossa competência em dar e receber amor.”¹³

Tamanha é a importância do afeto às relações familiares, que podemos dizer que foi elevado ao status de princípio jurídico exigível. E sendo assim, trataremos do mesmo em tópico específico, restando este espaço apenas às suas considerações iniciais, já que essencial para o desenvolvimento deste enredo.

Ainda que seja ponto central ao estudo do Direito das Famílias, certo é que as famílias consanguíneas nem sempre carregam o afeto como seu princípio basilar, tendo em vista as inúmeras possibilidades de sua formação compulsória originariamente. Todavia, nas relações familiares que rompem os estigmas e proposições iniciais, o afeto se encontra como núcleo essencial, e como causa primária de sua formação. Vale dizer:

¹⁰CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mônica Martinez de – **Lições de Direito de Família**. Reimp. da 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.13.

¹¹CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mônica Martinez de – **Lições de Direito de Família**, 2017, p. 13, remetendo para, Cf.Francesco D’Agostino, Linee di una Filosofia della Famiglia Milano, Giuffrè, 1991, p. 34, remetendo para Hegel, Fenomenologia dello spirito, 11, p.4.

¹²CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mônica Martinez de – **Lições de Direito de Família**. *Ibidem*. p. 13.

¹³VILELA, João Baptista. **As novas relações de família**. XV Conferência da OAB – Anais, Foz do Iguaçu: OAB, 1994, p. 645.

os núcleos familiares atípicos se efetivam, em sua grande parte, através de laços de afeto. Assim é quando irmãos assumem a criação de outro, ou avós que acolhem seus netos, tios, padrinhos, padrastos e madrastas que tratam como seus próprios, filhos paridos por terceiros. Em tantos e diversos núcleos familiares, na sua imensidão e pluralidade, o afeto se torna o fator determinante de sua existência.

Logo, é possível pensar em uma estrutura baseada em afeto, que tem como objetivo sustentar o público, mas que ao mesmo tempo possui uma condição ou um caráter privado, em razão de se ater à vida privada das pessoas, suas angústias, suas perspectivas e sonhos pessoais.

E pensando na materialização dos direitos das diversas constituições familiares, imprescindível que o ordenamento jurídico acompanhe esta evolução social, de modo a abarcar as novas construções e arranjos, sob pena de ineficácia da norma.

Com efeito, para não criar um ideal de incertezas jurídicas, a manutenção do ordenamento jurídico acompanhando as transformações sociais é de caráter elementar. Sabe-se por outro lado que a velocidade com a qual a sociedade vem se modificando, dificulta o papel do legislador e do operador do direito, fazendo com que faça constantes atualizações na norma jurídica.

Portanto, há uma discussão, um caminho que precisa ser reconstruído a cada modificação. O Direito das famílias que tem por finalidade regular as relações de afeto, se transformando com o passar do tempo, como dito alhures, tenta traçar o rumo que o Direito irá seguir, através das regras (em sentido estrito) e dos princípios que os direcionam, garantindo direitos aos novos sujeitos emergentes à baila social.

1.1 A evolução da Família no ordenamento jurídico luso-brasileiro em apartada síntese

Fazendo um recorte na história, o Código Civil brasileiro publicado em 1916, no seu texto base, trazia consigo o conceito de família ligado a dois pontos fundamentais: o casamento formal e a consanguinidade. A família, composta por um pai e uma mãe, se constituía através do matrimônio, podendo ou não vir a ter filhos. Essa relação, em sua versão original, não era baseada em afeto, e caso este viesse a cessar, a junção do casal não poderia ser dissolvida juridicamente, ainda que de fato pudesse ter havido casos em houve essa dissolução.

Para Giselda Hironaka, esse conceito de família, baseada no viés patrimonial, trazia consigo restrições discriminatórias em relação à mulher e aos filhos. Para relações

de afeto havidas fora do casamento, aos filhos, fruto dessas relações, não era garantido os mesmos direitos. Consignava a expressão ilegítimos, tratando-se dos filhos havidos fora do casamento, criando um contexto de discriminação e de supressão de direitos, na tentativa de preservar uma relação formal como o casamento¹⁴.

Em relação à mulher, até 1962, no ordenamento jurídico brasileiro, esta não poderia, em hipótese alguma, realizar atos da vida civil sem a prévia autorização do marido. Não tinha o direito de trabalhar, não poderia mudar sua residência, ou seja, estava totalmente vinculada à figura do marido, e quando solteiras, vinculavam-se à figura dos pais.

A evolução desse conceito foi baseada a partir da mudança no paradigma produtivo da época. Em 1962, publica-se o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº4.121/62), que trouxe em seu bojo algumas mudanças para o sistema de família alterando dispositivos do Código Civil de 1916. O grande marco desse projeto foi a instituição do direito a perceber os próprios bens, frutos de seu trabalho, dando um pouco mais de autonomia e dignidade à mulher casada.

Nesse sentido, após alguns anos com a mulher mais autônoma em relação ao marido, vieram novas modificações, sob forte influência do Direito português, que no ano anterior contou com uma nova ordem Constitucional, com a vigência da Constituição da República de 1976, que trazia dispositivos constitucionais expressos de proteção à família, a aceitação do divórcio em todos os casamentos, a paridade entre os cônjuges em relação à sua capacidade civil e às responsabilidades de manutenção e educação dos filhos, a não discriminação entre filhos concebidos dentro ou fora do casamento, juntamente com o princípio da igualdade..

Em 1977, vieram à tona dois dispositivos: a Emenda Constitucional nº 9/77 e a Lei nº6.615/77, passando a prever a possibilidade de dissolução legal do casamento - antes um instituto jurídico ligado à concepção sagrada, cujos vínculos se baseavam em crenças religiosas.

Neste diapasão, observa-se um rompimento com a estrutura tradicional de família, fruto de forte pressão social, em virtude de modificações culturais da época.

Com a chegada do novo paradigma constitucional, com a Constituição da República portuguesa de 1976 e a Constituição brasileira em 1988, altera-se a ordem vigente, abandonando um pano de fundo do sistema de justiça, e passando as

¹⁴HIRONAKA, Giselda. **Família e casamento em evolução**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 1, p. 7-17, abr.-jun. 1999.

constituições a integrarem a parte central, como assenta Joaquim José Gomes Canotilho com a ideia de constituição dirigente¹⁵. Ela então passa, não apenas, a regular os limites do poder do Estado, como também garantir direitos, afirmando em qual caminho aquela sociedade deveria perseguir.

Nesse contexto, a Constituição Federal brasileira em seu título II, capítulo I, estabelece a igualdade formal e material entre homens e mulheres, além de defender a família base da sociedade, não apenas defendendo seu instituto, mas assegurando os direitos dos sujeitos que a compõem, movimento observado no mesmo sentido na Constituição da República Portuguesa de 1976.

Tal mudança contraria as antigas normas que o Código Civil brasileiro de 1916 definia, ainda com as inovações do Estatuto da Mulher Casada em 1962. Na visão constitucional, fala-se em não recepção quando uma norma anterior contraria a constituição atual, o que acabou derogando parte do Código Civil de 1916 que dizia respeito a essa temática.

Nessa esteira, a igualdade era aplicada também aos filhos, independentemente de serem naturais ou adotivos, e de terem sido concebidos dentro ou fora do matrimônio.. Nesses casos, o código civil anterior previa uma supressão de direitos para os filhos fora do casamento, ditos não legítimos. Sendo assim, essa diferença no tratamento jurídico, também causava efeitos no tratamento social e afetivo. A exemplo disso, sabe-se que os filhos fora do casamento eram conhecidos como ilegítimos ou bastardos, diferenciando-os dos demais.

Aos poucos, com essa guinada constitucional, o código civil de 1916, que já havia sido derogado em vários dispositivos, passa a trazer consigo um papel cada vez menor no que diz respeito à garantia e a proteção aos direitos civis. Por outro lado, a Constituição da República acabou ampliando cada vez mais seu espectro de Direitos Fundamentais garantidos à família, e principalmente aos filhos (de modo geral), concedendo a posição de titulares de direitos com fundamento na teoria da proteção integral, conforme estabelecido no artigo 227.

No direito português, a Constituição de 1976 optou por tratar de modo expresse de uma vasta gama de direitos da família, além daqueles garantidos de modo individual aos membros que a compõem, dando status constitucional direitos tratados em leis ordinárias em outros ordenamentos, como o brasileiro. Incluindo o direito de formar uma

¹⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra Editora, 2001, p. 365.

família; igualdade entre os cônjuges em termos de capacidade civil e nas responsabilidades de manutenção e educação dos filhos; responsabilidade/obrigação dos pais na educação dos filhos; manutenção do vínculo inseparável entre filhos e pais; ausência de distinção entre filhos concebidos dentro ou fora do matrimônio; princípio da salvaguarda da família; defesa da paternidade e maternidade e proteção à infância.

Sob esse viés, a Constituição Federal brasileira de 1988 foi adiante em considerar outros arranjos de família para além do casamento. Para ela, conforme o art. 226 e seguintes, é dever do Estado garantir direitos que busquem defender os núcleos familiares advindos de casamento, união estável e da família monoparental. Este último arranjo trata-se de grupos onde apenas um dos pais convivem com os filhos e participam de sua criação.

Com isso, entendeu que houve uma extensão no que diz respeito ao tratamento jurídico dado aos núcleos familiares que de fato já existiam. Além disso, em um caso complexo julgado em 2011 pelo Supremo Tribunal Federal, ficou definido que as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo são consideradas entidades familiares aptas a proteção estatal. Como consequência disso, qualquer ato ou dispositivo na lei que impedisse pessoas do mesmo sexo de se juntarem em uma união estável e assim, serem considerados família, deveriam ser considerados inconstitucionais.

Tal julgamento se deu a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, também conhecida como ADI 4277, que encampou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Essa ação buscava a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos que tinham tratamento discriminatório entre casais de mesmo sexo. A vedação do preconceito como perspectiva de um novo constitucionalismo foi o pilar para o julgamento do caso, homenageando a pluralidade de escolhas como valor sociocultural.

Aqui, interessante o destaque para a liberdade na escolha da própria sexualidade, direito inserido no rol dos direitos fundamentais e humanos, como expressão da autonomia da vontade. Se considerar que pessoas do mesmo sexo podem se unir e constituir família, acredita-se que há pelo menos no âmbito constitucional, um respeito à liberdade, à isonomia, e ao próprio conceito de dignidade humana, fazendo com que grupos que antes eram vítimas de preconceito, se tornassem sujeitos de direito.

De outro lado, outro ponto que merece destaque é o tratamento constitucional da instituição da família, reconhecendo que a CF/88 não implementou o termo família valendo-se da antiga técnica jurídica ou ainda de seu significado ligado às religiões. Na verdade, o termo utilizado posiciona-se como entidade sociocultural, base do

desenvolvimento humano, utilizado como instrumento que constitui uma visão não reducionista baseada apenas nos conceitos tradicionais.

Conforme o próprio Supremo Tribunal Federal, a Constituição em seu art. 226 estabelece que a família é base da sociedade e em razão disso, merece tutela estatal. Sendo assim, ele dá ênfase à família de fato, o aglomerado de pessoas unidas em um núcleo doméstico por laços de consanguinidade ou afetividade, seja constituído formal ou informalmente, por pessoas do mesmo sexo ou não, cada um assumindo suas responsabilidades e papéis na construção da sociedade.

Com base nos ensinamentos de Ronald Dworkin, sobretudo no que diz respeito à sua visão construtivista do Direito¹⁶, o que o STF fez no caso da ADI 4277 foi dar uma melhor interpretação ao texto normativo, adequando-o a realidade da época. O colegiado do STF fixou entendimento no sentido de ampliar a interpretação constitucional, sobretudo no que diz respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. Nessa esteira, nota-se que o direito é apenas uma ferramenta de reconhecimento de uma visão já consagrada na sociedade, a partir de princípios de igualdade e liberdade.

Em outras palavras, o Estado passou a reconhecer seu dever em dar tratamento igual aos homens e mulheres, a casais heteroafetivos ou homoafetivos, sem distinção justificada em preconceito e retrocessos. O que se vê, a partir disso, é que o direito não pode ser visto apenas como um conjunto de regras, dispostas em um sentido conforme a vontade do legislador.

O que depreende, ao menos neste caso apresentado, que houve uma ênfase na dimensão principiológica do Direito, considerando a responsabilidade e o caráter de escrever a história, repulsando retrocessos oriundos de vontades individuais e evoluindo juridicamente, dando um tratamento de maior dignidade às pessoas, capaz de superar antigos preconceitos.

Isto posto, a nova ordem constitucional luso-brasileira, e suas alterações posteriores, sob o jugo das decisões jurisprudenciais e orientações doutrinárias, passou a abordar as famílias de forma mais ampla e igualitária, deixando de lado definições ultrapassadas, conservadoras e limitantes, longe, no entanto, de se tornar perfeitamente justa e adequada aos anseios sociais, mas com avanços dignos de nota, como alhures salientado.

¹⁶Dworkin, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo. Ed. Martins Fontes, 2010.

1.2 A busca pela família do desenvolvimento completo da personalidade de cada um dos seus integrantes

Com o desenvolvimento dos arranjos familiares, novos modelos de família passam a ter maior tutela jurídica a partir das constituições vigentes no Brasil e em Portugal. No Brasil, de acordo com o que a Constituição Federal estabelece, tanto na esfera de Direitos Fundamentais, quanto na doutrina de proteção integral em seu art. 227, observa-se uma valorização da figura da mulher, além de dar novo tratamento jurídico aos filhos. Como foi exposto acima, a mulher não está mais ligada ao marido de maneira total e incondicional, garantindo uma emancipação maior, assumindo uma nova figura no espectro social e político, inclusive familiar.

Já em relação aos filhos, estes não tinham, antes do texto constitucional de 1976 português ou de 1988 no Brasil, um status de sujeitos de direito. Como consequência, este grupo ficava à margem do que acontecia na dinâmica social. Havia tutela jurídica apenas em relação às crianças e adolescentes que representassem um problema para a sociedade. Para regular o tema, no ordenamento jurídico brasileiro, surgiu o código de menores que se dedicava às crianças em situação irregular.

Essa sistemática de não reconhecimento das Crianças e adolescentes reconhecidos como portadores de direitos fez com que a legislação do Brasil ficasse defasada em relação à grande parte dos países ocidentais, como Portugal, por exemplo.

O que se quer dizer com novo tratamento tem a ver com a criação de novos sujeitos e novos direitos. Em outras palavras, como exposto anteriormente, os filhos, fruto de uma relação afetiva, não necessariamente eram vistos como sujeitos, portanto, não havia interesse em sua proteção constitucional, ou ainda um tratamento de dignidade. Logo, apenas com a maioridade ou o instituto da emancipação que os filhos viriam a ter capacidade jurídica para serem titulares de direitos.

Nesse caminho, significa dizer que a partir nova ordem constitucional, passa-se a olhar a relação de parentalidade e filiação sob uma nova ótica, onde os pais, detinham o poder jurídico de família, que mais se enquadra na espécie de dever e não direito. Isso implica o dever de prover todas as condições essenciais para que a criança cresça e se desenvolva de forma digna.

Em contrapartida, o filho que possui um interesse jurídico, sendo legitimado ativo do direito ao cuidado, ao afeto, a receber alimentos, residência, e etc. No caso, observa-se uma inversão, onde num passado não muito distante, somente os pais eram titulares de direitos, estendendo agora essa titularidade também aos filhos.

Isso se deu a partir de uma combinação entre a perspectiva de dignidade humana e de proteção integral e melhor interesse da criança. A partir da base familiar, todos os integrantes deveriam ser vistos como pessoas que em algum dado momento, farão parte da sociedade como um todo.

Dessa forma, há uma necessidade inerente aos filhos, em se realizar enquanto sujeitos de direito no âmbito dos direitos da personalidade, garantindo-lhes o acesso à proteção e cuidado.

O papel da família na sociedade ficou mais nítido a partir da constitucionalização do Direito Civil nos últimos anos, como tendência mundial, atingindo o ordenamento jurídico luso-brasileiro. Neste contexto, a ótica mudou ao colocar os integrantes da família, individualmente considerados, dando primazia à sua dimensão existencial e familiar – a chamada família eudemonista. A família deve ser estruturada em torno das necessidades de seus membros, e não o inverso, priorizando assim o valor da pessoa humana. A partir deste prisma, o Direito das Famílias desloca seu eixo fundamental para a salvaguarda do indivíduo e da sua realização existencial na sociedade.

O movimento passa a ser do “eu” para o “nós”, como sabidamente tratado pelo digníssimo professor Diogo Leite de Campos ao logo do seu brilhante e emocionante livro intitulado “Nós – Estudos sobre o Direito das pessoas”.¹⁷

1.3 Princípios que alicerçam o direito das famílias

Primeiramente é interessante tratar a ideia de que, conforme se desenvolve o constitucionalismo no Direito luso-brasileiro, mas fica em evidência a afirmação dos Princípios Fundamentais. Deste modo, a partir da vinculação das normas constitucionais à aplicação das demais espécies normativas, sabe-se que foi dada uma nova interpretação para o papel que as constituições representam em seus sistemas jurídicos.

Apesar de não ter sido utilizado o termo “Princípios Fundamentais” na maioria das constituições pretéritas, o trabalho em estabelecer uma carta de direitos ou uma declaração de direitos, sempre foi uma preocupação do legislador constituinte, que atravessou praticamente todo o período na história do constitucionalismo luso-brasileiro.

¹⁷CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS. **Nós – Estudos sobre o Direito das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004.

Nesse sentido, no que diz respeito ao novo modo de ver o direito como instrumento de efetivação jurídica, não apenas com a técnica legislativa, mas sobretudo, através de princípios norteadores do direito, conforme preleciona Paulo Bonavides¹⁸, os princípios constitucionais se converteram na verdade em diretrizes normativas, sobre a qual está sustentado todo o ordenamento jurídico atual.

Nesse percurso, todo o ordenamento infraconstitucional, deve se ater aos conceitos trazidos pelos princípios, principalmente sobre a família e seus integrantes, sobretudo às crianças e adolescentes, que são o objeto do presente trabalho.

As transformações que vêm sendo empregadas na esfera dos direitos, devem-se ao fato de haver uma identificação e uma vontade em aprimorar e desenvolver os direitos humanos no curso da história. Hoje, grande parte dos estudos tende a se concentrar nos Direitos Fundamentais, o que não ocorria num passado não muito distante. Para explicar o termo “Direitos Fundamentais” é necessário trabalhar com outros dois conceitos.

O primeiro deles é o de “Direitos do homem”, que põe em discussão aquele grupo de direitos inerentes ao homem, dentro da visão Jusnaturalista, ou os não positivados, em outras palavras, não há um sistema de aplicação ou de eficácia normativa desses direitos.

Com a difusão das ideias da escola positivista¹⁹, os Direitos do homem continuavam a ter a conotação exemplificada acima. Contudo, havia o nascimento do segundo conceito, qual foi chamado de “Direitos Humanos”, com ênfase na ideia mais fechada de direitos, numa visão onde tais direitos eram positivados, fruto de processo legislativo, tomando forma como “carta de direitos” ou “declaração de direitos”, mas num plano internacional que atravessaria as constituições.

Esses conceitos são usualmente trabalhados em obras cujo foco é o estudo específico dos Direitos Fundamentais, todavia, os “Direitos Humanos e do Homem” na maioria das vezes sofre uma influência semântica que não podemos levar em conta quando do estudo dos direitos Fundamentais, tendo em vista seu caráter abstrato e de outras tantas correntes filosóficas.

Como regra, entende-se os Direitos Fundamentais como normas de direitos humanos, constitucionalmente consideradas. Em termos diferentes, o processo de

¹⁸BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 237.

¹⁹SARLET, I. W. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

incorporação dos direitos humanos na constituição é, na realidade, percebido como os Direitos Fundamentais.

Nessa esteira, os princípios constitucionais não somente servem de orientação ao sistema infraconstitucional. Não são considerados apenas base axiológica para a técnica legislativa. O argumento trazido à tona é que conforme se desenvolvem os princípios constitucionais, mais força normativa e vinculante eles possuem, adquirindo eficácia imediata e adesão ao sistema positivo²⁰.

A partir dessa ruptura entre o direito infraconstitucional e os princípios constitucionais, o sistema legal passou a se tornar ineficiente em razão da consagração da dignidade humana como norteadora do Direito Constitucional seja em Portugal, seja no Brasil. A inovação trazida pela hermenêutica constitucional, buscou interpretar as normas jurídicas conforme a Constituição. Se por um lado o princípio base da sociedade é o ideal de dignidade, não poderia portando criar normas, ou recepcionar normas jurídicas em que se valesse de distinções, preconceitos, injustiças e supressão da igualdade e da liberdade.

Feitas estas digressões iniciais, cumpre destacar a dificuldade natural numa sistematização principiológica do Direito das Famílias. Como preleciona o grande jurista brasileiro, Pablo Stolze: “não sendo dever da legislação a positivação de princípios, cabe à doutrina o reconhecimento de sua autonomia científica.”²¹ Tentar sistematizar princípios, em geral, é uma tarefa imperfeita, e fadada a inexatidão, vez que dotada de certo subjetivismo de quem o faz. Assim, ainda que estejamos certos da existência de outros tantos e importantes princípios, por uma questão de economia e tentativa de dar maior objetividade ao presente trabalho, abordaremos, em linhas gerais, apenas alguns dos princípios que norteiam o tema objeto deste estudo, o que faremos a seguir.

1.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Como acontece em Kant e se desenvolve no decorrer da história até a modernidade, descortina-se a ideia do humano fruto de uma vontade divina, e transforma-o em sujeito, capaz de fazer suas próprias escolhas a partir da sua noção de realidade.

O personalismo jurídico, como preleciona a ilustríssima professora doutora Stela Barbas, “concebe o Homem como sendo o pilar, o motor, o núcleo de toda a ordem

²⁰SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2018.

²¹GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família**/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 9.ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 93.

jurídica; a pessoa humana constitui o valor programático por excelência do Direito.”²² Continua a autora, asseverando que “todo o Homem, enquanto pessoa em sentido ontológico, goza de uma dignidade intrínseca, é sujeito de direito, sendo-lhe inato todo um conjunto de direitos fundamentais ocupando o primeiro plano o direito à vida.”²³

Podemos dizer que o princípio da dignidade humana é o princípio mais abrangente e universal do ordenamento jurídico, do qual deriva todos os demais. É o epicentro axiológico sob o qual se alicerça as relações sociais, não importando serem de ordem públicas ou privadas.

Ao mesmo tempo que funciona como limite da atuação do Estado, também norteia os ditames de suas ações positivas. Assim, deve o Estado abster-se da prática de qualquer tipo de conduta que possa violar a dignidade humana, ao passo que é seu dever fomentar políticas governamentais que tornem possível a concretização da realização pessoal dos indivíduos de forma minimamente digna.

E para garantia de sua efetividade, todo o sistema jurídico deve obediência ao mesmo: seja o judiciário, seja o legislativo, seja o Estado em sua atuação precípua, seja os particulares, e todos, em suas relações correlatas. Nestes termos, decisões judiciais ou normas positivadas não podem violar a dignidade humana, ou reduzi-la sob qualquer pretexto.

Impossível tratar do tema com a profundidade devida, vez que não se trata do cerne do presente trabalho. E qualquer digressão histórica tomar-nos-ia um tempo que não nos pertence. De todo modo, ainda que vagamente, é importante destacar que a dignidade humana passou a ser o núcleo existencial dos Estados Democráticos de Direito num período pós-guerras, momento histórico em que todo o tipo de atrocidade fora cometida, sob as mais variadas “desculpas”, e, mais assustadoramente, sob a proteção do positivismo jurídico.

Assim, para garantir um presente e um futuro mais seguro para o indivíduo singularmente considerado, os ordenamentos jurídicos passaram a estampar a dignidade humana como o seu pilar estrutural, como base fundante. Este foi o caminho seguido pelas Constituições luso-brasileiras. Garantir a dignidade humana e a justiça social passa a ser a preocupação primeira dos constituintes, e sob este princípio soberano, surgem todos os demais.

²²BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Patrimônio Genético**. *Op. cit.*, p. 251.

²³*Idem*. p.251.

O princípio da dignidade humana, norteador do sistema jurídico luso-brasileiro e que serve como arcabouço principiológico também neste trabalho, trata-se de um conceito universal, amplo, difícil de reduzir em alguns conceitos.

Pelas razões históricas supramencionadas, a dignidade humana posta como fundamento primário da ordem jurídica, nada mais é que o constituinte colocando todos os demais princípios constitucionais para assegurar a defesa do indivíduo e a concretização de sua personalidade. A pessoa humana é, portanto, a razão de existir de todo o arcabouço jurídico.

Daniel Sarmento²⁴ entende que este princípio possui caráter irradiante, que se manifesta em outros princípios, se manifesta nos valores sociais e culturais que o grupo carrega, além de ser experimentado na dimensão dos afetos entre os indivíduos. Representa o centro valorativo, não apenas norteando o Estado em seus atos, mas todas as relações privadas que se desenrolam no bojo da sociedade.

Já Eduardo Bittar²⁵, esclarece que “o respeito e a garantia na efetivação da dignidade humana trata-se do maior e melhor legado que a modernidade veio a alcançar.” Nessa esteira, Bittar diz que “o ideal de justiça na modernidade está atrelado ao de dignidade da pessoa humana, valendo-se de uma manifestação de ordem, capaz de extinguir contradições, incertezas, distorções e inquietações que acometem a sociedade”.

A partir dessa defesa da autonomia dos indivíduos que o movimento constitucional vem trazendo à tona o desenvolvimento da noção de dignidade humana. Em um certo sentido, é a manifestação do respeito à singularidade e da individualidade humana, presentes nos grupos sociais e, nesse caso, nos núcleos familiares.

A igual dignidade abarca todas as pessoas, indistintamente. Todavia, merecem especial atenção as crianças e os adolescentes, vez que se tratam de seres em formação, em crescimento físico e mental. A vulnerabilidade é intrínseca à essa fase do indivíduo, motivo pelo qual precisam de cuidados específicos, de modo a garantir que sejam capazes de se desenvolverem dignamente.

Dentro dessa perspectiva, ao menos de forma ideal, é no seio da família que as crianças e adolescentes garantem um desenvolvimento físico e emocional. Na unidade familiar, o indivíduo consegue desenvolver suas potencialidades, e se organizar socialmente.

²⁴SARMENTO, Daniel. **A ponderação dos interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

²⁵BITTAR, Eduardo. **O direito na pós-modernidade**. Revista Sequência UFSC. Ed. 57, 2010, p. 298.

Só há que se falar em preservação da dignidade humana se houver respeito existencial do indivíduo, transcendendo a esfera pessoal, e sobrepondo-se em suas relações sociais. Mais uma vez, de grande valia os sentidos do nosso mestre Diogo Leite de Campos, quando trata desta relação ao que designou carinhosamente de “eu-tu-eles”.²⁶

Neste diapasão, na família, a dignidade humana encontra terra fértil para crescimento. Tanto para a relação de parentalidade, quanto para a filiação. Os dois se conectam em um sentido de proteção e tutela bastante evidentes.

E por fim, e não menos importante, Maria Berenice Dias²⁷ destaca que “o princípio da dignidade humana na família significa dizer que deve ser dado tratamento igualitário a todas as entidades familiares, independente da sua composição e origem, sob pena de violação do referido princípio, causando injustiças e retirando a dignidade dos partícipes.”

Em suma, o princípio da dignidade humana se faz presente de forma nuclear quando o assunto é família, seja no respeito singular de cada um de seus partícipes, seja na proteção e amparo da unidade familiar, em suas mais variadas composições. É o princípio solar do Direito das Famílias, assim como o é para a existência humana e para a sua inserção particularizada no contexto social.

1.3.2 Princípio da prioridade e do interesse superior do menor

O nome deste princípio é autoexplicativo. Independentemente de legislações infraconstitucionais posteriores, como o Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil, ou a Lei de proteção de Crianças e Jovens em Perigo em Portugal, as constituições luso-brasileiras estamparam, de modo expresso, a prioridade e a plena proteção dos direitos dos infantes e adolescentes.

Para Kátia Maciel²⁸, “esse princípio confere primazia em favor das crianças e adolescentes em todas as esferas de interesses: seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, devendo o interesse infanto-juvenil ponderar sempre.” E em se tratando de princípio garantido constitucionalmente, não comporta indagações ou ponderações, cabendo apenas a obediência social e institucional do mesmo.

²⁶CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS. **Nós – Estudos sobre o Direito das pessoas**. *Op.cit.*

²⁷DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 46.

²⁸MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Ainda de acordo com Kátia Maciel²⁹, “na vigência da carta constitucional anterior, o Código de Menores, no Brasil, era o responsável por tratar de certos direitos e garantias dos menores. Todavia, os mesmos eram restritos às crianças e adolescentes em situação irregular. Agora, a doutrina da proteção integral deu maior amplitude ao princípio, estendendo-o a todos os infantes, sobretudo nos litígios de natureza familiar.”

Observa-se que até a vigência do código de menores, a relação entre a legislação e as crianças e adolescentes não eram pautados na ideia de sujeitos de direitos, mas sim, objetos de um sistema regulatório-punitivo voltado para o indivíduo que poderia causar distúrbios dentro da sociedade. Não havia, portanto, um viés garantista e protetor desse grupo vulnerável, como salientado alhures.

A Convenção Internacional de Haia, voltado para a salvaguarda dos interesses das crianças, reconheceu, como objetivo primário a ser alcançado, a proteção integral do menor (*best interest of the child*). A partir daí, houve um movimento natural de adequação legislativa nos ordenamentos jurídicos luso-brasileiros, de modo a garantir efetivamente o melhor interesse das crianças e adolescentes.

Neste viés, o Brasil tratou o tema de forma mais aprofundada, seja na Constituição de 1988, seja em leis esparsas e, sobretudo, com a elaboração e publicação do Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, e suas alterações posteriores.

A Constituição da República portuguesa, de forma mais sucinta, atribui às crianças um Direito à proteção da sociedade e do estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade familiar ou institucional. Ainda trata das crianças abandonadas e institucionalizadas, bem como da proibição de trabalho infantil. Aos jovens, prescreve também sua proteção social para efetivação de seus direitos econômicos, sociais e culturais.³⁰

Dentro deste panorama, compete especialmente aos pais e mães, e subsidiariamente ao Estado e sociedade, a promoção destes direitos, de modo a garantir a efetividade e aplicabilidade prática dos mesmos, evitando-se, desse modo, a exposição destes indivíduos aos flagelos sociais e morais.

²⁹*Ibidem*, p. 27.

³⁰ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, de 02 de abril. Lisboa: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6809-1, artigos 69 e 70.

O ECA, veio para esmiuçar, no ordenamento jurídico brasileiro, regramentos e princípios capazes de fornecer uma integração sistêmica, vez que a gama de direitos trazidos à baila pela nova ordem constitucional, carecia de cuidados específicos para garantir a materialização dos mesmos numa sociedade ainda marcada pelo seu passado antidemocrático. No mesmo sentido, a Lei de proteção de Crianças e Jovens em Perigo em Portugal.

O melhor interesse da criança, como é conhecido em Portugal, ou ainda o chamado melhor interesse da criança, traduzindo para o Brasil, reflete, portanto, em conceitos que caminham para o atendimento às necessidades básicas da criança e adolescente para o seu pleno desenvolvimento. Sendo assim, todas as decisões, seja em âmbito familiar ou do Estado, através de políticas públicas, devem compor um conjunto de estratégias e medidas para viabilizar o crescimento saudável e adequado do menor.

1.3.3 Princípio da igualdade entre os filhos

O princípio da igualdade em sentido estrito faz parte do texto expresso das constituições luso-brasileiras. De forma generalista, trata da igualdade formal das pessoas proibindo distinções odiosas. E para se fazer mais clara e específica, no decorrer de todo o texto normativo, apresenta situações pontuais em que esta igualdade deve ser preservada, para que não reste qualquer dúvida ao intérprete da lei, sobre a impossibilidade de tratamento discriminatório ou qualquer forma de diferenciação.

Não seria diferente no capítulo destinado ao Direito das Famílias. Especialmente por tentar romper com antigos paradigmas de um Direito patrimonialista, que tinha o casamento, com toda a sua órbita patrimonial, como núcleo essencial de proteção, deixando à margem tudo e todos que não faziam parte dele.

Assim é que os constituintes previram a igualdade entre os filhos, mas de forma diferente nos ordenamentos brasileiro e português.

No que tange à proteção constitucional de não diferenciação entre os filhos, Portugal se limitou a tratar dos filhos nascidos fora do casamento, não fazendo referência à filiação fruto de adoção. Coube ao legislador infraconstitucional e à doutrina, no uso da melhor hermenêutica jurídica, conferir a proteção dos filhos não consanguíneos.

A Constituição brasileira, nesse mister, apresenta inegável avanço e maior proteção, garantindo aos filhos, independentemente da origem, iguais direitos e qualificações, vedando toda e qualquer distinção baseada na origem familiar.

Importante destacar, que a igualdade entre os filhos perante a lei abrange, além dos adotivos, também os socioafetivos e aqueles resultantes de inseminação artificial com material genético de uma terceira pessoa.

“Não há mais espaço para a vetusta distinção entre filiação legítima e ilegítima, característica do sistema anterior, que privilegiava a todo custo a ‘estabilidade do casamento’ em detrimento da dimensão existencial de cada ser humano integrante do núcleo familiar”.³¹

Além deste sentido, a relevância que os laços de afeto – princípio a ser estudado no próximo tópico – passaram a desempenhar nas relações familiares se refletiu na Carta Magna de 1988 que passou a prever expressamente a impossibilidade de diferenciação dos filhos havidos também por adoção.

Para o ECA, conforme a doutrina da proteção integral, o instituto da adoção atribui à criança ou adolescente a condição de filho, destituindo a ideia de filho adotivo. Esse ideal caminha no sentido de dar tratamento igualitário entre os filhos, sejam eles frutos da relação entre cônjuges, da relação extraconjugal, ou ainda frutos de adoção plena.

Assim é que, embora redundante dizer, filho é filho, não importando a sua origem, e como tal deve ser tratado pelas famílias, pela sociedade, e pelos operadores de Direito.

1.3.4 Princípio da afetividade

O princípio da afetividade além da dignidade humana, é o princípio que fundamenta o Direito das Famílias. Este, dá estabilidade às relações socioafetivas e no compartilhamento de experiências em conjunto no decorrer da vida dos indivíduos, dando ênfase às considerações de caráter patrimonial ou biológico.³² O afeto não se trata somente de um elemento que envolve os partícipes de uma entidade familiar.

Seu caráter externo, está ligado à concepção de humanidade, que dá voz e individualiza cada grupo familiar. Na visão de Sérgio Resende de Barros, os pequenos grupos familiares compõem grandes famílias humanas universais, cujo lar é o planeta terra, mas a origem sempre foi e sempre será a família, base de toda a sociedade.³³

³¹GAGLIANO, Pablo Stolze, *op.cit.* p. 102.

³²LÔBO, Paulo. **Direito Civil – família**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

³³BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais**. Anais. Belo Horizonte: IBDFAM: Del Rey, 2004, p. 149.

Na visão de Maria Berenice Dias³⁴, o Estado se compromete em primeira análise ao afeto, garantindo aos seus cidadãos este direito fundamental, ligado à perspectiva de felicidade. Logo, um indivíduo tem o direito assegurado de dar e receber afeto como forma de exercer seu direito à felicidade, com efeito do compromisso assegurado pelo Estado. Segundo Sérgio Rezende de Barros “(...) um afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas- de vivência, convivência e sobrevivência- quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e de todo que formam”.³⁵

Outro destaque é o comprometimento que o Estado tem em auxiliar o cidadão em se realizar, garantindo e lhe prestando assistência para se desenvolver socialmente, afetivamente, profissionalmente, entre outras situações.

Nesse sentido, o Estado possui o dever de criar mecanismos através de políticas públicas a fim de contribuir positivamente para o sentimento de felicidade das pessoas, carregado de elementos informativos para observar o que é ou não importante para a construção de uma sociedade que irá atingir o ideal de felicidade.

Nessa construção, ainda que o termo afeto não esteja no texto constitucional³⁶, a Constituição reconheceu e acampou no âmbito de sua proteção. A título de exemplificação, tem-se a união estável, reconhecida como entidade familiar que, ainda que ausentes os laços construídos através do matrimônio, estão presentes os de afetividade, com o intuito de constituir família, garantindo a essa entidade, a tutela jurídica semelhante à do casamento.

Tal princípio da afetividade também criou modificações da visão sobre filiação. Os filhos, antes reconhecidos apenas os havidos na constância do casamento, passam a integrar também os filhos fora do casamento e adotados, com quem os pais constituem laços de afetividade, além de melhorar na relação entre os filhos, onde não há diferenças jurídicas no tratamento entre cada um deles.

Logo, para o direito, não importa se o filho é filho de uma relação fora do casamento, ou se é fruto de adoção, todos são iguais sem distinções de tratamento, garantindo maior segurança na experimentação dos afetos.

³⁴DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, *op.cit.*, p. 50.

³⁵BARROS, Sérgio Resende de. **A ideologia do Afeto**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese. IBDFAM, v.4, n.14, p.9, jul/set.2002.

³⁶A palavra “afetos” aparece uma vez no texto constitucional de 1988, porém com uma conotação que exprime a ideia de relacionadas.

Ademais, Paulo Lobo assevera que os pais também adotam seus filhos biológicos no cotidiano de suas vidas, isso a partir da relação de afetividade no pleno exercício da liberdade e autonomia privada.³⁷

Conforme se observa, existem pelo menos quatro bases essenciais para o princípio da afetividade. Trata-se da igualdade de todos os filhos, não diferenciando o tratamento com base em sua origem. O segundo ponto é a adoção como uma decisão baseada em afeto com igualdade de direitos. O terceiro trata-se do Agrupamento composto por qualquer um dos pais e seus descendentes, abrangendo os filhos adotivos, possuindo a mesma dignidade da família tradicional.

Por último, o direito à convivência familiar como prioridade absoluta na construção e desenvolvimento da criança e do adolescente. Essas bases mencionadas anteriormente, estão presentes nos artigos 226 e 227 da Constituição Federal brasileira, bem como nos artigos 26º, n.º 1, 36º, 67º a 69º da CRP.

O código civil brasileiro também não se vale do termo afeto, mas traz consigo seu ideal quando trata da guarda em favor de terceiro, se valendo de afinidade e afetividade para determinar ou não sobre o referido instituto. Ainda que timidamente, houve uma mudança no paradigma valorativo, demonstrando passagens em que o legislador do código civil quis destacar a dimensão afetiva nas relações interpessoais.

A sociedade se transforma à medida em que as relações entre as pessoas se modificam. Nesse sentido, os laços de afeto e solidariedade decorrem de uma experimentação comum, alimentando o sentimento entre seus membros.

Uma sociedade que torna o afeto bem juridicamente protegido tende a valorizar as relações e promover a felicidade e o bem-estar.³⁸

1.3.5. Princípio da convivência familiar

Pensado sob o aspecto estrito de família, pais, mães e filhos devem permanecer juntos. Ampliando a dimensão de família para as novas formações familiares existentes e legalmente protegidas, a regra deveria ser a mesma.

Stolze afirma que “o afastamento definitivo dos filhos da sua família natural é medida de exceção, apenas recomendável em situações justificadas por interesse superior,

³⁷LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, vol. XVI, 2003, p. 144.

³⁸LIMA, Vanessa Figueiredo, *op.cit.*, p. 35.

a exemplo da adoção, do reconhecimento da paternidade socioafetiva ou da destituição do poder familiar por descumprimento de dever legal.”³⁹

A Constituição da República portuguesa, em seu artigo 36º, n.º 5, estatui a inseparabilidade dos filhos de seus progenitores, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.⁴⁰

No direito brasileiro, o ECA para tentar evitar o rompimento dos laços familiares por motivos meramente econômicos, apontou causas expressas em que não se trata de motivo suficiente para que filhos sejam separados de seus genitores. Essa regra, de natureza protetiva, ao estipular que a escassez de recursos financeiros não justifica a perda ou a suspensão da autoridade parental, assegura às famílias de baixa renda, a convivência familiar.

Nesse sentido:

MENORES [FRATRIA. INSUFICIÊNCIA ECONÓMICA. NÃO APLICAÇÃO DA ENTREGA PARA ADOÇÃO.]

I) Na determinação do superior interesse da criança deve ser visada a protecção física, moral e social do menor mas não pode postergar-se o direito da família biológica, se subsistir a relação afectiva entre a criança e os seus progenitores. II) Não pode ser decretada a medida de confiança a instituição com vista a adopção relativamente a crianças com base na pobreza da mãe e na genérica imputação de dificuldades cognitivas mesmo que com rebate sobre o exercício da parentalidade, quando é patente o afecto que a progenitora por eles nutre e do exame de personalidade a que foi sujeita resulta que tais limitações podem ser supridas ou pelo menos minoradas com adequada assistência. Proc. 2145/07-1. Relator: Gouveia Barros⁴¹

Importante destacar, que também as constituições luso-brasileiras, apresentam obrigações do Poder Público, no implemento de políticas públicas, para garantir uma vida minimamente digna aos seus cidadãos, de modo que, sobretudo a convivência familiar seja preservada, mesmo em tempos de escassez econômica dos progenitores.

Assim, especialmente para a realidade social brasileira, imprescindível a garantia de uma estrutura multidisciplinar capaz de viabilizar e estruturar as famílias, para que o convívio possa ser preservado. Para exemplificar o que estamos a dizer, numa família numerosa de genitores de baixa renda, é imprescindível que haja vagas de creches, escolas de turnos integrais, para que os seus filhos recebam educação e cuidados devidos no período em que os progenitores exercem suas atividades laborativas. Caso o poder

³⁹GAGLIANO, Pablo Stolze, *op.cit.* p. 124.

⁴⁰ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, de 02 de abril. Lisboa: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6809-1.

⁴¹Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, datado de 06 de Dezembro de 2007, (Proc. 2145/07-1) Relator: Gouveia Barros. [Em linha] [Acesso em 10/12/2021]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

público não consiga garantir essas condições mínimas, os infantes ficam expostos, sem cuidados devidos de adultos ou pessoas responsáveis, enquanto seus pais precisam trabalhar. Tal fato, pode ensejar a perda ou suspensão do poder familiar. Ou seja, uma política plena de realização social, é imprescindível para a manutenção e garantia do convívio familiar, sobretudo de famílias de baixa renda.

Não é suficiente, portanto, apenas uma previsão legal deste princípio. É preciso que ele seja garantido materialmente. E a falta de políticas públicas nesse sentido, é, se não a principal, a mais determinante causa de institucionalização de menores decorrentes da perda ou suspensão do poder familiar.

Nesse diapasão, para se garantir a unidade familiar, e, conseqüentemente a convivência familiar, não basta uma vontade restrita aos entes que a compõem. É preciso que haja a efetivação de políticas públicas para que o Estado exerça o seu papel de garantidor da promoção social.

Não há que se falar em proteção da família, como propõe o arcabouço legislativo, sem que se garanta o convívio familiar pleno, devendo este convívio abranger outros membros da família, como avós, tios e irmãos, com os quais a criança ou o adolescente possui laços afetivos.

1.4 A família como centro de tutela da dignidade de seus membros

Por tudo que tratamos nos itens anteriores, não restam dúvidas sobre a importância da inserção do ser humano num ambiente familiar para garantir-lhe a dignidade em sua completude.

A sociedade tem a família como pilar central para o seu desenvolvimento. É nela que cada um primeiro se apercebe da sua incompletude radical e se humaniza no intercâmbio constante com os outros. Completando-se. Ninguém existe sem os outros. Na família cada um descobre que o eu é os outros, os outros fazem parte do eu.⁴²

Estas, por sua vez, tendem a garantir dignidade através de uma construção física, moral e cognitiva de seus membros, como ponte para a criação de um futuro próspero para as próximas gerações.

Logo, tem-se o entendimento que cuidar do presente é um caminho para se chegar a uma sociedade mais acolhedora. Com isso, a relação de cuidado, carinho, afeto e assistência que os pais devem ter com os filhos, propicia um ambiente mais digno a

⁴²CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS. *Nós – Estudos sobre o Direito das pessoas*. *Op.cit.* p. 167.

estes. Em outras palavras, a tutela adequada dos pais em relação aos filhos, se conecta a uma sociedade mais justa, com maior dignidade e solidariedade.

Os genitores, desde antes do nascimento, devem cuidar da gestação da criança, ou ainda nos casos de adoção, cuidar para que o processo de adoção ocorra da maneira mais adequada para o interesse da criança ou adolescente. Sabe-se que a partir daí as responsabilidades ultrapassam o âmbito patrimonial e sociocultural e ocupam também a dimensão afetiva.

O lar, é o espaço idealizado pela família para experimentar sentimentos e experiências do cotidiano. Este, deve ser mantido pelos pais de maneira confortável para a criança ou adolescente, que irá passar grande parte da sua construção pessoal convivendo nesse espaço. Deve haver, neste local, espaço para descanso, lazer e aprendizagem. E aqui, a dimensão de “espaço” não se cristaliza na ideia de espaço físico, mas, muito sim, de tempo de qualidade.

A relação construída entre eles, alimenta o sentimento de pertencimento, ligados aos direitos fundamentais de se realizar pessoalmente, observando que existem outros indivíduos que se comprometem entre si, independente de laços biológicos no caso de famílias com filhos frutos de adoção. A criança e ao adolescente se veem legitimados por uma família que irá buscar sempre atender suas expectativas e necessidades.

O respeito mútuo, criando um sentimento de segurança nos filhos, promove seu amadurecimento no que diz respeito às relações interpessoais, fora e dentro do ambiente familiar.

Impossível deixar de citar as ponderações assertivas do querido professor Diogo Leite de Campos: “sendo constantemente para os outros, o ser humano transforma-se no *ser com* os outros. Em que, no circuito interminável do dom, cada um, sem deixar de ser, é cada vez mais os outros. Reconhecendo profundamente nos outros o eu, um igual, e reconhecendo cada vez mais a profunda dignidade e valor do seu eu. Nasce assim uma comunidade interpessoal de objetiva solidariedade, entendida como corresponsabilidade. O bem do eu só se realiza nos outros.”⁴³

Inegável, pois, que não há que se falar em dignidade humana, se esta não estiver garantida no espectro “eu-tu-eles”. Ou seja, se não for garantida ao indivíduo singularmente considerado, ou a este e em sua relação com o outro, sendo o outro, inicialmente, aquele com a relação mais próxima – pertencente ao mesmo núcleo familiar

⁴³*Idem.* p. 171.

– e deste, com o outro e em suas relações com outros que extrapolam os limites de sua família, não haverá dignidade propriamente dita.

Face a tudo que fora exposto até aqui, sendo a entidade familiar o núcleo existencial de formação e base da sociedade, a preservação dela, é o germem da tutela da dignidade de seus membros quando singularmente considerados.

CAPÍTULO II - DA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Princípio da Proteção Integral exige que todo o sistema legal se concentre na salvaguarda de crianças e adolescentes, protegendo-os de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, seja ela física, moral ou intelectual, além de zelar pelo seu bem-estar com vistas a seu pleno desenvolvimento.

É um direito inquestionável e protegido constitucionalmente ser criado e educado dentro de uma família, em um ambiente que assegure o desenvolvimento completo; tal direito é fundamental para crianças e adolescentes. A presença contínua dos pais, aliada ao afeto, proporciona às crianças em crescimento a segurança necessária para explorar suas habilidades em sua totalidade.

A família, alicerce da sociedade, constitui o ambiente fundamental para o desenvolvimento e proteção completa das crianças. Sua função é fornecer os suportes emocionais essenciais para o crescimento e a felicidade dos jovens. Dentro do núcleo familiar, são formados os valores éticos e humanitários e estabelecidos os vínculos de solidariedade.

E por mandamento constitucional⁴⁴, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar com prioridade absoluta a efetivação de toda essa gama de direitos.

2.1 Da Doutrina da Proteção Integral – evolução histórica no Brasil

No que tange a chamada doutrina de proteção integral, muito se discute sobre esta ser um marco de rompimento do paradigma de tutela e proteção dos direitos da criança e do adolescente. Contudo, foi necessário um processo de amadurecimento também da sociedade civil organizada para a criação de um instrumento que fosse capaz de elevar as crianças e adolescentes ao status de sujeitos de direito. Com mais de 30 anos de idade, o ECA é um marco na tutela jurídica dos direitos da criança e do adolescente no Brasil.

Nesse cenário, ao longo desse tempo, vem sendo objeto de críticas por parte da sociedade, bem como dos operadores do direito que tratam sobre o tema⁴⁵. O ECA entrou em vigor a partir da década de 90 do século passado, porém sua gestação iniciou na década

⁴⁴Art. 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. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988.

⁴⁵AMIN, A. R. **Doutrina da proteção integral**. In: MACIEL, K. R. F. L. A. (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

de 80 com o início da redemocratização no Brasil, período marcado por uma necessidade em se declarar direitos e garantir a estabilidade das instituições do Estado.

Nesse período, surgem os movimentos sociais que se organizaram com a finalidade de dar maior destaque e efetividade na luta pelos direitos das crianças e dos adolescentes. Movimentos como o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua - MNMMR, a Pastoral do Menor, além da associação de magistrados e promotores, ex-servidores da até então extinta Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor FUNABEM, entre outros.

Tal mobilização, coincidiu historicamente com um momento importante na caminhada político-social do Brasil. Este movimento se deu juntamente com a instauração da Assembleia Nacional Constituinte em 1987-1988.

Neste contexto de efervescência política e jurídica do Brasil que nasceram duas importantes ferramentas na luta pelos direitos da criança e do adolescente. A primeira trata-se da adoção da chamada doutrina de proteção integral elencada no art. 227 da CF/88, já a segunda, é a elaboração de um Estatuto que se compromete especificamente com os direitos da criança e do adolescente, elevando-os à sujeitos de direito, como não acontecia anteriormente.

É nesse contexto que a responsabilidade do Estado e da sociedade se intensifica no comprometimento com o crescimento integral das crianças e adolescentes que compõem a base da sociedade. Antes, as legislações que tratavam das crianças e adolescentes diziam respeito apenas aquelas em situação irregular, por exemplo, no caso de jovens que tenham cometido atos infracionais.

Logo, a família, base da sociedade, passa a ser a primeira responsável na efetivação dos direitos dos infantes, tendo a obrigação legal de garantir o sustento e a proteção adequada. Caso a família venha a comprometer o pleno desenvolvimento da criança, deve o Estado assumir este papel, criando, através de políticas públicas, instrumentos necessários para atingir esta finalidade com absoluta prioridade.

O artigo 227 foi idealizado por um grupo significativo de pessoas, através do movimento "Criança Prioridade Nacional". Uma outra conquista importante, foi fruto também desse movimento, o qual estabeleceu no artigo 228 da CF/88 que trata da maioria penal, assegurando ainda mais os direitos das crianças e adolescentes.

Em contrapartida, levantou-se uma questão em torno de como efetivar no plano real as expectativas criadas a partir da adoção da proteção integral. Opção está realizada

pela nova Constituição Federal bem como no ECA, em oposição a todo o restante do ordenamento jurídico brasileiro que adotava a doutrina da situação irregular.

Em outras palavras, precisou-se realizar a interpretação jurídica das normas conforme a Constituição, evidenciando a Constituição como norma fundamental, e passando a adotar o ECA como lei especial, aplicável de forma primária nas questões relativas às crianças e adolescentes. Logo, houve a revogação do Código de menores que adotava a doutrina antiga, que tinha como objetivo a punição de menores em situação irregular como pobres, abandonados e excluídos socialmente.

Observa-se nesse sentido que o Estatuto da Criança e do adolescente representa uma descriminalização do que até então era fruto de vulnerabilidade social. A doutrina de proteção integral acaba colocando em xeque as políticas repressoras e discriminatórias em relação à criança e ao adolescente que foram implementadas ao longo dos anos, evidenciando um cenário de violência e retrocesso, em que as crianças eram consideradas como alvos de políticas públicas e não como indivíduos com direitos.

O Estatuto da criança e do adolescente traz, para esse “novo” grupo de sujeitos de direito, direitos humanos já implementados e com reconhecimento amplo aos adultos desde 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Dessa forma, ele cria um sistema jurídico de responsabilização do adolescente, com todas as garantias e seguranças que o adulto possui, incluindo algumas regras de proteção no âmbito da saúde, trabalho e assistência social.

Dessa forma, busca acabar com as punições para adolescentes que passam a ser tratados através de medidas alternativas de proteção em casos de desvios de conduta, além de medidas de socio educação em casos de atos infracionais análogos a crimes.

Esse movimento de mudanças e inovações legislativas são frutos de uma efervescência no contexto jurídico internacional com a aprovação em 1989 da Convenção Internacional sobre os direitos da criança na Assembleia Geral das Nações Unidas. Segundo Kátia Maciel⁴⁶, “a convenção colocou de lado a velha doutrina da situação irregular que figurou como base de todas as políticas públicas sobre a temática desde 1919, quando veio à tona a primeira legislação sobre os menores na Argentina com a Lei Agote.”

⁴⁶MACIEL, Katia. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

2.2 A proteção da criança e do adolescente no ordenamento jurídico português

No que concerne a proteção de crianças e adolescentes em Portugal, o sistema de justiça tende a assumir uma nova importância e característica com a criação do Decreto de 1 de janeiro de 1911. Este diploma legal teve por objetivo criar as comissões de proteção à criança. Com efeito, somente com a promulgação da Lei de Proteção à Infância alguns meses depois que se deu início à organização e sistematização de um sistema de justiça voltado para a tutela e guarda das crianças e adolescentes.

A partir da Primeira Guerra Mundial, o cenário social se altera, vindo a agravar ainda mais o problema relativo à infância, com a necessidade de mão de obra infantil, ao passo que se fez sentir algumas restrições de gastos decorrentes da guerra, criando um significativo abalo no desenvolvimento das medidas de proteção⁴⁷.

Dessa forma, há mais de 100 (cem) anos atrás, em um passado não muito distante, Portugal se posicionou, no que diz respeito à salvaguarda de crianças e adolescentes, logo após a implementação da Primeira República Portuguesa, em 1910. Com isso, com a promulgação da Lei das Tutorias da Infância, ou ainda a Lei de Proteção à Infância (LPI).

Distinguiu-se entre os países vizinhos diferenciando juridicamente pessoas adultas de crianças. Foi a partir dessa legislação que foi instituída a primeira Tutoria de Infância, que momentos depois veio a ser conhecida como tribunais de Família e Menores. Observa-se que antes disso, as crianças e adolescentes eram processados e julgados com os mesmos critérios que as pessoas adultas em razão de não haver uma diferenciação dentro da tutela jurídica.

A referida Lei de Proteção à Infância, marco de desenvolvimento em 1911 no modelo português, marcou uma oposição entre o modelo inovador e o modelo de justiça vigente. Portanto, há que se falar em uma quebra no paradigma jurídico de responsabilidade principalmente penal em relação as crianças, no que tange a prática de crimes, encarando o desvio como atividade fruto da exclusão social, carências afetivas, além da necessidade da proteção do menor.

A partir da Lei de Proteção da Infância, foram criados os primeiros tribunais especializados, que tratavam com exclusividade do tema. Esses tribunais eram conhecidos como Tutorias da Infância e, a partir de 1925, se ampliou sua aplicação e

⁴⁷TOMÉ, Maria Rosa. **A Cidadania Infantil na Primeira República e a Tutoria da Infância. A Tutoria de Coimbra e do Refúgio Anexo.** Revista de História da Sociedade e da Cultura. Vol. 10, 2010 481-500.

implementação em todo o país, terminando a aplicação direta dos Códigos Penal e Processo Penal em relação aos menores, em razão da vigência da lei especial⁴⁸.

Contudo, é possível afirmar com maior detalhamento no que tange à Lei de Proteção à Infância de 1911, que objetivava a educação, a purificação e do aproveitamento das crianças que, no decorrer dessa época, eram bastante explorados como fonte de renda para as famílias, utilizadas para se exibirem pedindo esmola.

Segundo Maria Rosa Tomé, era quantificado na altura, às milhares de unidades, as crianças que eram perdidas e, com perdidas, quer dizer desvirtuadas para outras atividades que não acrescentavam positivamente no desenvolvimento da sociedade. Dessa forma, a autora destaca que apenas com crianças educadas, a partir de uma boa construção moral e educacional, a sociedade poderia crescer e se desenvolver da maneira adequada⁴⁹.

Era caro para alguns, do ponto de vista axiológico, que se fizesse uma adequada educação pautada nos bons costumes, visando a construção de uma sociedade pautada na família, no trabalho e nos valores. Acredita-se que a partir desse dever de cuidado, a sociedade como um todo pugnaria e efetivaria melhor seu sentimento de justiça e coletividade.

Como o objeto, ou ainda o alvo da revertida lei protetiva era a criança, esta por sua vez não poderia ser deixada de nenhum modo ao acaso, tutelada por si mesma ou ainda entregue aos pais ou tutores que de algum modo prejudicavam seu desenvolvimento humano seja em proveito dos seus próprios vícios ou não.

A criança naquela época, muitas vezes era exposta a situação degradante, colocada nas ruas para pedir dinheiro, ou colocadas em casas de prostituição. A criança de origem mais simples, com pais pobres, não passava por um processo de educação regular, acabava ficando alheia às situações cotidianas voltadas para a moralidade e ao bom desenvolvimento humano.

A partir desse contexto, a Lei de Proteção à Infância decretou a criação das Tutorias da Infância e da Federação Nacional dos Amigos e Defensores das Crianças, que tinham como intuito formar jovens adultos que fossem paradigmas para o bem-estar da sociedade e dos indivíduos expostos a situações de risco social. Desse modo, se caracterizou por defender as crianças num tribunal especial, que se destinava a protegê-

⁴⁸*Idem.*

⁴⁹*Idem.*

las de um perigo moral, que estivessem desamparadas ou delinquentes, colocando-as em situação de educação e trabalhos regulares⁵⁰.

A ideia que se extrai enquanto a criação do dispositivo de proteção é que este Tribunal especial em tese julgava a partir do ideal de consciência de um pai de família, honesto, que pugna pela justiça social, sempre buscando o melhor interesse das crianças para criar um ambiente favorável para seu desenvolvimento.

Nesse sentido, a designação da Tutoria da Infância tinha como viés evitar que a criança tivesse sua infância submetida pelo estigma de ter cumprido alguma penalidade, indicando que seu instituto era prevenir e não remediar no que diz respeito ao castigo.

No que se refere à Lei de Proteção, diz-se que havia um processo de terapia moral e de higiene preventiva contra o crime empregado pelas crianças e adolescentes, o primeiro antes da consumação da atividade criminosa, o segundo em momento posterior caso viesse a ser efetivado. Dessa forma, a Tutoria alcançava tanto as crianças que não cometiam crimes, mas estavam submetidos a um risco social chamado de perigo moral, quanto as crianças que cometiam os crimes, em situação chamada de delinquência.

Nesse viés, a Tutoria considerava que afastando o menor criminoso ou não dessas situações de risco, poderia contribuir significativamente para o procedimento de recuperação e transformação de crianças e adolescentes, extirpando qualquer resquício que tenha ficado a partir da vivência em uma situação de exposição à perigos morais ou de exploração ao trabalho.

O Estado, a partir de qualquer entidade pública, ou ainda particular, desde que autorizada e constituída com a mesma finalidade, tinham assim o condão e o dever de retirar as crianças desses ambientes corruptos e de as tutelar e proteger, prestando os cuidados adequados, enquanto não estivessem aptas a sua declaração de emancipação pelo trabalho e pela responsabilidade adquirida após a tutela pelo Estado.

Ainda para as crianças delinquentes, ou seja, as que cometiam atos infracionais análogos a crimes, que tinha idade até 16 (dezesseis) anos, a ação que a justiça tomava em relação a ela passava a ter um caráter de prevenção e proteção, afastando os atos de castigo em relação a elas. Os menores de 16 anos, para a legislação não eram considerados criminosos, designando atos corretivos conforme as circunstâncias do crime empregado.

Tinha como incumbência então, as entidades de Tutoria Centrais ou das comarcas, julgar as causas cíveis e criminais relacionadas aos menores em situação de

⁵⁰POIARES, Carlos Alberto. **Edição comemorativa da lei de protecção da infância**. Lisboa, 2010.

perigo moral, ou ainda menores desamparados ou delinquentes, evidenciando medidas como a inclusão definitiva de guarda, vigilância, tratamento ou tutela. A lei de proteção ainda buscou simplificar o processo de mitigação do poder dos pais, abrangendo esse exercício para a mãe ou em alguns casos algum parente responsável mais próximo da criança⁵¹.

Caracteriza-se esta lei como a busca por um paradigma idealizado das crianças e dos adolescentes, evidenciando a preocupação com a moralidade e aos bons costumes da época. É importante observar que as principais destinatárias dessa legislação eram as crianças que não possuíam residência fixa, meios de sustento ou cuja identidade era desconhecida.

Apesar de ter estado na Vanguarda legislativa no que tange ao direito da criança e do adolescente através da edição da lei supramencionada, poucas inovações foram observadas a partir daí, restando um hiato considerável na tutela destes direitos.

A Declaração dos Direitos da Criança promulgada pela Organização das Nações Unidas em 1959 somente fora ratificada por Portugal no ano de 1990, por meio da Resolução da Assembleia da República n. 20/90, de 12 de Setembro. A partir daí, estabeleceu-se como prioridades a promoção da família, os direitos e a proteção das crianças e dos jovens em risco. Para viabilizar tais prioridades, em 1991 foram criadas as Comissões de Proteção de Menores que vigorou até sua reforma com a edição da Lei nº 147/99.

Somente em 1999, foi aprovada a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo – Lei nº 147, sob forte pressão da ONU, que cobrou a adoção de medidas legislativas compatíveis com o tratado internacional ratificado.

Todos os Estados-membros que assinaram e ratificaram a Convenção dos Direitos da Criança se comprometeram a adaptar suas legislações ao que fora devidamente convencionado. Todavia, o que ocorreu em Portugal, foi um verdadeiro descompasso entre tal tratado e a legislação vigente, que não trazia procedimentos jurídicos, sobretudo processuais, de modo a viabilizar o exercício dos Direitos dos infantes. Isto posto, pressionados pela ONU, ainda que tardiamente, o direito português passou a adotar medidas mais concretas de materialização dos direitos contemplados na Declaração dos Direitos da Criança, com a lei nº 147, supramencionada.

⁵¹*Idem.*

A Lei n.147/99 passou a contemplar um conjunto de princípios expressos para a efetiva promoção dos direitos e protecção da criança e do jovem, mais precisamente em seu artigo 4º, quais sejam: interesse superior da criança e do jovem; privacidade; intervenção precoce; intervenção mínima; proporcionalidade e actualidade; responsabilidade parental; prevalência da família; obrigatoriedade da informação; audição obrigatória, participação e subsidiariedade.⁵²

Ficou a cargo das Comissões de Protecção de Crianças e Jovens a aplicação do modelo de protecção através da adoção de medidas de promoção e protecção, configuradas em sua execução seja em meio natural de vida ou em regime de colocação, a depender da natureza da situação da criança e do jovem. São medidas adotadas em meio natural de vida: o apoio junto dos pais; o apoio junto de outro familiar; a confiança a pessoa idónea; apoio para a autonomia de vida; medidas de colocação em acolhimento familiar e acolhimento em instituição.

Face ao exposto, Portugal, atualmente, apresenta legislação sólida na tentativa de promoção dos Direitos da Criança e do adolescente.

2.3. Tutela dos direitos da personalidade assegurados aos infantes

Os acontecimentos sociais e políticos, sobretudo os que geram em algum grau transformações do âmbito jurídico, devem ser objeto de análise crítica as suas repercussões na vida humana, além de seus reflexos. Dentro do estudo do Direito Privado, que se atém às relações humanas, estas como negociações comerciais, pessoais, familiares e etc., consistem em um espectro amplo e de profunda atenção no que se refere ao princípio primordial da dignidade da pessoa humana.

O objetivo deste presente trabalho não se trata em destrinchar o tema da dignidade humana, demonstrando sua singularidade dentro dos conceitos extraídos na narrativa histórica, mas demonstrar sua importância no estudo em questão. Para isso, devemos dar o devido destaque ao instituto que vem se desenvolvendo no século XXI.⁵³ Nesse aspecto, o trabalho vem utilizando seu significado como um elemento que pode ser traduzido como um valor social, dentro da razão jurídica, capaz de fundamentar a ideia

⁵² LEI de Protecção de Crianças e Jovens em perigo: lei n.º 147/99, de 01 de Setembro, e alterada pela Lei n.º 26/2018, de 05 de Julho.

⁵³NUNES, L. A. R. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

de vida, liberdade, intimidade, privacidade, honra, dentre outros elementos da vida humana.

Os Direitos Fundamentais estão relacionados a uma perspectiva ética da humanidade. As pessoas, pelo simples fato de existirem, deveriam ter acesso a eles. Nesse sentido, esses direitos compõem um rol exemplificativo de situações jurídicas que cada pessoa tem a chance de efetivar, como a liberdade e a privacidade por exemplo. Esse rol muda conforme a razão política e filosófica e cada povo em cada lugar, podendo variar as formas de exercício.

Sendo assim, ainda que a Constituição da República portuguesa e a Constituição Federal brasileira tratem dos Direitos Fundamentais, os mesmos não são vistos como um rol taxativo, podendo conforme o tempo e o lugar, serem alterados ou reinterpretados (conforme a constituição) para viabilizar sua efetivação no campo da realidade.

E como estamos tratando da dignidade humana, importante destacar que se trata de vetor dos direitos fundamentais: aqueles direitos que promoverem dignidade humana serão considerados como fundamentais.

Os Direitos da personalidade, por sua vez, estão dentro do Direito Civil e tutelam as relações que se comunicam com a autonomia privada e a independência pessoal. Desse modo, como o Direito Constitucional, na forma dos direitos fundamentais estão acima na hierarquia jurídica segundo o pensamento majoritário da atualidade, visualiza-se uma sobreposição de direitos. Esta última regula as relações de poder, e a primeira regula as relações de igualdade, entre os particulares⁵⁴.

Logo, direitos fundamentais, em primeira análise estabelecem uma relação de limites na atuação do Estado frente aos particulares. Já os direitos da personalidade, dizem respeito aos limites impostos entre os particulares, para que estes possam conviver de maneira pacífica e harmoniosa, para que o processo de desenvolvimento humano seja efetivado da forma mais benéfica possível.

Nesse contexto, defender os direitos da personalidade equivale a proteger os direitos das crianças e dos adolescentes. Em outras palavras, garantir a integridade da pessoa implica garantir o seu desenvolvimento, e em resumo, crianças e adolescentes são indivíduos em evolução contínua, que necessitam de certo nível de maturação.

⁵⁴ NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo: a relevância da vontade na configuração do seu regime**. Coimbra:Ed. Coimbra, 2004.

Da mesma forma que a lista de direitos fundamentais assegurados pela Constituição, os direitos da personalidade constituem um conjunto não exaustivo de direitos que englobam a proteção jurídica essencial, sem os quais a existência e o progresso do indivíduo seriam impossíveis.

As Constituições do Brasil e de Portugal reconheceram os direitos fundamentais destinados à pessoa humana. Destes, foram identificados os direitos da personalidade, que são abordados no Código Civil brasileiro nos artigos 11 a 21, com uma lista de exemplos, assim como nos artigos 27 e do 70º ao 81º do Código Civil português. Portanto, essa questão suscita discussões dentro de uma perspectiva que envolve tanto o direito civil quanto o constitucional.

Os direitos e garantias fundamentais representam as prerrogativas essenciais para assegurar uma vida digna, caracterizada pela liberdade e igualdade, para todos os indivíduos. Isso pode ser considerado como uma cláusula geral que visa proteger e promover a dignidade humana.

Na mesma perspectiva, o Enunciado nº 274 do CJF/STJ aprovado na IV Jornada de Direito Civil, no ano de 2006: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.”

Os direitos da personalidade, assim como todas as regras legais do Direito Civil e de outras áreas do sistema jurídico, devem estar intrinsecamente ligados à dignidade humana. Embora possam abranger uma variedade de aspectos e ramificações específicas, esses direitos estão essencialmente ligados à dignidade, representando as facetas mais íntimas da pessoa.

Podemos afirmar que os direitos da personalidade consistem nas posições jurídicas reconhecidas à pessoa humana, considerando-a em sua essência e em suas interações na sociedade. Esses direitos são fundamentais para o pleno desenvolvimento do indivíduo, abrangendo seus aspectos físicos, mentais e intelectuais. Eles individualizam o seu detentor e garantem uma proteção legal abrangente.

São direitos fundamentais para a pessoa humana, que têm como objetivo preservar a sua dignidade intrínseca. Pode-se argumentar que os direitos da personalidade não foram criados pelo sistema legal, mas sim são inerentes à própria natureza do ser

humano, que possui personalidade. Portanto, cabe ao Estado apenas o reconhecimento e a consagração desses direitos no âmbito do direito positivo.

A salvaguarda dos direitos da personalidade abrange todas as manifestações da individualidade humana e o respeito pelo crescimento e discernimento de cada indivíduo. Para efetivar a dignidade da pessoa, as Constituições do Brasil e de Portugal estabeleceram a proteção completa das crianças e adolescentes, garantindo-lhes o status de titulares de direitos, de seres em desenvolvimento e de prioridade máxima.

Com o intuito de criar uma sistemática sobre os direitos da personalidade, alguns doutrinadores fizeram uma classificação, considerando que, na primeira divisão, os direitos da personalidade aparecem dentro do direito privado. Ainda nesse sentido, Adriano De Cupis ⁵⁵ assim divide: “direito à vida e direito à integridade física; direito à liberdade; direito à honra e o direito ao resguardo pessoal; direito à identidade pessoal e direito moral de autor.”

Além disso, outros autores também se dedicaram ao tema e propuseram outras classificações relevantes, como é o caso de Francisco do Amaral, que apresenta uma classificação diversa que considera os aspectos fundamentais dos direitos da personalidade: o físico, o intelectual e o moral.⁵⁶

Em que pese a observação das classificações, não se faz urgente um estudo detalhado do posicionamento de cada autor acerca dessa sistemática. Desse modo, o que vale destaque é que os autores se posicionam de forma a colocar em evidência a integridade física e moral dos indivíduos. Diante disso, o enfoque é dado nessas duas dimensões (física e moral) para a efetivação da dignidade humana, sobretudo, no que tange aos seres em formação – crianças e adolescentes.

Em outras palavras, falar em tutela jurídica dos direitos da personalidade, especialmente em suas dimensões física e moral na vida do indivíduo, é o mesmo que falar sobre a efetivação da dignidade humana, porém em um cenário mais restrito, que diz respeito às relações entre os indivíduos.

O Código Civil brasileiro de 2002, traz consigo o conceito de personalidade em seus primeiros artigos. O primeiro destaca que todas as pessoas são capazes de direitos e deveres na ordem civil. Além disso, o segundo traz que a personalidade civil da pessoa

⁵⁵DE CUPIS, A. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

⁵⁶Francisco do Amaral expõe que a classificação que ele traz demonstra que “[...] direitos da personalidade podem sintetizar-se no direito à integridade física, no direito à integridade intelectual e no direito à integridade moral, conforme apresentem a proteção jurídica desses bens ou valores.”

começa do nascimento com vida, porém a lei assegura esses direitos desde a concepção, chamados de direitos do nascituro.⁵⁷ O Código Civil português, no mesmo sentido, trata do começo e termo da personalidade jurídica em seus artigos 66º e 68º

Considerando essas disposições da Lei civil, é possível afirmar que o indivíduo recebe a tutela do ordenamento jurídico durante toda a sua existência. Dessa forma, o estabelecimento da personalidade jurídica da pessoa, tem seu início no nascimento com vida e sua extinção na morte. Nesse cenário, os direitos da personalidade acompanham o indivíduo ao longo de toda a sua existência, desde o momento da concepção até após o falecimento, incluindo as manifestações da personalidade após a morte.

A energia atribuída à pessoa ao longo de sua vida se concretiza por meio da regulamentação de sua capacidade civil. Assim, todo indivíduo é detentor de direitos e obrigações de acordo com a lei civil. Essa afirmação decorre do fato de que a lei estabelece uma capacidade jurídica, mas não necessariamente uma capacidade de agir. A incapacidade de agir está relacionada à ideia de que pessoas incapazes não podem realizar atos da vida civil sem a intervenção de terceiros ou a assistência de alguém.

Tal intervenção é entendida como um instrumento de proteção das pessoas que por alguma razão não conseguem realizar tais atos de forma capaz. A pessoa, como regra, adquire a capacidade de fato ao completar 18 anos e, até completar, diz-se que ela é relativamente capaz a partir dos 16, quando pode realizar alguns atos da vida civil. Antes dos 16 anos de idade, como regra, diz-se absolutamente incapazes. Essa incapacidade, conforme a lei, se materializa no fato de que essas pessoas não podem por si, praticar atos da vida civil, precisando de terceiros para realizar ou assisti-los na prática destes atos.

A nova ordem constitucional luso-brasileira, ao estabelecer o princípio da dignidade humana, ampliou a tutela desse grupo de pessoas incapazes, impedindo que haja tratamento diferenciado que promova distinções discriminatórias e preconceituosas. Logo, extrai-se o entendimento que as normas devem compor uma sistemática que promova a proteção da pessoa humana, independentemente de sua capacidade civil, e essa proteção deve abranger o tratamento das pessoas umas com as outras, bem como em relação ao Estado.

Ainda nesse cenário, observa-se que o desenvolvimento da personalidade do indivíduo é fator elementar para a concretização da dignidade humana. Nestes termos, o desenvolvimento e a construção da personalidade, de forma saudável e benéfica, deve ser

⁵⁷CC/02. Arts. 1º e 2º.

objeto de tutela jurídica. É desafiador identificar quais direitos estão intrinsecamente relacionados à realização e ao crescimento dessa pessoa, embora alguns sejam fundamentais, como o direito à saúde e as diversas dimensões do direito à integridade física e mental.

No âmbito do direito privado, os direitos da personalidade, conforme delineados no exame do Código Civil brasileiro e português, embora tenham como objetivo abranger todas as necessidades de proteção, não conseguem proporcionar uma tutela abrangente e absoluta que seja capaz de salvaguardar todas as manifestações da personalidade em todas as suas potenciais formas de expressão. Isso se dá através do entendimento de que conforme a evolução da dinâmica social, surgem novos caminhos que os indivíduos irão percorrer, tornando difícil o estabelecimento de novas tutelas jurídicas com um sistema jurídico que muitas vezes não acompanha a velocidade das transformações.

Em outras palavras, a velocidade das transformações sociais é maior que a velocidade com que o direito, seja público ou privado, se atualiza. Em alguns casos, ele se comporta em sentido contrário às inovações e demandas por tutela jurídica, como ocorre com alguma frequência com as questões de gênero, família, reprodução artificial, ou questões ligadas à tecnologia de informação.⁵⁸

Diante desse contexto, a tutela jurídica acerca dos direitos da personalidade, busca a todo modo proteger em um maior número e amplitude bem como as expressões individuais das pessoas e o respeito pelo seu crescimento pessoal, a partir do seu poder de discernimento.

Há uma discussão quando se trata sobre o discernimento. As questões que são levantadas, sobretudo no âmbito da capacidade jurídica das pessoas, é tema relevante. O trabalho, pretende destacar como a ausência do discernimento é fator para que haja uma maior tutela e proteção pelo Estado, sobretudo através do Direito e de políticas públicas formuladas de forma que propicie o desenvolvimento das personalidades dos infantes.

O critério utilizado no Brasil e em Portugal é a idade para a aferição do discernimento, e nesse sentido, a capacidade civil para realizar atos. No Brasil, o Código Civil tem classificações para os absolutamente incapazes, que são pessoas com até 16 (dezesesseis) anos, e os relativamente incapazes, que por sua vez são pessoas com idade entre 16 e 18 anos, como já mencionado anteriormente.

⁵⁸TEPEDINO, G. **A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional brasileiro**. In: _____. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.23-54.

Atingindo a maioridade com 18 anos, o indivíduo passa a ser considerado capaz e, portanto, atinge o grau máximo de discernimento, desvinculando-se de uma tutela mais protetora do Estado. Em outras palavras, os menores de 18 anos, sobretudo as pessoas com idade até 16 anos, estão submetidas à uma tutela maior de proteção do Estado, vinculadas a regras e dispositivos específicos, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em perigo, além de outras normas que disciplinam questões relacionadas a este grupo.

Sobre essa temática, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), estatui uma sistemática de separação entre as crianças e adolescentes, sendo consideradas para todos os efeitos criança a pessoa com idade até 12 (doze) anos incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos.⁵⁹

Tal divisão da legislação, foi uma decisão com base no desenvolvimento da personalidade e no amadurecimento intelectual das pessoas conforme vão crescendo. No ECA, encontram-se disposições que levam em conta o amadurecimento da criança, como nos casos de adoção. Neste exemplo, crianças a partir de 12 anos que se encontram em situação de adoção devem consentir para que os pais adotantes possam efetivar a adoção⁶⁰.

O acatamento pelo desenvolvimento individual das pessoas e pela sua habilidade de tomar decisões é reconhecido em outros sistemas jurídicos como em Portugal, que também adota o critério de idade semelhante ao Brasil, como forma de proteção à infância e à juventude.

No intuito de concretizar a dignidade humana através do respeito ao desenvolvimento humano, a CF/88 objetivou a partir da doutrina de proteção integral, representa uma nova situação jurídica para a população jovem, que iguala todos os indivíduos no que se refere ao tratamento legal, elevando-os à categoria de titulares de direitos, criando novos direitos através de uma proteção integral e especial por parte do Estado, como tratamos em tópico específico.

Tal doutrina foi fruto de uma série de esforços das Nações Unidas a pedido dos membros, que solicitaram uma resposta mais atual e inovadora para reverter os prejuízos que o modo antigo de analisar os jovens vinha causando. Atribui-se ao papel dos Estados uma nova perspectiva no tratamento dos adultos em relação as crianças e adolescentes.

⁵⁹Art. 2.º ECA (Lei nº 8.069/90).

⁶⁰Art. 45, § 2º ECA (Lei nº 8.069/90).

Em que pese o art. 227 da CF/88, este por sua vez assegura às crianças e adolescentes a condição de sujeitos de direito com prioridade absoluta, dando efetividade na proteção integral.

Antes, porém, da Constituição brasileira de 1988, as questões patrimoniais e os interesses dos adultos eram privilegiados, em detrimento dos infantes. Essa inversão de prioridades deu-se, portanto, a partir do novo texto constitucional, que passou a dar primazia ao melhor interesse da criança e adolescente.

No que toca a melhor interpretação do texto constitucional, a atenção se concentra nos interesses e nas ambições individuais das crianças e adolescentes, deixando de lado questões relacionadas ao patrimônio. O foco principal é o bem-estar e ao melhor interesse da criança, ou ainda interesse superior da criança, capaz de promover e propiciar um ambiente digno e favorável ao processo evolutivo da personalidade.

Assegurar a sua proteção significa resguardá-los de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência ou opressão.

No Brasil, tem sido observado um aumento na criação de políticas públicas direcionadas para a atenção às pessoas com menos de 18 anos. Imprimindo uma maior preocupação com a realidade social a qual o país está submetido, com exposição das crianças e adolescentes às situações de riscos. Nesse sentido, há instituições e entidades que discutem o tema e debatem num plano não muito teórico sobre aplicações e implementações de medidas de combate à violência contra as crianças e adolescentes.

Os direitos da personalidade garantidos em sede infraconstitucional através da tutela do código privado (CC/02), referem-se aos direitos do indivíduo em todos os momentos de sua vida, sem qualquer distinção de idade. Não há uma classificação diferenciada da tutela da personalidade das crianças e adolescentes. Assim, qualquer violação ensejará a responsabilização de quem a der causa.

De forma intrínseca ao princípio da dignidade humana, os direitos da personalidade dentro do contexto infraconstitucional servem como uma barreira de proteção em favor da pessoa, atuando frente aos desafios impostos.

Como mencionado alhures, a mesma proteção deve ser garantida quanto ao direito das crianças e adolescentes, os quais devem, especialmente considerando a vulnerabilidade inerente a esses seres em transição, serem cobertos pelo escudo estabelecido pelos direitos da personalidade.

À luz dos dispositivos constitucionais, e da legislação infraconstitucional dela decorrente, o desenvolvimento saudável da personalidade das crianças e adolescentes,

Como um desdobramento natural da proteção do seu interesse superior e bem-estar, isso se estabelece como um dos elementos fundamentais da nova estrutura jurídica. Portanto, é incumbência de todos resguardá-los contra qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, exploração, crueldade e opressão.

Nesse cenário, deve-se considerar que o menor de 18 anos, seja criança ou adolescente, submetem-se a situações peculiares, em que, para garantia de sua proteção integral, faz-se necessário tratamento e apoios especializados. Entretanto, mesmo que todo o sistema jurídico, seja em termos de legislação, doutrina ou jurisprudência, tenham enveredado esforços conjuntos para a tutela da dignidade humana, ainda não conseguem, de forma ampla e efetiva, tutelar as necessidades daqueles.

As violações dos direitos relacionados à personalidade são evidentes no contexto das crianças e adolescentes, destacando-se a necessidade premente de implementar e concretizar uma tutela de proteção abrangente que priorize o bem-estar desses jovens. Deve haver instrumentos de reparação e de promoção dos infantes, sob pena de inviabilizar a dignidade dos mesmos, e, conseqüentemente, promover um verdadeiro desastre social.

Isto posto, observar crianças e adolescentes expostas, abandonadas ou submetidas a toda sorte de violência, comprovam a falência do sistema em todos os âmbitos: familiar, social e estatal e, desta maneira, traduz o modo como a sociedade se vê e permite essas violações, distanciando do seu projeto de sociedade baseada no princípio da dignidade da pessoa humana.

2.4. Os institutos da assistência e representação como instrumento de proteção aos direitos dos infantes

Elemento estritamente importante, capaz de dar um maior lastro. O processo de desenvolvimento saudável da personalidade se reflete na preservação da esfera de liberdade da pessoa. Esse sistema de proteção encontra apoio tanto no campo do direito público quanto no privado, sendo este último, por natureza, a esfera que enfatiza a liberdade das partes e sua autonomia de vontade.

A centralidade da autonomia da vontade é evidente quando se trata do direito à autodeterminação, um direito constitucionalmente protegido, que está inserido no contexto dos direitos à personalidade, contribuindo para a promoção de uma vida de qualidade.

Quando se trata da autodeterminação de crianças e adolescentes, isso é contrastado com a questão da capacidade legal. Em relação aos atos da vida civil, dispostos no Código Privado, os incapazes devem estar respectivamente, representado e assistido, no caso de absolutamente e relativamente incapaz.

O representante legal deve expressar a vontade em favor do menor, com o objetivo de sempre buscar o melhor interesse da criança ou do adolescente, independentemente da situação. Em circunstâncias específicas, por analogia, pode ser aplicado o artigo 45, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que trata de casos de adoção. Em resumo, quando um menor está envolvido em um processo de autodeterminação, é fundamental que sua opinião seja ouvida e levada em consideração, para que o órgão de justiça possa determinar qual é a melhor solução a ser adotada:

“O direito ao desenvolvimento da personalidade, ao mesmo tempo que fundamenta uma ‘tutela geral da personalidade’, consagra uma ‘liberdade geral de acção’, uma ‘liberdade de comportamento’ no sentido de uma autonomia e autodeterminação individuais, ‘assegurando a cada um aliberdade de traçar o seu plano de vida’, conforme ensina Paulo Mota Pinto. Todos os cidadãos são titulares deste direito, mas as crianças e os jovens são um grupo para quem ele assume uma ‘especial relevância’. A prová-lo está o facto de que, mesmo antes da introdução expressa deste direito, em termos gerais, no artigo 26º. do texto constitucional, alei fundamental já consagrava a mesma protecção especificamente para a infância e para juventude, ao mesmo tempo que inscrevia o ‘desenvolvimento da personalidade’ como um dos grandes objectivos da educação, no âmbito da escola”⁶¹.

Os legítimos para exercer o poder familiar, devem na verdade observar e respeitar o direito à liberdade das crianças e dos adolescentes. Também é incumbência assegurar o atendimento adequado das necessidades do menor, desde que isso não prejudique sua educação e seu progresso pessoal e humano.

Tem se demonstrado preocupante o olhar em torno da legitimidade da representação e do atendimento às solicitações e necessidades apresentadas por crianças e adolescentes, uma vez que são os titulares do poder familiar que possuem grande poder, seja para garantir a defesa de seus interesses, seja para prejudicá-los.

O instituto da representação existe para os casos de incapacidade em razão da idade. Como regra, essa representação é atribuída aos genitores dessas crianças e adolescentes. Em alguns casos, existe a falta destes, seja em razão de morte, doença ou abandono. Ou ainda no caso em que os pais são absolutamente incapazes de exprimir vontade, ou que por algum motivo perderam o poder familiar sobre os infantes. Nestas

⁶¹OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de direito da família: direito da filiação - estabelecimento da filiação, adoção**. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. v.2, t. I, p. 51.

faltas, as legislações brasileira e portuguesa atribuem uma ordem preferencial de substitutos para exercerem os direitos de representação do menor, a qual será determinada por ordem judicial.

O poder familiar se concretiza na totalidade das obrigações e prerrogativas que os pais assumem em nome de seus filhos, enquanto atuam como seus representantes legais.

A situação se torna mais clara quando examinamos até onde vai a autoridade e o direito de tomada de decisões dos representantes legais das crianças e dos adolescentes, especialmente quando se refere à proteção da integridade psicológica e física. Nesses casos, não há explicitamente uma resposta fechada, ou ainda uma diretriz doutrinária eficaz para a questão levantada. Em outras palavras, os casos concretos devem ser analisados e apreciados à luz de princípios gerais do direito e do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Sobre o tema:

PODER PATERNAL. ÂMBITO. INIBIÇÃO DO PODER PATERNAL.

I - Até à maioridade ou emancipação, os filhos estão sujeitos ao poder paternal (artº 1877º C. Civ.), que incumbe aos pais, a quem compete, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.

II - Tendo falecido a mãe de um menor, o exercício do poder paternal ficou a pertencer ao pai - artºs 1903º, 1904º e 1912º C. Civ.

III - Só assim não será se o pai for judicialmente inibido, total ou parcialmente, de tal exercício, ou se for decretada qualquer providência limitativa do mesmo (artºs 1918º e 1920º).

IV - Quando tiver sido decretada alguma das providências referidas no artº 1918º C.Civ., os pais conservam o exercício do poder paternal em tudo o que com ela se não mostre inconciliável - artº 1919º C. Civ.

Acórdão da Relação de Coimbra de 22-05-2007. Proc. 12/99.5TBACB-A.C1. Relator: Artur Dias.⁶²

Como dito alhures, como regra, os pais são seus representantes legais e, assim, devem demonstrar consideração pela individualidade dos filhos, sejam eles adotivos ou biológicos, e devem levar em conta a maturidade de cada um, incluindo sua perspectiva e opinião em suas decisões, além do consentimento nas questões de família que sejam importantes e necessários para reconhecer seu papel com autonomia na organização social.

Diante desse contexto, atualmente parte da realidade social expõe em algum número diversas situações que se opõem e violam o princípio da dignidade da pessoa humana. As crianças e adolescentes, por estarem começando seu processo de

⁶²Acórdão da Relação de Coimbra de 22-05-2007. Proc. 12/99.5TBACB-A.C1. Relator: Artur Dias. [Em linha] [Acesso em 10/12/2021]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

desenvolvimento e amadurecimento, não têm ciência de que possuem direitos e, como resultado, acabam excluídos da sociedade devido à negligência de seus representantes legais.

Por essa razão, imprescindível que se estabeleça todo um arcabouço jurídico de proteção aos infantes, para ter garantida a tutela de seus direitos. Ainda que a família seja a base e o ponto de partida do indivíduo, quando esta falha, quando os tutores ou responsáveis legais representem ainda mais problema no desenvolvimento singular dos menores, cabe ao Estado, e a toda a sociedade, garantir tal proteção, de forma prioritária e absoluta. O mesmo deve ser aplicado a todo tipo de incapacidade que impeça que uma pessoa sozinha possa praticar atos básicos da vida civil.

Poderíamos apontar um número incontável de exemplos em que os próprios representantes legais ou genitores de crianças e adolescentes ferem a sua dignidade, como nos casos de violência doméstica, ou exposição de menores. Para esses casos, medidas efetivas devem ser tomadas pelo Estado, em cada caso concreto, para que haja a preservação do real e melhor interesse do menor. Perder a legitimidade para representá-lo é a medida primeira desta, como a suspensão do poder familiar, por exemplo.

Não se pode olvidar, contudo, que há um dever comum da família, sociedade e Estado pela preservação dos direitos dos infantes. Quando o núcleo essencial, que é a família, ao invés de proteger, fere frontalmente direitos basilares dos menores, colocando em risco a sua integridade física e moral, contribuindo para a supressão da sua dignidade humana, de forma concomitante e subsidiária, a sociedade e o Estado precisam assumir para si o papel de guardiães dos infantes.

A sociedade e o Estado desempenham um papel fundamental como os principais atores encarregados de garantir a segurança e o bem-estar necessários para uma vida tranquila e feliz das crianças e adolescentes, servindo de estímulo para o desenvolvimento da sua personalidade, devendo, pois, assumir o controle da representação ou assistência do menor exposto pela sua família. São inúmeros os instrumentos utilizados nesse mister, todos estampados na legislação civil vigente. Em conformidade com os princípios constitucionais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

O Estado, deverá promover políticas públicas, com o apoio da família enquanto base da sociedade, com vistas a diminuir as violações e erradicar a violência física e moral sofrida pelas crianças e adolescentes, prevalecendo o respeito e a atenção ao princípio da dignidade humana.

Nos casos extremos, em que as políticas públicas não funcionarem, e, quando houver uma completa falência da estrutura familiar operante, para garantir a proteção integral do infante, temos, como mencionado alhures, a suspensão do poder familiar, que é o ponto de partida para a colocação do menor em famílias de substituição, em instituições de acolhimento, e, por conseguinte, às vias da Adoção, que é o cerne do presente trabalho.

CAPÍTULO III - ADOÇÃO

Sob este prisma, na impossibilidade de convívio com a família biológica, surge, então, a figura da Adoção, como uma forma artificial de inserção de novos membros numa família já existente.

Nesta esteira de pensamentos, a jurisprudência e a legislação brasileira e portuguesa, foram alvo de diversas modificações para se adequar a essa nova dinâmica social, que surgia no direito constitucional hodierno.

A abordagem legal dada à adoção no sistema jurídico luso-brasileiro, tem como norte os direitos fundamentais contemplados na Constituição Federal de 1988, os quais foram reforçados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Civil de 2002 brasileiros, bem como nos preceitos da Constituição da República Portuguesa, e nas alterações legislativas, sobretudo com o advento da Lei n.º 143/2015, os quais contemplam os empenhos da sociedade contemporânea.

E conforme tratado no tópico anterior, a responsabilidade de garantia do convívio familiar tranquilo à criança e ao adolescente, compete, concomitantemente, ao Estado, à família e a toda a sociedade. Como um princípio constitucional, decorrente do princípio máximo da dignidade da pessoa humana, o amparo integral e irrestrito aos infantes é prioridade máxima.

A adoção, como mencionamos alhures, é um dos instrumentos à disposição do Estado, para tentar reparar e fazer cessar a violação a diversos direitos dos menores, sobretudo, como forma de garantir-lhes o convívio familiar.

Nestes termos, a autorização para adoção é fundamentada no interesse superior da criança e do adolescente, como consectário da proteção de sua dignidade e na construção e efetivação dos seus direitos individuais à personalidade.

3. 1. Breves linhas sobre adoção

Para Diogo Leite de Campos, “a adoção é um vínculo jurídico e afectivo que se estabelece entre duas pessoas, à semelhança da filiação natural, mas que não se baseia na verdade biológica (art. 1586º)”. E continua afirmando, com extrema sensibilidade, que “o ser pai ou mãe é muito mais do que gerar um novo ser, do que dar a vida. É amor. Portanto, os pais podem perfeitamente não ser os biológicos desde que sejam afectivos,

que saibam e queiram exercer as suas funções no interesse da criança. A adopção é um acto de amor tão completo e importante como ter um filho biológico, por vezes mais.”⁶³

Ou, nas palavras de Jorge Duarte Pinheiro - “um indivíduo pertencente pelo nascimento a um determinado grupo de parentesco adquire novos laços de parentesco noutro grupo, definidos tais laços, em termos sociais, como equivalentes aos laços de sangue”.⁶⁴

Com um conceito mais técnico, Pablo Stolze diz que “adoção é um ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, excepcional, irrevogável e personalíssimo, que firma a relação paterno ou materno-filial com o adotando, em perspectiva constitucional isonômica em face da filiação biológica.”⁶⁵

Trata-se de tema sensível no ordenamento jurídico luso brasileiro. Parte da doutrina entende como política pública de acesso à família, na busca pela realização dos direitos da personalidade, tanto no que diz respeito aos adotantes, quanto no que diz respeito aos adotados, ideia que mais interessa ao presente trabalho. Antes, porém, é necessário conceituar essa dimensão do Direito das famílias.

No decorrer da história, parece um pouco irresponsável deixar de considerar que sempre houve filhos indesejados pelos pais, ou ainda pais ausentes, seja em razão da morte ou qualquer outro motivo (relevante ou não), filhos estes que permaneceram desamparados, à margem e sem a devida proteção.

Acontece que esse contexto de abandono e violência veio, ao longo do desenvolvimento humano sendo reescrito pelos caminhos da adoção, instituto que conecta pessoas com condições de cuidado e proteção, com essas crianças ou adolescentes abandonadas por suas famílias de origem.

Na visão Constitucional, a adoção abrange dois caminhos possíveis de realização caso seja efetivada da forma adequada. Por um lado, sob a ótica da criança ou adolescente, que na ausência desse instituto terá seu desenvolvimento e aprendizagens comprometidas em razão do abandono dos pais, gerando traumas e cicatrizes que podem perdurar até o final de sua existência. Como tentativa de amenizar os traumas decorrentes do rompimento com os laços familiares biológicos, sob a égide da adoção, a criança integrada em um contexto familiar adequado, consegue em um certo sentido, reparar os danos causados pelo abandono e resgatar seu processo de desenvolvimento, além de se

⁶³GAGLIANO, Pablo Stolze, *op.cit.* p. 417.

⁶⁴PINHEIRO, Jorge Duarte. **Direito da Família e das Sucessões**. Volume I, Lisboa, ADFDL, 2007.

⁶⁵GAGLIANO, Pablo Stolze, *ibidem*. p. 706.

ressignificar a vida, efetivando os direitos fundamentais relativos à personalidade e à felicidade.

Por outro lado, há a visão do adotante, pessoa que muitas vezes carrega consigo um sentimento muito grande de proteção e amparo em relação às outras pessoas e, esse sentimento, tende a fomentar a vontade em integrar outra pessoa que lhe é estranha no seu seio familiar, seja pela realização pessoal, seja pela realização de felicidade no outro como um sentimento altruísta, vendo o alheio com o devido carinho e afeto.

Sob este prisma, tem-se o entendimento de que, ainda que ocorra modificações na vida privada dos envolvidos, a adoção também se trata de uma política pública que serve à sociedade. Tem como objetivo integrar pessoas que antes eram excluídas da base da sociedade, trazendo maior segurança jurídica, efetivação de direitos e justiça social, garantindo-lhes, por conseguinte, dignidade.

O parentesco criado juridicamente pela adoção, em grande parte se dá pelo amor e pelo afeto, constituindo uma vontade de proteção e cuidado em relação à criança. Para os adotantes e adotados, trata-se de um tema que lhe é caro do ponto de vista pessoal, vislumbrando o desejo de manifestação do afeto e carinho em favor de quem não se constitui vínculos biológicos. Para essas pessoas, a questão da filiação e da parentalidade está cada vez mais centrada no desejo de oferecer e receber amor, e é nesse contexto que a adoção encontra terreno fértil.

O movimento de fomento à adoção apresenta-se cada vez mais como uma alternativa aparentemente bem-sucedida em relação a parentalidade e a filiação, por se tratar, como afirmado alhures, de uma medida que viabiliza o direito da criança e do adolescente de se inserir em um ambiente familiar adequado para o seu pleno desenvolvimento, além de fornecer aos pais, uma alternativa também eficaz do direito à felicidade vinculado à realização pessoal da experiência da parentalidade.

Portanto, é forçoso concluir que, dentro da perspectiva de proteção integral da criança, com todos os princípios constitucionais intrínsecos já examinados por nós no presente trabalho, a garantia de acesso à vida em família pelos menores em situação de abandono, pela via da Adoção, é o principal meio de garantir a dignidade dos mesmos, devendo, nesse aspecto, ser amplamente estimulado, sob pena de comprometimento social de grande monta.

3.2. Natureza Jurídica da Adoção

Na visão de Flávio Tartuce, a adoção é “um instituto jurídico relacionado à tutela e proteção à personalidade, na busca de felicidade. Essa tutela se efetiva através de seu estabelecimento, entre duas ou mais pessoas, construindo um vínculo de afeto entre o adotante e o adotado, que passam a ter, formalmente, vínculos de parentalidade e filiação.”⁶⁶

Já Maria Helena Diniz, entende que “o ato jurídico pelo qual, observados os dispositivos legais, alguém estabelece, independentemente das relações de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, integrando-o à sua família na condição de filho pessoa que geralmente lhe é estranha.” Essa visão da autora baseia-se na concepção clássica de adoção vista na doutrina de Silvio Rodrigues.⁶⁷

Por outro lado, Maria Berenice Dias já demonstra que a filiação através da adoção decorre de um ato de vontade, no pleno exercício da autonomia privada do indivíduo. Nesse caso, a adoção é um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia e sua efetivação estão ligadas à chancela do Estado, através dos tribunais de justiça.

Além disso, o vínculo que se cria entre adotante e adotado, trata-se de vínculo fictício que acaba gerando uma relação de filiação entre pessoas estranhas, com os mesmos efeitos de uma filiação biológica.

Ciara Sottomayor, aponta que “a adoção é um ato complexo formado pelo consentimento, declaração de vontades de determinadas pessoas, pais biológicos, candidatos a adotante e adotando maior de doze anos e pela sentença judicial”.⁶⁸

A doutrina citada acima, ao menos parece concordar que a adoção é um ato jurídico em sentido estrito complexo, já que, apesar de seus efeitos serem fixados em lei, também há a necessidade de decisões judiciais para criarem efeito.

Por outro lado, também há o entendimento que se trata de negócio jurídico, pois depende de iniciativa da parte interessada, sem contar que a partir dos 12 anos de idade do adotado, é necessário que um juiz o ouça para decidir da melhor maneira para o adotado, exercendo, ainda que timidamente, sua autonomia privada na escolha ou não da adoção. Tal entendimento, embora mereça ser mencionado, não se adequa aos sistemas jurídicos modernos luso-brasileiros, vez que passaram a exigir a intervenção dos tribunais

⁶⁶TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, Direito de Família**, 2017, p. 286.

⁶⁷DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. São Paulo, Saraiva. 2010, p. 484.

⁶⁸SÁ, Eduardo; SOTTOMAYOR, Maria Clara Pereira de Souza Santiago, ROSINHA, Isabel; CUNHA, Maria João. **Abandono e Adopção**. Coimbra: Almedina, 2005, p.256

não para homologar a adoção, mas para a concederem, levando em consideração as circunstâncias e informações apresentadas durante o processo judicial, mesmo quando há uma manifestação afirmativa da vontade do menor.

A evolução constitucional que coloca a criança como sujeito de direitos, tendo o dever de preservá-los e protegê-los, com intervenção do Ministério Público, por exemplo, em todas as fases processuais no direito brasileiro, como forma de garantir a sua tutela máxima, coloca em xeque essa perspectiva negocial da adoção.

3.3 Legislação aplicada

3.3.1. Brasil

Para Silvio Rodrigues, em sua obra clássica de Direito Civil, “a adoção talvez seja o instituto jurídico dentro do direito de família que mais tenha sido objeto de alterações estruturais e funcionais com o passar do tempo. Diante disso, várias leis que o regulamentaram, sendo elas o CC/1916, a Lei nº 3.133/57, a Lei nº 4.655/65, o Código de Menores nº 6.697/79, e por fim o ECA/90, o que acabou gerando uma colcha de retalhos relacionados ao tema.”⁶⁹

Não obstante o cenário complexo que trata o tema da adoção dentro do ponto de vista legal, o Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02) também tratou do tema. Este não veio no intuito de revogar todos os dispositivos anteriores sobre a adoção, funcionando também como uma parte do todo que já vinha sendo aplicado.

Nota-se que nesse sentido, o Brasil nunca teve uma estabilidade do ponto de vista legislativo quando o assunto é adoção ou direitos relativos a crianças e adolescentes, seja por não serem considerados como sujeitos de direito, seja por não haver interesse jurídico para o aprimoramento do tema.

Ainda nesse caminho, como se não bastasse, em 2009 promulga-se uma lei conhecida como Lei nacional da Adoção ou ainda nova lei de adoção (Lei nº 12.010/09). Esta norma, trouxe consigo algumas alterações no código civil, vindo a revogar alguns artigos sobre a adoção como o 1.620 a 1.629, além de alterar os artigos 1.618 e 1.619 do atual código. Além disso, a Lei de adoção ainda alterou parte do ECA que tratava sobre o tema, afirmando um aperfeiçoamento na sistemática de adoção no Brasil.

Antes da publicação do CC/02, a adoção no Brasil poderia ocorrer de duas formas. A chamada adoção plena, ou ainda estatutária, que dizia respeito aos casos de

⁶⁹RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p. 336.

adoção de menores, crianças e adolescentes, tratada dentro da sistemática do ECA em razão de ser uma lei especial em relação à Lei privada.

Outra possibilidade era a chamada adoção simples, ou adoção civil, ou ainda restrita. Trata-se de um tipo de adoção onde há casos envolvendo maiores de 18 anos, plenamente capazes, não integrando a sistemática de proteção no ECA. Com a entrada da Lei Civil de 2002, os dispositivos relativos à adoção civil de 1916, foram revogados, restando apenas os dispositivos referentes à adoção plena.

Nesse caminho, a modalidade de adoção presente no CC/02 servia tanto aos tipos de adoção de menores quando de maiores de idade, ressaltando as hipóteses de uso do ECA nos casos em que havia interesses dos menores, como o caso de crianças e adolescentes.

A crítica que se constrói nesse cenário, pelo menos na visão de Paulo Eduardo Lépore⁷⁰, é que com a chegada do CC/02, acaba a discussão de qual lei aplicável aos casos de adoção, se valendo do CC/02 e do ECA. Sobretudo, essa perspectiva gerou algumas críticas por parte da doutrina, sobretudo no que diz respeito à aplicação de algumas normas e proteções aplicadas a crianças e adolescentes, que se estendem aos adultos.

Na busca por agilizar o processo de adoção, reduzindo os danos causados pela permanência de crianças e adolescentes em instituições, a Lei nº 12.010/09 que veio com o intuito de desburocratizar e dar celeridade ao processo não se mostrou eficaz. Muitas das mudanças trazidas pela nova lei não passaram da troca de termos e nomenclaturas, trocando nomes como abrigo para acolhimento institucional. A ênfase foi dada ao acolhimento familiar, que envolve pessoas que se candidatam e são habilitadas, muitas vezes mediante compensação financeira, para acolher temporariamente a criança, com um limite de até 2 anos.

Tal acolhimento, na verdade, pode ser entendido pela criança como mais uma perda, em razão da família acolhedora não poder adotar a criança posteriormente, gerando mais danos e tendo a criança que retornar ao abrigo depois deste período. Ademais, a legislação contempla a ideia de família extensa ou ampliada, compreendendo parentes além do círculo familiar mais próximo, como por exemplo avós, tios dentre outros.

Nesse caso, o Estado prioriza a busca por esses parentes a quem a criança tenha havido algum vínculo, ainda que a situação cause precariedade ou insegurança jurídicas,

⁷⁰LEPORE, Paulo Eduardo. et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo, Saraiva, 2018.

em razão da impossibilidade de adoção, mas apenas a possibilidade de guarda. À criança que estabelece uma ligação com a pessoa que possui a sua guarda, não lhe é assegurado direitos aos alimentos, ou ainda questões de sucessão, causando maior insegurança jurídica que o instituto da adoção.

Apesar desses pontos negativos, ela garante ao adotado o direito de ter conhecimento de sua família biológica e de ter acesso ao processo de adoção, assegurando uma maior transparência e segurança à pessoa adotada. Ela ainda garante aos pais o direito de visitas e o dever de prestar alimentos em casos de guarda de terceiros como leciona o art. 33, §4º do ECA. Ainda, outra mudança significativa é a possibilidade de reunir grupos de irmãos sob adoção, tutela ou guarda pela mesma família, conforme estipulado no artigo 28, parágrafo 4º do ECA.

Em um certo sentido, o fato é que a adoção a partir da Lei Nacional de Adoção tornou contornos excepcionais em relação ao processo, o qual devem ser utilizadas todas as ferramentas possíveis de integração à família biológica da criança antes de encaminhá-la para a adoção. Em outras palavras, deve ser esgotado todas as alternativas para integrar a criança em sua família natural extensa, para em momento posterior, a criança ser passível de se integrar a outra família através do processo de adoção, o que pode ser visto como um retrocesso em determinados casos.

É necessário esclarecer também que a existência de família natural, após a consolidação da adoção, conforme entendimento proferido no Enunciado nº 273 do CJF/STJ:

“Tanto na adoção bilateral quando na unilateral, quando não se preserva o vínculo com qualquer dos genitores originários, deverá ser averbado o cancelamento do registro originário de nascimento do adotado, lavrando-se novo registro. Sendo unilateral a adoção, e sempre que se preserve o vínculo originário com um dos genitores, deverá ser averbada a substituição do nome do pai ou da mãe natural pelo do pai ou da mãe adotivos.”⁷¹

No que diz respeito ao processo de adoção, atualmente se faz em juízo de infância e juventude nos casos de menores e no juízo de família nos casos de adoção de maiores de 18 anos. Em ambos os casos deve haver a intervenção do Ministério Público, pois se trata de interesses de incapazes no primeiro caso e ao estado de pessoas e a ordem pública em ambos.

Em relação à capacidade para adotar, no Brasil exige-se que o adotante seja absolutamente capaz, a partir dos 18 anos de idade, independente do estado civil, bem

⁷¹ [Em linha] [Acesso em 10/12/2021]. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/218>

como deve possuir 16 anos de diferença em relação à idade do adotado. É importante lembrar que a adoção por somente uma pessoa é chamada adoção unilateral. Já a adoção por duas pessoas, trata-se da bilateral, ou ainda a adoção conjunta, conforme art. 42, §2º do ECA. É indispensável que na adoção conjunta, haja prova da estabilidade da relação do casal, como a certidão de casamento ou um contrato de união estável.

Além disso, a jurisprudência do STJ não admite a adoção conjunta sem o consentimento de ambas as partes, ou seja, as duas devem manifestar interesse no processo de adoção, sob pena de violação da autonomia privada e do melhor interesse da criança. Do que se depreende é que o adotante não pode compelir o cônjuge ou companheiro a adotar uma criança, nem se faz um ambiente saudável em uma adoção onde a criança não é aceita por um membro da família.⁷²

Como novidade, a Lei Nacional da adoção trouxe a hipótese de ex-cônjuges ou ex-companheiros adotarem conjuntamente, desde que acordem com regime de visitas e guarda.

Demonstrando forte evolução da jurisprudência quanto à matéria, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a adoção por casais homoafetivos:

“Cuida-se da possibilidade de pessoa que mantém união homoafetiva adotar duas crianças (irmãos biológicos) já perfilhadas por sua companheira. É certo que o art. 1º da Lei n. 12.010/2009 e o art. 43 do ECA deixam claro que todas as crianças e adolescentes têm a garantia do direito à convivência familiar e que a adoção fundada em motivos legítimos pode ser deferida somente quando presentes reais vantagens a eles. Anote-se, então, ser imprescindível, na adoção, a prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque se discute o próprio direito de filiação, com consequências que se estendem por toda a vida. Decorre daí que, também no campo da adoção na união homoafetiva, a qual, como realidade fenomênica, o Judiciário não pode desprezar, há que se verificar qual a melhor solução a privilegiar a proteção aos direitos da criança. Frise-se inexistir aqui expressa previsão legal a permitir também a inclusão, como adotante, do nome da companheira de igual sexo nos registros de nascimento das crianças, o que já é aceito em vários países, tais como a Inglaterra, País de Gales, Países Baixos, e em algumas províncias da Espanha, lacuna que não se mostra como óbice à proteção proporcionada pelo Estado aos direitos dos infantes. Contudo, estudos científicos de respeitadas instituições (a Academia Americana de Pediatria e as universidades de 14 Virgínia e Valência) apontam não haver qualquer inconveniente na adoção por companheiros em união homoafetiva, pois o que realmente importa é a qualidade do vínculo e do afeto presente no meio familiar que ligam as crianças a seus cuidadores. Na específica hipótese, há consistente relatório social lavrado por assistente social favorável à adoção e conclusivo da estabilidade da família, pois é incontroverso existirem fortes vínculos afetivos entre a requerente e as crianças. Assim, impõe-se deferir a adoção lastreada nos estudos científicos que afastam a possibilidade de prejuízo de qualquer natureza às crianças, visto que criadas com amor, quanto mais se verificado cuidar de situação fática consolidada, de dupla maternidade desde os nascimentos, e se ambas as companheiras são responsáveis pela criação e

⁷²STJ. REsp 1.421.409/DF, Informativo nº 588 de 2016.

educação dos menores, a elas competindo, solidariamente, a responsabilidade. Mediante o deferimento da adoção, ficam consolidados os direitos relativos a alimentos, sucessão, convívio com a requerente em caso de separação ou falecimento da companheira e a inclusão dos menores em convênios de saúde, no ensino básico e superior, em razão da qualificação da requerente, professora universitária. Frise-se, por último, que, segundo estatística do CNJ, ao consultar-se o Cadastro Nacional de Adoção, poucos são os casos de perfilhação de dois irmãos biológicos, pois há preferência por adotar apenas uma criança. Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, chega-se à conclusão de que, na hipótese, a adoção proporciona mais do que vantagens aos menores (art. 43 do ECA) e seu indeferimento resultaria verdadeiro prejuízo a eles. REsp 889.852-RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 27/4/2010.”⁷³

As decisões que surgiram na sequência acabaram por assentar o entendimento inclusive no STF de que a entidade familiar composta por pessoas, seja do mesmo sexo ou não, não deve ser tratada de forma diversa conforme a sua variada composição. Sobre esse entendimento, o STF em 2015 manteve seu posicionamento no sentido de que: “entendida como esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade”.⁷⁴

De todo modo, a questão em si não gira em torno na união homoafetiva, mas do melhor interesse da criança. Logo, para a jurisprudência, o critério de deferimento da adoção deve ser o de melhorar as condições de desenvolvimento e crescimento do adotando.

Conforme estabelecido pelo artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção é permitida quando oferecer efetivas vantagens para o adotado e houver razões legítimas para isso. Embora tal dispositivo deixe uma certa margem de subjetividade ao jurista, Vanessa Figueiredo Lima pondera que os motivos legítimos significam que a adoção não possa acontecer em razão de promessa ou de pagamentos e vantagens nem aos genitores, nem para intermediários. E “reais vantagens” significaria que será garantido bem-estar ao adotado, além de terem supridos suas necessidades e interesses, atrelados, tudo isso, à convivência familiar saudável. A única vantagem garantida ao adotante seria o de ter filhos, prevalecendo, pois, o princípio do melhor interesse da criança.⁷⁵

⁷³ STJ. REsp 889.852/RS, Informativo nº 432 de 2010.

⁷⁴ STF. RE 846.102, Dje 2015.

⁷⁵ LIMA, Vanessa Figueiredo, *op. cit.*, p. 43

3.3.2 Portugal

Para Diogo Leite de Campos, “a adoção é um vínculo jurídico e afetivo que se estabelece entre duas pessoas, à semelhança da filiação natural, mas que não se baseia na verdade biológica (art. 1586º)”.

No ordenamento jurídico português, a evolução do instituto se deu no mesmo compasso do direito ocidental, nos moldes mencionados em tópico anterior. Aqui faremos alguns apontamentos mais específicos, e as legislações pertinentes.

Abandonar crianças sempre foi uma prática corriqueira na sociedade portuguesa, desde a sua origem. Nem sempre é possível levar a cabo uma gestação e a maternidade, sem que cause embaraços econômicos, sociais ou morais. Esconder a gravidez e abandonar o bebê, muitas vezes é a solução mais coerente para se atender a padrões sociais.

Em decorrência dessa prática, em 1543, foi emitida a Carta Régia, que conferiu à Santa Casa da Misericórdia de Lisboa a responsabilidade de desempenhar as funções “de recolher, proteger e criar as crianças, filhas de ninguém”.⁷⁶ Essas crianças carregavam estigmas incontáveis, sendo chamados de “enjeitados”, “expostos”.

A Roda dos Expostos era uma prática comum em quase todo o mundo, não se tratando de uma particularidade portuguesa. Instituições como conventos e mosteiros, tinham em suas portas, um local para colocar os pequenos, sem que houvesse exposição de quem os deixava.

Em Portugal, a Roda dos Expostos foi extinta em 1870 “por se considerar que tal medida não tinha acabado com os abandonos nem com as elevadas taxas de mortalidade infantil. Antes disso, foi concedido subsídios às mães indigentes, às puérperas e às famílias que viessem buscar à Roda as crianças que outrora tinham enjeitado para tentar minimizar a situação dos ‘expostos’. Diante do insucesso da medida, optaram por extinguir de vez a Roda dos Expostos, para que cada família se encarregasse da criação de seus filhos”.⁷⁷

Com o direito português medieval, a adoção assumiu caráter patrimonialista. A regulamentação das adoções nas Ordenações Afonsinas e Manuelinas tinha como

⁷⁶ Basto, M. E. (1995). **Da roda dos expostos à adoção nos nossos dias**. Congresso Europeu da Adopção (pp. 21-24). Ed. Centro de Estudos Judiciários.

⁷⁷ *Idem*.

objetivo principal conferir ao adotado o status de herdeiro. Todavia, o Código Civil de 1867, não abordava o instituto da adoção.

Cumprе destacar, no entanto, que Durante o período de vigência do Código de Seabra de 1867, o mundo foi marcado por acontecimentos significativos, como a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais, que resultaram em um grande número de órfãos em todo o mundo, sobretudo na Europa. E como uma reação “humanitária”, o instituto da adoção ressurge, agora com uma nova roupagem e novo objetivo, que seria acolher os órfãos produzidos pela guerra – o que fora tratado no item anterior.

Guilherme de Oliveira pondera, nesse sentido, que:

“(…)no caso da adoção, mostra com grande significado o regresso histórico do instituto ao direito português, com a feição renovada da satisfação do interesse da criança e do jovem, na sequência do recurso amplo que foi empreendido na altura da primeira guerra mundial, em que muitas crianças perderam as suas famílias; e mostra a evolução do instituto no sentido do alargamento da capacidade para ser adotado – partindo dos órfãos e abandonados da primeira versão do código civil de 1966 até às crianças em perigo com famílias conhecidas. Em suma, a evolução das leis da adoção é uma parte da história geral da ascensão do valor social das crianças e jovens, e da sua proteção efetiva.”⁷⁸

Assim, ainda que de forma tímida, a adoção passou a ser novamente tratada no Código Civil português de 1966, ao privilegiar os interesses do adotado. Com a reforma de 1977, (Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro), o tema foi abordado de forma mais expressa, voltando a ser desenvolvido no ordenamento jurídico.

Imperioso ressaltar, que no período pós-guerra, o direito passou a ter novos contornos, como forma de reação às barbáries cometidas naquele período, como tratamos no início do presente trabalho, em linhas gerais. Agora, merece destaque para compreensão da evolução do instituto da adoção em Portugal.

O ser humano passou a ser considerado de forma singular, com o estabelecimento de uma nova concepção jurídica de direitos e garantias individuais. Foi nesse contexto, que os direitos humanos passaram a ter primazia, e começaram a se desenvolver de modo a dar maior efetividade a núcleos intangíveis de direitos que antes se apresentavam tão somente em seu caráter formal.

Assim é que a ideia de adoção toma novos contornos em todo o mundo. Antes, era tratada diante das necessidades do adotante. Agora, o adotado passa também a ser visto como sujeito direitos, tendo a adoção o condão de garantir aos menores a efetivação

⁷⁸OLIVEIRA, Guilherme de. Jurisprudência Crítica - **A DATA OU A VIDA!** Lex Familiaе – Revista Portuguesa de Direito da Família - Ano 18 - n.º 35 - 2021 Publicação Semestral

dos mesmos, como o direito à convivência familiar, ao acolhimento pleno, ao afeto e amor, de modo a promover um pleno desenvolvimento como ser humano.

O Código Civil português de 1966 aborda a instituição da adoção dentro de um contexto mais amplo de proteção às crianças que estão sem um ambiente familiar convencional. Esse código prioriza o interesse da criança adotada, conforme mencionado no preâmbulo do Decreto-Lei 185/93, de 22 de maio. É a primeira vez no ordenamento jurídico de Portugal que a adoção aparece como instituto a favor das crianças, e como forma de proteção destas, mas ainda de forma rudimentar.

Tal como em outros ordenamentos jurídicos, nomeadamente a legislação francesa através da distinção entre “*adoption plénière*” e o sistema italiano através da distinção entre “*adozione ordinária*” e “*adozione speciale*”, os civilistas portugueses instituíram, na oportunidade, Antes da Reforma de 1977, o sistema de adoção em Portugal incluía duas modalidades: a adoção plena e a adoção restrita. A adoção restrita era a norma geral, enquanto a adoção plena era reservada principalmente para órfãos e crianças cujos pais eram desconhecidos.

Esse sistema dual apresentava diferenças, fundamentalmente, em termos de requisitos de constituição e de efeitos, pese embora havendo requisitos e efeitos comuns. Era permitido que a adoção restrita fosse transformada em adoção plena, mas não o inverso, de acordo com a legislação da época.

Na Reforma de 1966, a criança adotável era aquela submetida a abandono físico. Somente a partir da Reforma de 1977, o abandono afetivo também passou a ser considerado critério para caracterização de criança apta a ser adotada.

Cumprê destacar que, conforme já delineado em tópicos anteriores do presente trabalho, as relações de afeto passaram a ser o cerne da vida em família. Desse modo, uma criança abandonada afetivamente, com todas as consequências no seu desenvolvimento regular, passou a ser preocupação do Estado, que se tornou responsável por sua recolocação em lares capazes de lhe conferirem o elemento “afeto”.

Nesse contexto, a adoção passa a ser objeto de decisão judicial e sai da esfera de um negócio jurídico a ser feito entre as partes, assegurando a idoneidade do ato através do judiciário. Dessa forma, o Estado Português passa a criar uma política de seguridade em relação às crianças, estabelecendo limites e critérios para que os pais possam ter vínculos de adoção com os possíveis filhos adotivos.

O Código de 1966 determinou que a adoção de crianças e adolescentes até 15 anos de idade na data da petição judicial de adoção era possível, desde que os adotantes

demonstrassem ser capazes de proporcionar um ambiente adequado para a adoção. Nesse caso, destaca-se o fato de que as garantias têm um caráter patrimonial, não se atendo às condições socioeducativas dos pais para com os filhos.

Por outro prisma, a adoção plena era concedida em situações em que havia uma probabilidade mínima de conflito entre a família biológica e a família adotiva. Lado outro, somente estariam aptos à adoção plena os casais que estivessem assim constituídos a pelo menos 10 (dez) anos, que não fossem separados judicialmente, e não tivessem descendentes biológicos (critérios cumulativos).

Ao mesmo tempo, estavam aptos à adoção plena somente as crianças e adolescentes de pais incógnitos, ou falecidos, ou ilegítimos de um dos pais adotantes caso o outro fosse incógnito ou já tivesse falecido.

Dando seguimento à evolução da sociedade, com as transformações sócio-políticas ocorridas, nesse contexto da década de 1970, percebeu-se a necessidade de alteração substancial no regime da adoção, para que aproximasse da realidade então vigente, o que se deu com a reforma ocorrida em 1 de abril de 1978. A valorização e ampliação do espectro da adoção já podia ser observada no preâmbulo do Decreto-Lei n.º185/93, de 22 de Maio. A adoção restrita foi mantida. Mas a plena foi incrementada, com amplo alargamento ao seu campo de aplicação.

Dando continuidade à evolução do instituto em Portugal, é importante ressaltar a Reforma do Código Civil de 1977, que resultou no Decreto-Lei n.º 496/77, datado de 25 de novembro, e cujas mudanças começaram a surtir efeitos em 1º de abril de 1978. Esta lei alterou de forma substancial o instituto da adoção, de modo a consolidar a primazia do interesse superior da criança.

A alteração consolidou a ideia central do instituto da adoção, tendo o menor como seu núcleo tangencial. A partir dessa reforma, o processo de adoção se tornou mais ágil, colocando o interesse superior da criança como critério fundamental para as decisões judiciais relacionadas à adoção. Sobre o tema:

“ADOPÇÃO. INTERESSE DA CRIANÇA.

1 - O superior interesse da criança e do jovem deve ser entendido como o direito do menor ao desenvolvimento são e normal no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

2 - Quando a família biológica é ausente ou apresenta disfuncionalidades que comprometem o estabelecimento de uma relação afectiva gratificante e securizante com a criança impõe-se que se salvguarde o superior interesse da

A modificação foi profunda, de modo a viabilizar o processo adotivo com vistas a beneficiar o menor em condições de vulnerabilidade, tornando a adoção um instituto mais próximo da realidade fática, social e judiciária.

A partir daí, aumentou-se o leque de pessoas que poderiam figurar como adotantes, houve a redução dos requisitos mínimos de idade para os adotantes e a diminuição do tempo de duração do casamento como pré-requisitos. Além disso, passou a ser possível que a adoção fosse concedida a uma única pessoa, independentemente do estado civil. A presença de filhos do casal adotante deixou de ser um obstáculo para a formação da relação de adoção.

No que diz respeito ao adotando, as mudanças visaram ampliar o número de crianças que poderiam ser adotadas, incluindo menores abandonados e aqueles que haviam residido por mais de um ano com os adotantes e estavam sob sua responsabilidade. Além disso, a exigência de que o outro genitor do adotando fosse desconhecido ou falecido, nos casos em que o filho adotando fosse filho do outro cônjuge, foi abolida.

E sobretudo, passou-se a permitir a declaração judicial de abandono, permitindo ao juiz prescindir do consentimento dos pais do adotando.

A razão dada pelo legislador para essas mudanças significativas no instituto da adoção foi a alteração constitucional que eliminou a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos (Lei nº 496/77 de 25 de novembro). Tais avanços almejavam a viabilização de um maior número de adoções plenas, tendo em vista a superação dos entraves legislativos de outrora.

Através desse conceito, buscou ressignificar a adoção, destacando que entre os filhos naturais e filhos adotivos não houvesse distinção que prejudicasse o filho adotivo, bem como a relação entre adotante e adotado seria juridicamente semelhante à relação entre os filhos naturais⁸⁰.

No que diz respeito à essa reforma legislativa, ela manteve as duas modalidades de adoção, plena e restrita. No entanto, ampliou a legitimidade dos casais adotantes, que

⁷⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24-06-2010, Proc. 80/09.3TMPDL.L1-6. Relatora Fátima Galante. [Em linha] [Acesso em 10/12/2021]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

⁸⁰RAMIÃO, Tomé d’Almeida. **A adoção – Regime Jurídico Actual**, Quid Juris Sociedade Editora, 2005.

antes eram constituídos há mais de 10 anos e passaram esse tempo para 5 anos, reduzindo assim a idade mínima para 25 anos, independente de já possuírem filhos ou não. Dessa forma, as pessoas solteiras também poderiam ser passíveis de serem adotantes, independentemente de sua situação familiar.

Estas mudanças foram imprescindíveis para a alteração do formato jurídico que contribuiu com a equiparação da adoção plena e restrita no que diz respeito aos seus pressupostos de admissibilidade, abrindo, dessa forma, um leque de oportunidades na livre opção dos pais adotantes por uma ou por outra modalidade de vínculo adotivo, seja restrito ou pleno.

Um instituto que, no passado, estava mais centrado nos interesses dos adultos, gradualmente passou a ser moldado para priorizar os interesses das crianças, protegendo seus direitos.

Saliente-se, por oportuno, que apesar da intenção do legislador ter sido, ao criar o “estado de abandono”, o de viabilizar maiores números de adoção, na prática, não foi o que ocorreu. O número de candidatos interessados na adoção aumentou, assim como o número de crianças que estavam em instituições de acolhimento, sem o correspondente crescimento das adoções efetivamente.

As transformações sociais, no contexto político e social, conduziram a alterações no cenário jurídico-legislativo e, em 1982, inovaram o movimento constitucional português com o estabelecimento do instituto da adoção através do aditamento ao texto normativo do art. 36º da Constituição da República Portuguesa⁸¹, ao qual veio a acrescentar que a adoção é regulada e protegida nos termos da lei.

Mas ainda assim, o ordenamento português permaneceu petrificado por um longo período, até que novos contornos fossem traçados.

No contexto geral, também a no cenário do Direito Internacional, surgem alterações dignas de referência que, em momento posterior, foram implementados no Direito português. Como exemplo, tem-se a publicação da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989.

Esse diploma legal resultou da adesão de Portugal à Convenção Europeia em Matéria de Adoção de Crianças, que foi ratificada pelo país por meio do Decreto do Presidente da República n.º 7/90, de 20 de fevereiro. Além disso, a criação das novas comissões de proteção de menores foi regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 189/91 de 17

⁸¹Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril. Lisboa: Edições Almedina, 2016.

de maio. Essas mudanças ocorreram em conjunto com a representação de Portugal nos trabalhos preparatórios da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, com o objetivo de estabelecer diretrizes para a adoção de crianças estrangeiras.

Na ocasião, regulamentou-se a colocação de menores residentes em Portugal em outros países para fins de adoção internacional, em consonância com as diretrizes estabelecidas no contexto da adoção internacional, bem como a situação inversa e a intervenção dos organismos de segurança social no processo de adoção.

No plano interno, os órgãos de assistência social adquiriram a atribuição de deliberar sobre a custódia administrativa de menores e obtiveram o direito de solicitar a sua custódia legal, sendo consultados de forma obrigatória antes que o tribunal tome uma decisão.

Desse modo, reforçou-se o papel da ação da segurança social em todo o processo de adoção, e tutelar, sendo responsável pela articulação entre cidadãos, famílias e instituições e os menores em condições de vulnerabilidade.

Nesse viés, o ordenamento jurídico português, em 1993, sobretudo após a publicação do Decreto Lei nº185/93, o Código Civil e a Organização Tutelar de Menores sofreram algumas modificações. Essas alterações, dizem respeito as novas políticas implementadas em Portugal que versam sobre a adoção. A alteração que pode ser observada como mais significativa consiste, em síntese, na criação e estruturação do regime de confiança do menor, no intuito de sua futura adoção, que permite com que se impeça a permanência das situações de incerteza em que a criança ou o adolescente esteja em situação de risco.

Com isso, cria-se também a confiança administrativa, que passa a pressupor o pedido de adoção, com exceção no caso de filho do cônjuge, nestes casos há sua dispensa em razão de muitas vezes já existir essa convivência. Essas e outras alterações no processo para a adoção se deram, com a introdução da opção de modificar o nome do adotado como uma consequência da adoção, aumentando ainda o lastro de convivência com a nova família.

Observa-se ainda a alteração dos parâmetros de idade estabelecidos entre adotantes e adotados, com a flexibilização do requisito do consentimento prévio, seja dos pais biológicos, seja das pessoas cujo consentimento também é necessário. Foi estabelecido que a mãe biológica não pode dar seu consentimento para a adoção antes de completar 6 semanas após o parto, substituindo o prazo mínimo de 1 mês estipulado na lei anterior.

Em contrapartida, foi estabelecido a obrigatoriedade da oitiva dos ascendentes, ou na ausência destes, dos irmãos mais velhos do genitor falecido quando o filho adotando seja do cônjuge do adotante e o consentimento deste não seja estritamente necessário. Além disso, foi concedido à pessoa adotante e à família biológica o direito de manterem sua identidade em sigilo, e foram implementadas normas de direito processual para garantir esse sigilo, regulando a participação dos órgãos de segurança social nos processos de adoção.

Sob a ótica dessas reiteradas mudanças no procedimento de adoção, o que se buscou é dar mais chances às pessoas adotandas no processo de adoção para que estas, além de se integrarem em novas famílias, não sejam afetadas por suas famílias naturais, seja qualquer a questão enfrentada. Em outras palavras, buscou-se simplificar o processo de adoção, proporcionando aos futuros adotantes maior segurança jurídica contra possíveis contestações por parte da família biológica. Para isso, estabeleceu-se que o consentimento dos pais do menor era necessário para a adoção, e esse consentimento só poderia ser dispensado em circunstâncias específicas previstas na lei.

No dia 18 de março de 1997, foi emitido um despacho conjunto pelos Ministros da Justiça e da Solidariedade e Segurança Social, estabelecendo o Programa "Adopção 2000". As diretrizes desse programa eram as seguintes:

“No cumprimento de um imperativo constitucional, a promoção da família é uma das prioridades da política do XIII Governo Constitucional. No entanto, a situação das crianças em risco e privadas de meio familiar é preocupante.

O Governo, no cumprimento do art. 69.º da Constituição da República Portuguesa, que atribui à sociedade e ao Estado um dever de proteção das crianças, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente no que diz respeito a crianças sujeitas a maus tratos, a abandono ou orfandade, acolhe nas estruturas do sistema da segurança social – famílias de colocação e lares – cerca de 13 500 crianças e jovens privados de meio familiar adequado.

A situação existente revela a persistência de uma ideologia institucionalizadora, que não configura necessariamente a solução mais adaptada para muitas destas crianças. Simultaneamente, o elevado número de crianças e jovens em instituições indica a ruptura das respostas existentes com a sua consequente incapacidade para satisfazer os novos pedidos de intervenção.

Em contrapartida, o recurso à adoção de crianças desprovidas de meio familiar ou em risco é diminuto. Estimam-se que tenham sido decretadas, em 1996, cerca de 330 adoções.

(...)

A Convenção dos Direitos da Criança prevê que os Estados garantam a essas crianças uma proteção alternativa que, em determinadas circunstâncias, poderá ser a adoção.

Consequentemente, numa óptica de política global para a infância, tendo em vista o desenvolvimento integral da criança de acordo com os seus direitos, torna-se imperativo dinamizar o recurso à adoção de crianças desprovidas de meio familiar.

Com esse intuito acolhem-se, no presente programa, elementos importantes decorrentes da recente audição parlamentar sobre adopção e, igualmente, os decorrentes de conclusões de uma auditoria realizada pela Inspeção-Geral da Segurança Social, no final do ano passado e Janeiro deste ano, aos serviços de adopção dos centros regionais de segurança social e da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa.

(...)

Assim, os Ministérios da Solidariedade e Segurança Social e da Justiça determinam que em articulação com outros ministérios e com as instituições particulares de solidariedade social (IPSS), nomeadamente no âmbito do Pacto de Cooperação para a Solidariedade Social, seja desenvolvido e executado o Programa denominado “Adopção 2000”, que assentará nas seguintes quatro vertentes:

- 1) Reforma da legislação sobre a adopção;
- 2) Reestruturação dos serviços de adopção da segurança social;
- 3) Articulação dos serviços públicos e privados;
- 4) Criação do grupo coordenador do Programa Adopção 2000.

1 – Reforma da legislação sobre adopção – a reforma do regime jurídico da adopção deve enquadrar-se na reforma mais ampla em curso, do direito de menores, e, especificamente, no âmbito da intervenção estatal junto de menores em risco (através da aplicação de providências cíveis, correspondentes aos actuais processos tutelares cíveis), na qual se atribui, de pleno direito, à segurança social um progressivo papel interventor fortemente revitalizado.”⁸²

Assim dispunha o despacho com a criação do Programa Adopção 2000: “é necessário definir os critérios de acolhimento, de diagnóstico e de elaboração do projecto de vida dos menores sem enquadramento familiar, pelos quais face ao caso concreto, o encaminhamento para a adopção é mais ajustado que as medidas de colocação familiar ou institucionalização”.⁸³

Na sequência, e com o mesmo objetivo – de dar mais efetividade ao instituto da adoção – outra atualização legislativa sobre o instituto se deu a partir do Decreto-Lei n.º 120/98 de 8 de Maio, visando “adequar a adopção às nobres finalidades para que foi projectada, em contextos de permanentes transformações” (preâmbulo do Decreto-Lei n.º 120/98 de 8 de maio).⁸⁴

Com a devida vênia, permita-nos, mais uma vez, trazer à baila do presente trabalho, o preâmbulo do referido decreto, tendo em vista a riqueza de detalhes e de explicações sobre o tema, que reforça, sobremaneira, o que se pretende demonstrar nesta dissertação:

“O instituto da adopção foi introduzido no nosso direito de família pelo actual Código Civil há praticamente três décadas.

⁸² Despacho conjunto dos Ministros da Justiça e da Solidariedade e Segurança Social, de 18 de Março de 1997, publicado no Diário da República n.º 92/1997, Série II, de 19 de Abril de 1997. [Em linha] Disponível em: <https://files.diariodarepublica.pt/gratuitos/2s/1997/04/2S092A0000S00.pdf>

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ Decreto-Lei n.º 120/98 de 8 de Maio. [Em linha] Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=557&tabela=leis&so_miolo=

A adopção passou, assim, a ser fonte de relações jurídicas familiares, conjuntamente com o casamento, o parentesco e a afinidade. Centrada na defesa e promoção do interesse da criança e enquadrada no conjunto dos instrumentos tradicionalmente previstos para a protecção de crianças desprovidas de um meio familiar normal, a adopção permite a constituição ou a reconstituição de vínculos em tudo semelhantes aos que resultam da filiação biológica, de essencial relevância no contexto dos complexos processos de desenvolvimento social e psicológico próprios da formação da autonomia individual. A actualidade do instituto e o interesse de que se reveste para a globalidade dos países estão bem patentes na forma como estes aceitaram, enquanto Estados Partes, o que nesta matéria vem regulado pela Convenção sobre os Direitos da Criança. Num mundo progressivamente mais interligado e mais próximo, assume a maior importância a Convenção sobre a Protecção de Menores e a Cooperação Internacional em Matéria de Adopção, assinada na Haia em 29 de Maio de 1993. Uma das características específicas do direito de família é a sua permeabilidade às modificações das estruturas sociais e por isso o instituto da adopção foi objecto de duas importantes alterações, ocorridas em 1977 e em 1993 (Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, e Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio). Estas modificações, tal como a que agora se opera, visam adequar a adopção às nobres finalidades para que foi projectada, em contextos de permanentes transformações. Mas, se é inquestionável esta premência em actualizar a legislação por forma a corresponder aos legítimos anseios e necessidades de toda a comunidade, é imperioso que as soluções adoptadas traduzam pontos de equilíbrio, consideradas as múltiplas variantes que, de forma mais ou menos directa, confluem numa área tão sensível como esta. É por isso também que a reforma da legislação sobre a adopção, que agora se leva a efeito, corresponde aos objectivos intercalares definidos pelo despacho conjunto dos Ministros da Justiça e da Solidariedade e Segurança Social de 18 de Março de 1997 (publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 92, de 19 de Abril de 1997), ao mesmo tempo que se conjuga com as propostas já elaboradas pela Comissão para a Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas (despacho n.º 20/MJ/96, do Ministro da Justiça, de 30 de Janeiro de 1996, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 35, de 10 de Fevereiro de 1996) e ainda com o Relatório da Comissão Interministerial para o Estudo da Articulação entre os Ministérios da Justiça e da Solidariedade e Segurança Social (despacho conjunto dos Ministros da Justiça e da Solidariedade e Segurança Social de 2 de Outubro de 1996, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 262, de 12 de Novembro de 1996). 2 - As modificações que seguidamente se enumeram nos seus traços essenciais encontram fundamento e justificação no que acaba de se expor e prosseguem reforçadamente, por um lado, o escopo final do interesse do menor e, por outro, o da responsabilidade que a comunidade tem com todas as crianças e, em especial, com as crianças que se encontram privadas de meio familiar normal".⁸⁵

O programa "Adopção 2000" tinha como objetivo principal realizar modificações significativas na Organização Tutelar de Menores. Uma das mudanças mais relevantes foi a introdução da possibilidade, após uma decisão judicial sobre a confiança administrativa do menor aos pais adotantes, de nomear os adotantes como curadores

⁸⁵Decreto-Lei n.º 120/98 de 8 de Maio. [Em linha] Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=557&tabela=leis&so_miolo=

provisórios da criança adotada. Isso permitia que a criança estabelecesse uma convivência mais precoce com os futuros pais adotantes.

Ainda nesse sentido, objetivou estabelecer a possibilidade do menor poder ser implementado à guarda provisória dos pais candidatos à adoção, quando se demonstrar cristalina a vontade e o comprometimento dos adotantes em relação aos deveres de cuidado e proteção em relação às crianças e adolescentes durante o curso da ação. Esta última reforma em 1998, fez também com que baixasse para 12 (doze) anos a idade como critério com o qual se exige consentimento do adotante e dos seus filhos.

E sob a influência do Estatuto da Criança e do Adolescente publicado no Brasil em 1990, Portugal edita a Lei n.º 147/99, de 1 de setembro - Lei de proteção de crianças e jovens em perigo.

Nesse contexto de evolução legislativa no Regime Jurídico da Adoção, foi também contemplado a alteração introduzida através da Lei nº 7/2001, de 11 de maio, que veio ampliar a modalidade da adoção conjunta de crianças e adolescentes até 15 (quinze) anos aos casais que viviam em união de fato em um período superior a 2 (dois) anos, nos mesmos moldes previstos para os cônjuges, dando mesmo tratamento jurídico do casamento às uniões de fato no que diz respeito à adoção.

Em 2003, ocorreram mudanças legislativas através da Lei n.º 31/2003, datada de 22 de agosto, que introduziu um novo paradigma: havendo conflito de direitos entre os da criança e dos adultos, a criança passa a ter primazia legal. O regime da adoção foi revisitado e reformulado, porém, houve o cuidado para manterem o objetivo central da facilitação no acesso a adoção. Pela primeira vez, passou-se a tratar a relação entre os menores e seus representantes legais, por meio da ideia de vinculação – existente ou inexistente entre eles. O vínculo passou a ser um importante viés a ser analisado quando das relações parentais.

Dentre as significativas alterações, esta reforma cuidou de trazer e evidenciar o aumento da idade máxima para adotar de 50 para 60 anos (art. 1979.º, n.º 3, 4 e 5). A equiparação da confiança obtida através de decisão judicial frente à medida de promoção e proteção que envolve a confiança da pessoa selecionada para a adoção ou da instituição com o objetivo de viabilizar a futura adoção.

Ademais, uma importante alteração foi a eliminação da possibilidade de os pais revogarem o consentimento de forma desvinculada e independente do processo de adoção (art. 1983º). Também foi estabelecida a obrigatoriedade de criar listas nacionais de

candidatos à adoção e das crianças e adolescentes em situação de possível adoção, que passaram a ser considerados adotandos.

Além disso, esta reforma legal veio a ser inserida na base do art. 1974º nº 1 do Código Civil Português, consolidando o fato da adoção ter como principal objetivo a busca pela realização do superior interesse da criança, um princípio amplamente consagrado pelo artigo 21º da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente. Esse princípio serve como base para todas as decisões judiciais que impactam a vida de crianças e adolescentes, colocando seu bem-estar no centro das considerações legais.

A constante revisão e alteração do regime jurídico de adoção refletem a evolução histórica e a adaptação da sociedade a novas realidades e necessidades. Persegue um objetivo primário de aumentar cada vez mais o número de adoções para que haja sucesso na medida e que as crianças abandonadas estejam em melhores condições de desenvolvimento.

Em um certo sentido essas modificações não têm tido o resultado que pretendem alcançar com a expressividade que o legislador idealizou. Há, portanto, reserva no que diz respeito ao Decreto Lei nº 28/2007, que instituiu nova alteração dentro do regime jurídico da adoção, bem como em 2015 através do Decreto Lei 143/2015 de 8 de setembro. Este último, nº 143/2015, trata-se do regime vigente no momento.

É fundamental ressaltar que o objetivo principal do novo regime jurídico da adoção foi fortalecer os mecanismos já existentes, introduzir novas disposições para aprimorar o processo de adoção e, ao mesmo tempo, garantir a eficácia, a celeridade e a concretização das medidas em favor dos menores em situação de vulnerabilidade.

Dentre os objetivos alcançados pelo Governo Português, é importante destacar a compilação de todo o conjunto de leis e regulamentos relacionados à adoção em um único dispositivo legal. Isso resultou em uma certa unificação e simplificação das informações sobre o processo de adoção, tornando-o mais compreensível para o público em geral, incluindo possíveis adotantes. Além disso, a criação do Conselho Nacional para a Adoção como parte integrante dos serviços de adoção e proteção da criança e do adolescente foi uma mudança significativa. Nesse contexto, é relevante ressaltar as principais alterações legais introduzidas pelo novo regulamento.

Uma das mudanças mais significativas e inovadoras está relacionada ao reconhecimento do direito do adotado de acessar informações sobre suas origens. A lei de adoção agora estabelece claramente o dever do Estado de informar ao adotado sobre ela, incluindo a adição do artigo 1990.º-A ao Código Civil Português, aprovado pelo

Decreto-Lei nº 47/344, de 25 de novembro de 1966. Essa alteração representa um avanço importante no reconhecimento dos direitos do adotado à sua identidade e história pessoal.

Nesse sentido, um adolescente que convive com uma família adotiva a partir dos seus 16 anos pode solicitar informações sobre suas origens aos serviços de segurança social. Esses serviços têm a obrigação de auxiliá-lo nessa necessidade, fornecendo todas as informações disponíveis em seu banco de dados, conforme estabelecido no artigo 6º, parágrafo 1. Além disso, se necessário, podem oferecer aconselhamento e apoio técnico para ajudar o adotado a alcançar seu objetivo. Se o adotado ainda não atingiu a maioridade civil, é necessário que os pais adotivos ou o representante legal autorizem a divulgação dessas informações.

Essencialmente, esse apoio é de natureza mandatória, o que significa que as autoridades e os profissionais responsáveis pela adoção devem disponibilizar ao adotado todas as informações relativas à sua identidade, origens e histórico, tanto antes como depois da sentença que formaliza a adoção ter se tornado definitiva. Além disso, essa obrigação perdura por um período mínimo de 50 anos, conforme estipulado no artigo 6º, n.º 3.

Sobre o tema, preleciona Jorge Duarte Pinheiro, de que “antes das alterações de 2015, na falta de uma disposição legal expressa, havia discussão sobre a oponibilidade ao adotado (plenamente) do segredo da identidade dos pais biológicos.”⁸⁶ “Majoritariamente, a doutrina entendia negativa, dado que tal segredo era tido como dificilmente conciliável com os demais direitos fundamentais, como a identidade pessoal e genética do ser humano (consagrados no art. 26.º, n.º 1 e 3, da CRP).”⁸⁷

Com a promulgação da Lei nº 143/2015, datada de 8 de setembro, consagrou-se expressamente o direito do adotado ao conhecimento de suas origens. Tal direito pode ser exercido pessoal e livremente pelo adotado logo que complete 18 anos de idade; antes disso, em regra, o acesso só é facultado ao adotado de 16 ou 17 anos de idade, havendo autorização dos pais adotivos ou do representante legal.⁸⁸

O instituto da adoção na legislação portuguesa é acompanhado pela Equipa de Adoção da Segurança Social. Trata-se de um órgão responsável pelo recebimento de

⁸⁶PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da família contemporâneo**. 6ª Edição. AAFDL Editora; Lisboa, 2019.

⁸⁷*Idem*, citando REIS, Rafael Luís Vale e, **O direito ao conhecimento das origens genéticas** cit. Pp 300-301; MONTEIRO, João António Pinto, “**O direito a conhecer as origens da adoção**”, *Lex Familiae* nº 8, 2007, pp. 65-86.

⁸⁸PINHEIRO, Jorge Duarte, *ibidem*.

todos os cadastros de pessoas que querem se candidatar como pais adotantes. Tal órgão também é capacitado para fazer as avaliações que entende como pertinentes para a verificar se os adotantes preenchem ou não os requisitos legais que atualmente a Lei 143/2015 exige.

O processo de adoção em Portugal é caracterizado pela sua natureza sigilosa, como estipulado no artigo 4º do Regime Jurídico da Adoção (RJPA). Ele envolve uma série de normas e procedimentos administrativos e/ou judiciais. No entanto, após o adotado alcançar a maioridade, ele terá o direito de acessar as informações relacionadas ao seu processo de adoção, incluindo os detalhes iniciais do mesmo.

Outra mudança importante diz respeito ao direito processual, que estabeleceu um prazo máximo para a fase preparatória, preferencialmente de até 12 meses, como previsto nos artigos 41º a 47º do RJPA.

No mesmo contexto, foi estabelecido um prazo de 3 (três) meses após a decisão de habilitação para adoção, durante o qual a Equipa de Adoção deve comunicar ao Tribunal de Justiça os resultados dos estudos sociais e as diligências realizadas para avançar com o processo de adoção, conforme previsto no artigo 42º, n.º 1. Além disso, foi determinado um prazo máximo de até 6 (seis) meses para a conclusão dos procedimentos de preparação, seleção e avaliação dos pais adotantes, a partir da formalização da candidatura deles, de acordo com o artigo 44º, n.º 1.

Em relação à fase preparatória mencionada anteriormente, deve ser seguida por uma fase de adequação, com um período de transição que não deve exceder 15 (quinze) dias, conforme estabelecido no artigo 46º, n.º 3.

Uma outra mudança significativa é que agora o encaminhamento para a adoção ou a habilitação para a adoção depende exclusivamente da confiança administrativa ou de medidas aplicadas no âmbito de um processo de promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente. A modalidade de confiança judicial foi eliminada, pois se mostrou desnecessária e incoerente com as atualizações implementadas no sistema.

Nestes termos:

Acórdão da Relação de Coimbra de 29-03-2011

CONFIANÇA JUDICIAL DE MENOR. ADOÇÃO.

I - As finalidades subjacentes à aplicação de medidas de promoção dos direitos e de protecção das crianças e jovens em risco assentam primordialmente na necessidade de afastar o perigo em que os menores se encontram e proporcionar-lhes as condições que permitam proteger a sua segurança, saúde, formação e educação, bem-estar físico e desenvolvimento integral (als. a) e b) do artº 34º da LPCJP).

II - A confiança judicial do menor com vista à adopção foi introduzida no nosso sistema jurídico através do D. L. nº 185/93, de 22/05, e representa uma alteração substancial do anterior regime que no artº 1978º do CC regulava a declaração de estado de abandono.

III - Nos termos do actual artº 1978º do CC (na redacção que lhe foi dada pela Lei nº 31/2003, de 22/08), para que se decrete a medida de confiança judicial a casal, pessoa singular ou instituição, é necessária a demonstração de inexistência ou que se encontram seriamente comprometidos os vínculos afectivos próprios da filiação, através da verificação objectiva - independentemente de culpa na actuação dos pais - de qualquer uma das situações enunciadas no nº 1 do artº 1978º do CC.

IV - O perigo a que se alude na al. d) do nº 1 do artº 1978º do CC é aquele a que se faz referência no nº 3 deste mesmo preceito: considera-se que o menor se encontra em perigo quando se verificar alguma das situações assim qualificadas pela legislação relativa à protecção e promoção dos direitos dos menores.

V - O artº 3º, nº 1, da Lei nº 147/99 preceitua que a intervenção para promoção dos direitos e protecção da criança e do jovem em perigo tem lugar quando os pais ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de acção ou omissão de terceiros ou da própria criança ou do jovem e que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo. Proc. 649/07.0TBMGL-B.C1. Relator: JACINTO MECA ⁸⁹

Em contraponto, buscou-se estabelecer um novo período de acompanhamento pós-adopção, com o objetivo de auxiliar as famílias adotivas na superação de desafios e na resolução de preocupações que possam surgir.

Eliminou-se ainda a modalidade da adopção restrita, tem em vista seu caráter de instabilidade e insegurança para o adotado e o adotante.

Em face ao que tem sido demonstrado, torna-se cristalino que as leis relativas ao regime de adopção continuam em constante evolução de modo a perseguir sempre o objetivo primordial do superior interesse da criança ou melhor interesse numa tradução brasileira. As leis e regulamentações continuam a evoluir constantemente, sempre com o objetivo central de promover o superior interesse da criança ou, em uma tradução brasileira, o melhor interesse da criança.

É fundamental destacar um momento significativo no desenvolvimento do ordenamento jurídico português: a promulgação da Lei nº 2/2016 de 29 de fevereiro. Após diversas tentativas anteriores que não foram bem-sucedidas, esta lei finalmente foi incorporada e implementada no sistema jurídico. Ela desempenhou um papel crucial na eliminação da discriminação no que diz respeito ao acesso à adopção, ao apadrinhamento civil e a outras relações familiares legais por parte de casais homossexuais. Isso representa

⁸⁹Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 29-03-2011. 649/07.0TBMGL-B.C1. Relator: JACINTO MECA. [Em linha] [Acesso em 10/12/2021]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

um passo importante em direção à igualdade e ao respeito pelos direitos de todos os cidadãos, independentemente da sua orientação sexual.

Esse progresso é resultado das transformações sociais que têm sido observadas, refletindo a adaptação da legislação às demandas e à diversidade da sociedade contemporânea, inclusive no bojo das relações familiares, bem como de todo o trabalho desenvolvido pela comunidade LGBTQIA+ na incansável busca pela materialização de seus direitos.

Ao longo do processo de verificação para a adoção, caso os adotantes cumpram todas as exigências, estes são aceitos e inscritos em uma lista, que compreendem as pessoas que são passíveis de adotar crianças ou adolescentes. Os futuros pais ou mães inscritos na lista de espera são comunicados assim que uma criança esteja disponível para ser adotada, para formarem uma família.

Casos os pais residam em Portugal e queiram participar da adoção, é preciso se cadastrar na Segurança Social, participar de uma formação inicial e de um processo de avaliação. O objetivo destas etapas é verificar se os candidatos à adoção reúnem as condições necessárias para se tornarem pais ou mães.

Os candidatos devem passar por um processo que inclui entrevistas, avaliações psicológicas e uma visita domiciliária. Depois de passarem por todas estas etapas, os candidatos são informados se estão aptos à adoção (se não estiverem, é possível recorrer da decisão). Em média, este processo deve durar cerca de 6 meses, no máximo.

A adoção monoparental (por uma só pessoa) também é permitida desde que o pai ou mãe passível de adoção tenha entre 30 e 61 anos. Só é possível fazer uma adoção após os 60 anos, caso o adotante já seja responsável pela criança antes. O estado civil não prejudica na adoção monoparental.

Caso o adotante tenha a intenção de adotar o filho de uma pessoa com quem é casado, ou seja, filho de seu cônjuge, a idade mínima é reduzida para 25 anos conforme foi mencionado anteriormente.

Após a avaliação da candidatura, caso o candidato seja considerado apto para a adoção, ele receberá um Certificado de Seleção e será colocado em uma lista nacional de espera (vinculado ao cadastro nacional de crianças disponíveis para a adoção). Este irá receber uma proposta de adoção quando uma criança ou adolescente até 15 anos estiver disponível.

Quando essa etapa é alcançada, é o momento de estabelecer um contato com a criança ou adolescente. Inicia-se o processo de convivência preliminar, que oferece a

oportunidade para os futuros pais e a criança passarem por um período de adaptação, que perdura até que a adoção seja oficializada. O processo de adoção da criança é finalizado quando a adoção é oficialmente decretada por meio de uma sentença judicial transitada em julgado.

3.4 A vulnerabilidade da criança e do adolescente e a premente necessidade de proteção especial

A criança e o adolescente encontram-se em fase germinativa de sua formação como indivíduo, não possuindo condições físicas, sociais e psíquicas de se autodeterminarem, nem de exercerem sozinhos, os cuidados existenciais mínimos.

Como seres em formação, aí está o cerne de sua vulnerabilidade. Quando ainda na primeira infância, dispensam cuidados orgânicos: precisam de quem cuide de sua alimentação, higiene, vestimenta, etc. Além de cuidados educacionais: quem os ensine a falar, a dar seus primeiros passos, a conduzi-lo na educação moral e nos princípios sociais. Quando já dispensam cuidados básicos como estes, ainda precisam de apoio psicológico, educacional e afetivo. As exigências são incontáveis. E quanto maior o suporte recebido nesta etapa inicial de vida, mais capacitado será este indivíduo para contribuir, de modo efetivo, no desenvolvimento da sociedade.

Tanto mais saudável e organizada será a sociedade, quanto maior sejam os cuidados com a formação inicial dos indivíduos que a compõe.

Cuidar das crianças e adolescentes com as especificidades que demandam, é cuidar do futuro da sociedade em que estão inseridas.

Diante das vulnerabilidades que lhes são inerentes, exige uma proteção especial. Sob esse viés, cumpre destacar que a proteção integral, já consolidada no ordenamento jurídico luso-brasileiro, e devidamente trabalhada em item próprio, é a perspectiva de afirmar concretamente que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos, vulneráveis, que precisam de proteção e tutela para se constituírem como seres humanos, com dignidade, igualdade de condições, livres de preconceitos e tratamentos discriminatórios.

A vulnerabilidade dos infantes está ligada à pouca idade e que, por esse motivo, não conseguem de forma objetiva, manifestar sua vontade e exercer todos os atos da vida civil. Trata-se de seres em desenvolvimento, seja físico, moral ou cognitivo.

Dentro do contexto que aborda a tutela jurídica de proteção à vida das crianças e adolescentes, é importante considerar que esse grupo de indivíduos está em uma fase

crucial de suas vidas. Isso nos leva a refletir sobre a importância de garantir não apenas o direito à vida, mas também o direito a uma vida de qualidade e dignidade.

Entende-se que as crianças e adolescentes têm o direito fundamental à convivência familiar, um direito protegido pela Constituição. Esse direito está intrinsecamente ligado ao direito a uma vida de qualidade, uma vez que a família representa o alicerce da sociedade, proporcionando um ambiente seguro e propício para o desenvolvimento saudável das pessoas até que alcancem a maturidade.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial:

Acórdão da Relação de Lisboa de 23-04-2009

PROCESSO DE PROMOÇÃO E PROTECÇÃO. PROCESSO DE ADOÇÃO. INTERESSE DA CRIANÇA. [ACOLHIMENTO EM INSTITUIÇÃO VS APOIO JUNTO DOS PAIS.]

1. O superior interesse da criança e do jovem deve ser entendido como o direito do menor ao desenvolvimento sã e normal no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

2. O interesse da criança ou jovem, deve ser realizado na medida do possível no seio do seu grupo familiar. Porém, em caso de colisão, sempre sobrelevará o interesse em se alcançar a plena maturidade física e intelectual da criança/jovem, ainda que, o interesse de manter a criança/jovem no agregado familiar seja postergado.

3. Do reconhecimento de que é direito fundamental da criança «poder desenvolver-se numa família (art. 67 CRP) deriva que se a criança ou o jovem tem uma família que quer assumir as funções parentais, de forma satisfatória, **ainda que com o apoio da comunidade**, haverá que a respeitar e aplicar a medida de apoio junto dos pais ou de outro familiar.

4. A aplicação das medidas que provoquem o afastamento da criança ou do jovem da família e consequente institucionalização ou colocação familiar é, assim, o último recurso, apenas sendo possível quando é previsível o seu regresso à família, sendo subsidiárias daquelas que promovam a sua adoção.

F.G. Proc. 11162.03.5TMSNT.A.L1-1. Relator: Manuel Gonçalves⁹⁰

O ECA, tende a tutelar através da doutrina de proteção integral a convivência familiar assegurando que, nos casos em que haja situações em que a violência física ou moral ou psíquica, no seio da família possa vir a causar dano permanente ou temporário à criança e ao adolescente, sendo admitidas medidas para afastar o agressor, e quando isso não for possível, a criança, ou adolescente, será colocada em um lar substituto.

E dentro da nova ordem constitucional, cabe ao Estado, formular políticas e alternativas para a efetivação e construção de uma sociedade mais justa, criando condições para que as crianças e adolescentes se desenvolvam.

Nesta perspectiva, é dever do Estado e da sociedade, criar uma sistemática que inclua de forma prioritária, crianças e adolescentes que de alguma forma se encontram

⁹⁰Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 23/04/2009, 11162.03.5TMSNT.A.L1-1. Relator: Manuel Gonçalves. [Em linha] [Acesso em 10/12/2021]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

em situação de vulnerabilidade extrema, seja por abandono da família biológica, seja pela perda dos progenitores nos casos de orfandade. Estas, têm o direito de uma tutela assistencial por parte do Estado, de caráter provisório e, a seguir, definitivo. E como forma de tutela definitiva, compete ao Estado fornecer mecanismos para que se efetive a recolocação destes menores em famílias substitutas, sobretudo através da adoção, pelo seu caráter definitivo.

A partir da construção narrativa do texto, pode se observar que o instituto da adoção se configura como uma alternativa viável para a concretização de um princípio fundamental no desenvolvimento humano de crianças e adolescente. “Ela dá a oportunidade ao adotado de ser inserido em um núcleo familiar em que sejam proporcionadas todas as condições para o seu desenvolvimento de personalidade, tendo amparo educacional e afetivo.”⁹¹

3.5. Adoção Tardia

No que tange às adoções tardias, trata-se de modalidade de adoção que se traduz em um perfil etário que a criança adotante deve ter. Refere-se à adoção tardia quando a criança que está sendo adotada tem mais de três anos de idade, quando seu processo cognitivo e de interação com o mundo a sua volta tem uma maior proporção e intensidade, evidenciando uma maior autonomia em relação às suas necessidades básicas.

Quando a criança em algum grau já consegue com clareza se comunicar com o mundo a sua volta e, assim, exprimir explicitamente algumas de suas demandas como comida, sono, dor e outras necessidades fisiológicas, diz-se que seu processo emancipatório e de desenvolvimento infanto-juvenil já se iniciou. Nesse caso, ela carrega, de certa forma um número maior de elementos da sua história de origem, seja com a família biológica, seja em uma instituição assistencial.

No âmbito nacional, a maioria das crianças e adolescentes que aguardam adoção tem mais de três anos de idade. E na contramão da realidade institucional, o perfil de crianças que a maioria das famílias adotantes brasileiras buscam são crianças de até dois anos⁹². O que se depreende disso é que o Estado, enquanto formulador de políticas públicas, deve elaborar projetos e iniciativas que mitiguem ou extingam os problemas decorrentes deste descompasso, uma vez que é seu papel garantir os direitos existenciais

⁹¹LIMA, Vanessa Figueiredo, *op. cit.*, p. 41

⁹²Vargas, 2013 VARGAS, M. M. **Adoção tardia: da família sonhada à família possível**. ed. 2ª. São Paulo, SP: Casa do Psicólogo. 2013; Peiter, 2011; Ladvocat, 2014.

mínimos ao infante, e o convívio em um ambiente familiar saudável e seguro é essencial para promover a sua dignidade, como exaustivamente tratado neste trabalho.

A partir do ECA, as casas institucionais para menores foram praticamente extintas pela mudança no entendimento de tutela pelo Estado. Em contrapartida, o viés institucional em um certo sentido resistiu pelo processo lento que toda mudança desse patamar requer.

Com a criação do ECA, coloca-se em evidência um novo panorama assistencial em relação às crianças e adolescentes, o que por consequência acaba priorizando o convívio familiar, oferecendo melhores alternativas para a efetivação de direitos tanto às crianças quanto às famílias.

No ano de 2009, o ECA sofreu uma mudança no que diz respeito à sistemática de adoção com a implementação da Lei nº 12.010 de 2009. A Lei Nacional de Adoção, na época significou uma grande evolução jurídica, considerando uma transformação no âmbito social, tanto nos novos contornos sobre a concepção de família, bem como em relação ao acolhimento de crianças e adolescentes.

Dentre essas mudanças, passou a se considerar mais benéfico o acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional. Além disso, buscou modificar o poder pátrio para o poder familiar, estendendo o poder em relação aos filhos também para as mães e parentes próximos que compõem o núcleo familiar. Como consequência, nos casos em que o poder era representado somente na figura do pai, poderia representar de algum modo retrocessos no que diz respeito ao desenvolvimento da criança ou adolescente.

A partir desse espectro de mudanças na legislação brasileira, as instituições que acolhiam as crianças e adolescentes passaram a ficar responsáveis por assumir o princípio da preservação dos vínculos familiares além de promover a reintegração familiar. Deste modo, nota-se que a inovação legislativa tem como função auxiliar as famílias de origem, com o intuito de que possam promover o reestabelecimento do convívio da criança com sua família o mais rápido possível para que não haja rupturas no processo de desenvolvimento infanto-juvenil.

Em contrapartida, a reintegração da criança em sua família de origem muitas vezes pode representar um erro em relação ao bem-estar da criança, ou ainda, pode ser uma alternativa difícil de ser conquistada em razão dos mecanismos para se chegar a esse fim. Em todos os dois casos, a criança e ao adolescente acaba ficando um tempo significativo nos abrigos ou em famílias provisórias, o que faz com que aumente o número

de crianças com mais de três anos nessas condições, fazendo com que a adoção tardia seja a única alternativa possível para o desenvolvimento social dessas crianças e adolescentes⁹³.

O cenário discrepante entre a demanda das crianças disponíveis para adoção e o perfil requerido pelos pretendentes exige um grande trabalho de conscientização e desmitificação em relação às adoções tardias. As especificidades que se submetem à condição e à história das crianças que possuem mais idade precisam ser levadas à tona longe de estigmas e preconceitos.

Nesse sentido, para se alterar esse cenário requer seja necessário que os pais adotantes precisam se despir de certas concepções, sobretudo no que diz respeito a crianças maiores, que já possuem um lastro de vida prévio. Esses pais, devem realizar um processo de revisão de estereótipos sobre essa herança de vida que a criança carrega consigo para que possa se abrir a novas experiências bastante valiosas.

A revisão desses estereótipos, geralmente vem acompanhada de uma imersão no tema, com a aquisição de novas experiências, seja através de grupos de apoio à adoção, organizados pela sociedade civil, seja através da troca de experiências com famílias que já vivenciaram a adoção tardia.

No primeiro caso, os grupos de apoio à adoção representam grande avanço no que diz respeito à quebra do paradigma atual e tem potencial para ser o carro chefe em uma futura política pública de ampliação às adoções tardias. Tais grupos, organizados pela sociedade civil em geral e com o apoio de entidades de assistência social, buscam ampliar os horizontes no que diz respeito não só a escolha do perfil de crianças e adolescentes, bem como no aprendizado sobre a convivência familiar.

Em síntese, estes grupos de apoio pretendem mostrar para os pais adotantes que a adoção tardia também pode ser um caminho na construção de uma família. Com isso, o grupo busca a troca de experiências sobre adoção tardia, relatando fatos da convivência familiar que podem representar gatilhos positivos na busca por uma criança ou adolescente em situação de abandono familiar.

É importante ainda destacar que os grupos também devem relatar aspectos negativos da adoção tardia, sob pena de não serem eficazes caso não o façam. Em outras palavras, os pais adotantes carregam uma carga de expectativa em relação à criança adotada, e caso o grupo relate apenas lados positivos da adoção tardia, os pais podem se

⁹³Vargas, M. M. (2013). *Idem*.

frustrar em relação à escolha do perfil e, por consequência podem atrapalhar o processo de desenvolvimento infanto-juvenil do adotado, inviabilizando a medida.

Esse processo na busca de reavaliar os estereótipos sobre a adoção tardia contribui positivamente para que as famílias adotantes alterem o perfil das crianças que eles buscam adotar, refletindo em uma flexibilização e uma ampliação das possibilidades de inclusão de crianças e adolescentes⁹⁴. Segundo Isabela Dias Amim, o trabalho desempenhado por esses grupos contribui na mudança do perfil escolhido durante o cadastro. Além disso, a pesquisa afirma que apenas 4% das famílias adotantes chegam ao grupo dispostos a adotarem crianças maiores de quatro anos, sendo que ao final dos encontros, essa porcentagem atinge a casa dos 20%.⁹⁵

No último caso, sobre a experiência a partir de contatos casuais sobre o tema, o interesse deve vir exclusivamente do adotante, no que diz respeito à saber mais sobre o tema da adoção tardia e, muitas vezes, esse caminho acaba se perdendo em meio à tantos compromissos e responsabilidades que muitas vezes o adotante já possui. Além disso, a falta de um mecanismo organizado como o grupo de apoio a adoção pode dificultar o processo de amadurecimento e da escolha do perfil do adotado pelo adotante.

As famílias adotantes que se propuseram a essa modalidade de adoção, devem lidar com experiências muito singulares de crianças que ficaram durante um período significativo em instituições de acolhimento ou em famílias provisórias. Dessa forma, torna-se inviável negar o histórico de rompimentos no processo de desenvolvimento da criança adotada, que pode ser composto por abandonos em diversas dimensões, além de possíveis experiências de violência e abuso.

Essas crianças, em algum número, conviveram com as faltas no ambiente de sua família de origem, bem como na construção e na desconstrução de laços durante sua estada em abrigos, criando um caminho de vulnerabilidade que poderá repercutir na construção dos novos vínculos com os pais adotantes e irmãos adotivos.

É necessário afirmar que a criança que se encontra disponível para adoção, ainda que seja um bebê recém-nascido, possui em algum grau, traços mnêmicos e afetivos relacionados com sua história. Dessa forma, subentende-se que na adoção, seja na modalidade precoce ou tardia, não se pode afirmar que o filho adotivo não carregará as marcas da sua caminhada desde sua origem.

⁹⁴Amim, I. D., & Menandro, P. R. M. (2007). **Preferências por características do futuro filho adotivo: manifestadas por pretendentes à adoção**. *Interação em Psicologia*, 11(2), 241-252.

⁹⁵*Idem*.

No entanto, quando se trata de uma criança com mais de 3 anos, principalmente após iniciar o processo de aprendizado e uso da linguagem, elas se posicionam em relação aos pais adotantes de forma mais contundente e complexa em relação às suas necessidades e conflitos pessoais⁹⁶.

No caso das adoções tardias, a criança adotada tem a capacidade e a autonomia de negociar o afeto e a construção dos laços com os pais adotantes, caracterizando etapas específicas junto a construção do vínculo. Dessa forma, essa modalidade de adoção requer que os pais tenham disponibilidade para lidar com esse lastro de vida dos filhos, desde a sua origem, podendo ser compostos por um espectro de significados oriundos da cultura familiar de seus genitores ou de cuidadores quando de suas experiências anteriores, podendo em alguns casos ser verbalizadas com maior clareza e especificidade.⁹⁷

Nesse cenário, marcado por rupturas, a criança adotanda tem maiores chances de colocar em xeque o amor da nova família para que tenha maior segurança e certeza de que os novos pais não irão abandoná-la em alguma circunstância. Com efeito, poderão vir à tona comportamentos regressivos, entendidos para alguns como indissociáveis para o retorno do processo de desenvolvimento, resgatando experiências de sua vida passada e elaborando novos caminhos a partir de uma nova família.

Esse comportamento por vezes regressivo, tem a ver com elementos de cuidado e proteção que a família deve ter com a criança adotada. Em outras palavras, a criança, ainda que involuntariamente dá oportunidade, através desses comportamentos tidos como regressivos, para que os novos pais cuidem e a protejam de fatores externos, a partir de um comportamento de dependência muito grande, equiparado a um recém-nascido em alguns casos.

Ainda nesse sentido, a escolha da adoção tardia como alternativa, grosso modo, vem de casais que passaram pela experiência parental, ou ainda indivíduos solteiros. Também acontece com pessoas que passaram por divórcio ou viúvos que não possuem desejo de criar um recém-nascido. De toda forma, a preferência na opção pela adoção de bebês se atém a ilusão de serem mais fáceis de criar e moldar.⁹⁸

⁹⁶Costa, N. R., & Rossetti-Ferreira, M. C. (2007). **Tornar-se pai e mãe em um processo de adoção tardia.** *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 20(3), 425-434.

⁹⁷Machado, R. N., Féres-Carneiro, T., & Magalhães, A. S. (2015). **Parentalidade adotiva: contextualizando a escolha.** *Psico*, 46(4), 442-451.

⁹⁸Costa, N. R., & Rossetti-Ferreira, M. C. (2007). *Op. Cit.* p. 425-434.

Alguns estudos apontam como principal motivo para a adoção a infertilidade.⁹⁹ Em contrapartida, outros autores também apontam elementos marcantes na opção por esta via de parentalidade-filiação. De acordo com Gondim¹⁰⁰, as motivações giram em torno do desejo de formar uma família, a vontade de terem filhos, além de ajudar uma criança. A necessidade de preencher a solidão também pode ser um fator que influencia na escolha.

As motivações de pessoas que buscam ser pais na adoção tardia, influenciam o filho no seu processo de desenvolvimento. Nesse caso, é importante que haja um processo de adoção sério e qualitativo, que possa identificar que o desejo dos pais adotantes seja legítimo em relação aos filhos, como fruto de um desejo real e maduro de constituir uma família, consciente das dificuldades avançadas em razão da idade do adotando, além de desprendimento e empatia que enobrece e dá vida às relações de afetividade criadas a partir da convivência familiar.

Toda essa influência, se positiva, promove o desenvolvimento dos vínculos de afeto e constroem a base de valores da criança. Caso negativa, realizará o oposto, perdendo a razão e o objetivo pelo qual existe a adoção. Ainda nesse contexto, diz-se que a adoção na verdade, serve à criança, para que esta tenha boas condições para seguir no seu processo de desenvolvimento humano. A adoção, fomentada pelos pais adotantes, é o instrumento pelo qual as perspectivas e aspirações das crianças adotandas serão efetivados.

Dessa forma, os pais realizam um papel secundário, prestando cuidados e proteção. Portanto, não deve a adoção ter como objetivo principal a realização dos pais em construir uma família. A realização dos pais deve ser vista como uma consequência da evolução da criança em se desenvolver de forma saudável e se inserir no núcleo da família e da sociedade.

Por isso, se torna importante repensar e colocar em xeque as fantasias e expectativas envolvidas em um processo de adoção, principalmente no caso da adoção tardia, onde a criança já possui um espectro de vida que em algum número os pais desconsideram a fase, como se ela não fosse legítima de fazer parte da vida da criança. Com isso, essa reflexão contribui para que frustrações futuras daquilo que foi idealizado,

⁹⁹Giacomozzi, A. I., Nicoletti, M., & Godinho, E. M. (2016). **As representações sociais e as motivações para adoção de pretendentes brasileiros à adoção.** *Psychologica*, 58(1), 41-64.

¹⁰⁰Gondim, A. K., Crispim, C. S., Fernandes, F. H. T., Rosendo, J. C., Brito, T. M. C. D., Oliveira, U. B. D., & Nakano, T. D. C. (2008). **Motivação dos pais para a prática da adoção.** *Boletim de Psicologia*, 58(129), 161-170.

não venham a acontecer, promovendo ainda mais o bem-estar da criança, colocando-a em um ambiente favorável ao seu crescimento.

CAPÍTULO IV - LICENÇA PARENTAL

Licença parental, como benefício social, traduz-se na possibilidade do afastamento remunerado do trabalho, de mães e pais, frutos do nascimento ou da adoção de filhos para que possam se dedicar a eles.

Mas antes de analisarmos o instituto no ordenamento luso-brasileiro, e suas repercussões práticas e legais, importante que se pondere qual o verdadeiro sentido de existência das licenças parentais, e quem seriam seus destinatários centrais.

Pode parecer, à primeira vista, uma pergunta retórica, mas não o é.

Embora seja possível vislumbrar um panorama geral sobre a evolução dos direitos conferidos à criança e ao adolescente, que passaram a figurar como protagonista de Direitos, e titular máximo de tutelas específicas do Estado e da sociedade, quando estudamos o tema em questão – licença parental – muitas vezes o seu sentido é deturpado.

A hermenêutica jurídica determina que os operadores de direito devam se valer de todo o arcabouço jurídico e principiológico para a análise dos dilemas processuais (e sociais). Todavia, a questão se mostra muito mais complexa quando estamos diante de ponderação de valores.

No ordenamento jurídico brasileiro, especificamente, tendo em vista a lacuna legislativa sobre o tema licença parental a adotantes, a maioria esmagadora dos operadores do Direito e empregadores, analisam o instituto da licença parental de forma superficial e limitada. Tratam do tema, como se a concessão de licenças se limitasse ao direito conferido a um trabalhador ou trabalhadora, de grosso modo, trocar fraldas e amamentar crianças. Se tais cuidados não forem necessários mais, como nos casos de adoção tardia, as licenças parentais não mais seriam um direito, sendo visto, como pedidos supérfluos e desnecessários, desprovidos de respaldo legal para eventual concessão.

Cumprir destacar, no entanto, que a licença parental tem como objetivo máximo garantir a convivência familiar para que seja possível a construção de laços de afetos entre mães/pais e filhos, seja qual origem for. Os cuidados básicos de alimentação, higiene, educação, lazer, embora também necessários, não são os motivos primeiros da existência deste instituto, vez que são atos passíveis de delegação a terceiros. O que não se pode delegar são os afetos.

Em tópico próprio, tratamos do direito à convivência familiar como princípio constitucional garantidor da dignidade humana. Isto posto, redundante qualquer

afirmação a respeito de sua importância, sobretudo no contexto das adoções tardias e as licenças parentais dela resultantes.

Licença parental, portanto, antes de ser um Direito Social do trabalhador, é direito constitucional do infante, como instrumento de materialização do direito à convivência entre genitores e filhos, por tempo razoável, para se descobrirem enquanto seres individuais, e se dedicarem reciprocamente, na construção de laços afetivos, morais, éticos e sociais.

Talvez devêssemos propor uma alteração da nomenclatura do instituto, de modo a contemplar o seu verdadeiro significado, colocando os menores como centros gravitacionais de sua concessão. Quem sabe assim, evitaríamos decisões desconexas e deturpadas, que só prejudicam a formação de novas famílias.

Feitas estas digressões iniciais, vamos ao estudo da licença parental no direito luso-brasileiro.

4.1 Licença parental como meio de humanização do trabalho

A licença parental, entendida como um período de afastamento remunerado do trabalho para cuidar de um filho recém-nascido ou adotado, representa uma política crucial para a humanização do ambiente de trabalho. Ela reflete uma evolução nas relações laborais, colocando o bem-estar dos trabalhadores e suas famílias no centro das preocupações empresariais e legislativas. Esta medida não só beneficia os pais, proporcionando-lhes tempo essencial para estabelecer um vínculo afetivo com seus filhos, mas também promove uma cultura de trabalho mais inclusiva e equitativa.

Primeiramente, a licença parental ajuda a equilibrar as demandas entre a vida profissional e pessoal, reduzindo o estresse e a exaustão entre os trabalhadores. Quando os empregados não se sentem pressionados a sacrificar seu tempo com a família por medo de represálias ou perda de renda, eles tendem a ter um desempenho melhor e mais consistente no trabalho. Isso, por sua vez, pode levar a uma maior satisfação no trabalho e à redução de turnover nas empresas.

Além disso, a licença parental promove igualdade de gênero no local de trabalho. Ao possibilitar que ambos, mães e pais, tirem licenças para cuidar de seus filhos, desafia-se o estereótipo de que os cuidados com os filhos são exclusivamente responsabilidade feminina. Essa prática pode ajudar a nivelar o campo de atuação para as mulheres no trabalho, reduzindo as disparidades de gênero em promoções e oportunidades de carreira.

Economicamente, embora possa parecer um custo inicial para as empresas e para a sociedade, a licença parental pode resultar em benefícios de longo prazo. Trabalhadores que percebem um apoio robusto à parentalidade tendem a demonstrar maior lealdade à sua organização, reduzindo os custos associados à contratação e treinamento de novos funcionários. Além disso, crianças que têm um tempo de qualidade com seus pais nos primeiros estágios da vida tendem a desenvolver melhores habilidades sociais e de aprendizagem, contribuindo positivamente para a sociedade como um todo.

Por fim, a licença parental é um reflexo de uma sociedade que valoriza a família e o bem-estar humano acima das meras métricas de produtividade. Ao investir nas famílias, os países estão, de fato, investindo em uma força de trabalho mais feliz, saudável e produtiva no futuro. Portanto, a licença parental não é apenas uma medida de apoio aos trabalhadores; é uma estratégia essencial para humanizar mais profundamente o ambiente de trabalho e, por extensão, a própria sociedade.

4. 2. Licença parental no direito português

Portugal está em uma fase avançada na regulamentação relacionada à proteção dos direitos parentais e às responsabilidades familiares, especialmente após a promulgação da Constituição de 1976, seguidos do Código do Trabalho de 2009 e o Decreto nº 91/2009, que trata da segurança social.

Importante destacar, que a aprovação do Código do Trabalho de 2009 decorreu da tentativa de Portugal implementar os compromissos assumidos na Diretiva 92/85/CEE - Comunidade Econômica Europeia, e sua subsequente atualização pela Diretiva 2007/30/CE.

A diretiva tratava de proteger a segurança e saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas (recém-parturientes) ou lactantes no local de trabalho. Ela faz parte de um conjunto de diretrizes europeias destinadas a melhorar as condições de trabalho e garantir a proteção específica de trabalhadoras em situações vulneráveis devido à gravidez, parto recente ou amamentação.

A diretiva busca garantir que as trabalhadoras grávidas, que acabaram de dar à luz ou que estão amamentando tenham condições de trabalho que não prejudiquem sua saúde ou a de seus filhos. O artigo 1.º, n.º 1, especificamente estabelece que a diretiva visa a adoção de medidas para promover a melhoria da segurança e da saúde dessas trabalhadoras no trabalho.

Dentre as medidas específicas da diretiva, estabelece um mínimo de 14 semanas de licença de maternidade, das quais pelo menos 2 semanas devem ser obrigatoriamente antes ou após o parto. Além disso, proíbe a demissão de trabalhadoras durante o período de proteção a menos que haja motivos justificados e não relacionados à gravidez ou à licença de maternidade.

A transposição dessa diretiva para o direito português resultou na implementação de várias medidas que reforçam a proteção da maternidade e da parentalidade, com foco na segurança e saúde no trabalho.

O direito português ampliou e detalhou os direitos à licença parental e de maternidade, assegurando que as trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes tenham o direito de se afastar do trabalho para proteger sua saúde e a do bebê, em conformidade com os padrões estabelecidos pela diretiva.

A legislação portuguesa incorporou a proibição de demissão de trabalhadoras durante a gravidez e a licença de maternidade, exceto por motivos não relacionados à sua condição, alinhando-se com as disposições da diretiva.

Empresas em Portugal são obrigadas a realizar avaliações de risco específicas para trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, e, se necessário, a ajustar suas funções ou conceder-lhes uma licença para garantir sua segurança e saúde.

A legislação também passou a prever a dispensa dessas trabalhadoras de realizar trabalho noturno ou pesado, caso isso seja necessário para garantir sua segurança, conforme previsto na diretiva.

Isto posto, a Diretiva 92/85/CEE, e sua subsequente atualização pela Diretiva 2007/30/CE, desempenhou um papel crucial na promoção da igualdade de género no mercado de trabalho europeu e na proteção da maternidade. Em Portugal, essas medidas contribuíram para um ambiente de trabalho mais seguro para as mulheres e garantiram que a proteção da maternidade e da parentalidade fosse incorporada no regime legal de proteção ao trabalho.

Essas normas continuam a influenciar a legislação e as práticas laborais em Portugal, assegurando que os direitos das trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes sejam respeitados e protegidos.

Ademais, Portugal, comprometido em cumprir os compromissos estabelecidos nos "Objetivos de Desenvolvimento do Milênio", implementou um avançado conjunto de leis para proteção parental através de seu programa de governo. O objetivo é preservar a

saúde familiar, garantir a continuidade do emprego feminino e promover a igualdade de género. O primeiro passo para a implantação desse programa foi reconhecer que a contribuição das famílias é essencial para alcançar a harmonia, o equilíbrio social e o desenvolvimento sustentável do país.

O segundo passo foi reconhecer a importância de implementar medidas que incentivem o aumento da natalidade, criando condições para que os pais possam efetivamente cumprir suas responsabilidades familiares e cuidar dos filhos. Para isso, foram adotadas ações que promovem a igualdade entre homens e mulheres na divisão das tarefas domésticas, combatendo a desigualdade de género e facilitando a conciliação entre a vida profissional e familiar.

A proteção à parentalidade em Portugal está fundamentada na Constituição, sendo considerada um direito social essencial, que reconhece o papel insubstituível dos pais e das mães na vida dos filhos (art. 68º, n.º 1 e c, da Constituição da República Portuguesa). A Constituição também garante aos pais e mães o direito de se ausentarem do trabalho por períodos adequados, conforme as necessidades da criança e da família (art. 68º, n.º 3) ¹⁰¹

A Constituição Portuguesa vigente preconiza que o Estado tem a obrigação de implementar políticas específicas que favoreçam a conciliação entre o tempo dedicado ao trabalho e a vida pessoal e familiar dos trabalhadores (art. 67.º).

Como forma de materialização dos preceitos constitucionais, o novo Código do Trabalho de Portugal, aprovado em 2009, incorporou a questão da parentalidade, destacando no item 2 do art. 33º a importância da família. Ele estabelece que os trabalhadores têm o direito de receber proteção tanto da sociedade quanto do Estado no cumprimento de seu papel essencial no exercício da parentalidade. O código, ao incluir medidas de proteção parental, regulamentou tanto o tempo de trabalho quanto os tempos de não trabalho. O tempo de trabalho é definido como o período em que o trabalhador está dedicado a suas funções laborais ou disponível para executá-las. Por outro lado, os tempos de não trabalho abrangem diversas situações em que o trabalhador, por algum motivo, não está realizando suas atividades laborais.

¹⁰¹ RAMALHO, M. R. P. **Tratado de direito do trabalho: situações laborais individuais**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012. parte. 2, p. 455

Maria do Rosário Palma Ramalho¹⁰² ressalta que a questão do tempo de trabalho, além de visar a proteção da saúde do trabalhador, também está diretamente ligada à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar. Isso inclui, em particular, a proteção da maternidade e da paternidade, com o objetivo de assegurar que a atividade profissional seja compatível com tempos livres, permitindo ao trabalhador dedicar-se à sua vida pessoal e familiar.

Para promover uma maior flexibilidade na conciliação entre vida profissional e familiar, o Código do Trabalho Português expandiu os direitos dos trabalhadores com o novo regime de parentalidade. Foram aumentadas a duração de algumas licenças, realizadas alterações no regime de faltas e dispensas por motivos de parentalidade, e equiparado o regime legal de proteção à adoção ao de proteção à filiação natural. Além disso, foi garantida uma série de direitos para proteger a trabalhadora grávida, puérpera ou lactante. Essas trabalhadoras estão dispensadas de cumprir horas extras ou horários concentrados (art. 58.º), de realizar trabalho suplementar ou extraordinário (art. 59.º), de trabalhar no período noturno (art. 60.º), e de atuar em locais perigosos ou insalubres (art. 62.º).

A relevância da proteção parental é evidenciada pelo fato de o Código do Trabalho dedicar uma subseção inteira ao regime jurídico da parentalidade (art. 33º a 66º). Essa importância é ainda reforçada pelo Decreto-Lei n.º 91/2009, que estabelece e regulamenta a proteção da parentalidade no âmbito da seguridade social.

A história da licença maternidade em Portugal reflete a evolução dos direitos laborais e da proteção social no país. Demonstra um compromisso crescente com a igualdade de género e a proteção da família, refletindo mudanças sociais e políticas ao longo do tempo.

Mas não foi sempre assim.

No início do século XX, as mulheres tinham pouca ou nenhuma proteção durante a gravidez e o pós-parto. A licença maternidade não estava regulamentada e não havia garantias legais de proteção ao emprego ou remuneração durante este período.

A primeira legislação relevante foi introduzida em 1963, com a Lei n.º 48.773, que concedeu às trabalhadoras grávidas o direito a um período de licença de 60 dias,

¹⁰² *Idem.*

sendo 30 dias antes e 30 dias após o parto, com remuneração total. No entanto, esta licença era limitada a alguns setores e condições específicas.

Em 1976, a nova Constituição da República Portuguesa estabeleceu a igualdade de direitos entre homens e mulheres, incluindo a proteção da maternidade, mas sem apresentar planos concretos para implementá-la.

Na década de 1980 viu uma ampliação dos direitos de licença maternidade. Em 1984, a Lei n.º 4/84 alargou o período de licença para 90 dias, dos quais 60 dias após o parto, com direito a uma remuneração correspondente ao salário.

A licença maternidade foi novamente alargada em 1999. A nova legislação permitiu que as mães tivessem 120 dias de licença, com uma remuneração completa nos primeiros 98 dias e parcial nos restantes.

Somente em 2009, foi introduzida uma reforma significativa com a Lei n.º 7/2009, que trouxe maior flexibilidade e igualdade de género na licença parental. A licença maternidade foi transformada em "licença parental inicial", permitindo que os pais partilhassem os primeiros 120 a 150 dias de licença após o nascimento do filho, com remuneração total para 120 dias e parcial para 150 dias.

Adicionalmente, a legislação permitiu uma "licença parental alargada", que pode ser usufruída por qualquer um dos pais por um período adicional de até 3 meses, com remuneração parcial.

Atualmente, a licença parental em Portugal continua a ser uma das mais progressivas da Europa. A licença parental inicial pode ser de 120 a 150 dias, sendo os primeiros 120 dias pagos a 100% do salário, e os 150 dias a 80%. Existe também uma licença parental alargada, e incentivos para a partilha da licença entre ambos os pais.

A evolução da licença maternidade em Portugal demonstra um compromisso crescente com a igualdade de género e a proteção da família, refletindo mudanças sociais e políticas ao longo do tempo. A seguir, uma análise geral do regime vigente sobre o tema.

4.2.1. Regime jurídico da licença parental no direito português

O regime jurídico da licença parental no direito português é um componente essencial das políticas de trabalho e de segurança social, visando promover a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar. Esse regime é regido principalmente pelo Código do Trabalho, além de outras disposições legais que visam proteger os direitos dos trabalhadores que exercem a parentalidade, como mencionamos no tópico anterior.

A legislação em Portugal (Decreto-lei nº 89/2009, de 9 de abril) que regulamenta os benefícios concedidos durante as licenças relacionadas à parentalidade e à filiação, como o benefício parental inicial e o adicional, estabelece que têm direito a esses benefícios os trabalhadores e trabalhadoras que tenham trabalhado nos seis meses anteriores à data do parto ou à decisão que concedeu a guarda para fins de adoção (conforme os artigos 1º e 2º).

4.2.2. Duração e Tipos de Licenças

4.2.2.1. Licença Parental Inicial

Os pais têm direito a uma licença de 120 ou 150 dias consecutivos, que pode ser partilhada entre o pai e a mãe após o parto. A licença pode ser estendida para 180 dias caso seja partilhada, e ambos os progenitores gozem de pelo menos 30 dias consecutivos ou dois períodos de 15 dias consecutivos após o período obrigatório da mãe (seis semanas após o parto). Isso ocorre quando, na divisão da licença entre os pais, cada um deles opta por usufruir, de forma exclusiva, um período mínimo de trinta dias consecutivos, ou dois períodos de quinze dias, após o término do período de licença parental inicial exclusiva da mãe (art. 11º, n.º 2).

Também é importante destacar que o benefício pode ser prorrogado no caso de nascimentos de gêmeos, acrescentando trinta dias consecutivos para cada gêmeo, além do primeiro (art. 11º, n.º 3).

4.2.2. 2. Licença Exclusiva da Mãe

Existem períodos de licença obrigatórios exclusivamente para a mãe, que incluem seis semanas a seguir ao parto, visando assegurar a recuperação física e o estabelecimento de um vínculo com o recém-nascido. Essa licença, pode ser concedida por um período de até trinta dias antes do nascimento e, obrigatoriamente, por seis semanas após o nascimento. Esses períodos compõem o tempo total de concessão do benefício parental inicial, que pode ser de 120 (cento e vinte) ou 150 (cento e cinquenta) dias (art. 12º).

4.2.2. 3. Licença Exclusiva do Pai

O pai tem direito a uma licença obrigatória de 20 dias úteis, que deve ser gozada imediatamente a seguir ao nascimento do filho e de forma consecutiva ou interpolada nos primeiros 30 dias de vida do recém-nascido. Há também a possibilidade

de gozar cinco dias facultativos, simultâneos ou não, desde que gozados após os dias obrigatórios.

4.2.2.4. Outras licenças

Em situações de incapacidade física ou psíquica do beneficiário candidato a pai ou mãe adotante, ou no caso de falecimento do beneficiário antes de ter utilizado todo o período do benefício, o tempo não utilizado pode ser transferido para o cônjuge ou companheiro sobrevivente. Esse período remanescente, ou pelo menos 14 (quatorze) dias, pode ser concedido ao cônjuge ou companheiro para que ele possa usufruir do benefício. Isso visa garantir que a família tenha o suporte necessário em situações difíceis, como a incapacidade ou a perda do beneficiário principal (art. 15º, n.º 2).

4.2.3. Benefícios e Compensações

Durante a licença parental, os pais têm direito a uma compensação financeira, que varia conforme a duração da licença. Se a licença for de 120 dias, a compensação corresponde a 100% da remuneração de referência do trabalhador. Para licenças de 150 ou 180 dias, a compensação é, respectivamente, de 80% ou 83% dessa remuneração, cujo cálculo se dá da forma a seguir explicitada.

Em relação ao salário concedido, a base utilizada como ponto de referência para o cálculo dos benefícios é a média aritmética total das remunerações percebidas nos últimos seis meses anteriores à data do parto ou da adoção. O valor diário do benefício parental inicial tende a corresponder às seguintes porcentagens da remuneração de referência do beneficiário, após realizado seu cálculo: para a licença inicial de 120 dias, 100%; ou 80% se os pais usufruírem do direito de acrescentar trinta dias a essa licença, em decorrência da forma de partilha; para a licença inicial de 150 dias, 100%; ou 83%, se os pais usufruírem do direito de acrescentar trinta dias a essa licença, em decorrência da forma de partilha; para o benefício parental inicial exclusivo do pai, 100%; para o benefício parental adicional, 25%; para os benefícios por adoção, aplicam-se as mesmas porcentagens a que se referem os dois primeiros itens mencionados.

4.2.4. Flexibilidade Adicional

Após a licença parental inicial, os pais podem ainda solicitar licenças parentais complementares, como a licença parental alargada, que permite estender o período de

ausência até ao terceiro ano de vida da criança, mas sem direito a compensação remuneratória.

4.2.5. Proteção Contra Discriminação

A legislação portuguesa garante que nenhum trabalhador pode ser prejudicado, dispensado ou alvo de qualquer medida discriminatória devido ao exercício dos direitos relacionados à licença parental, protegendo assim a estabilidade do emprego durante e após o período de licença.

4.2.6. Implicações práticas e desafios da implementação da licença parental no contexto das leis de trabalho em Portugal

Na obra "Direito do Trabalho" de Pedro Romano Martinez ¹⁰³, o autor explora as implicações práticas e os desafios da implementação da licença parental no contexto das leis de trabalho em Portugal, abordando vários aspectos que são cruciais tanto para empregadores quanto para empregados.

Martinez discute como a licença parental deve ser administrada pelas organizações, destacando a necessidade de sistemas de gestão de recursos humanos que possam acomodar adequadamente as ausências dos trabalhadores, planejar substituições temporárias e garantir a continuidade do trabalho.

O autor salienta a importância de uma comunicação eficaz entre os empregados e os empregadores sobre as intenções e o planejamento da licença, para que ambas as partes possam se organizar adequadamente. Isso inclui notificar o empregador com antecedência suficiente e discutir qualquer trabalho pendente que precise de atenção durante o período de licença.

Na sequência, Pedro Martinez aborda alguns dos desafios de implementação da medida. Um dos desafios mencionados é o impacto financeiro para as empresas, especialmente pequenas e médias empresas, que precisam encontrar recursos para cobrir o trabalhador ausente sem comprometer a operação do negócio.

Outra questão levantada é a disparidade na aplicação da licença parental entre diferentes setores e tipos de emprego. Enquanto alguns trabalhadores têm acesso a benefícios completos e um retorno garantido aos seus postos, outros, particularmente em

¹⁰³ Martinez, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 7ª Edição. Lisboa: Almedina, 2015.

trabalhos mais precários, podem enfrentar dificuldades em exercer plenamente seus direitos.

Martinez também discute o desafio de promover um equilíbrio de género na tomada da licença parental. Apesar das leis incentivarem a partilha da licença entre mães e pais, ainda existem normas culturais e práticas de trabalho que favorecem a licença materna em detrimento da paterna, o que pode reforçar estereótipos de género no local de trabalho.

Além de abordar essas questões práticas e desafios, Pedro Romano Martinez frequentemente reflete sobre como as políticas de licença parental podem ser melhoradas para apoiar mais efetivamente os trabalhadores e contribuir para uma força de trabalho mais equitativa e diversificada.

Esta abordagem holística não só esclarece a complexidade da legislação, mas também fornece um caminho para futuras reformas que possam melhor atender às necessidades dos trabalhadores portugueses no contexto de mudanças sociais e económicas.

4.2.7. Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas - artigos 47.º a 67.º da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho.

Na administração pública, a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas estabelece uma estrutura robusta para a licença parental, garantindo direitos equivalentes aos do setor privado, com adaptações pertinentes ao contexto público, detalhando aspectos como a duração da licença e procedimentos administrativos para a sua concessão.

Esses artigos formam a base legal para as práticas de licença parental tanto no setor privado quanto no público em Portugal, assegurando que ambos os setores tenham estruturas legais compatíveis, mas adaptadas às suas especificidades.

A necessidade de adaptação das políticas de licença parental no setor público é crucial para refletir as especificidades do emprego estatal, garantindo que a igualdade de género e proteção familiar sejam mantidas em todos os setores.

Nesse sentido é o entendimento de doutrinadores portugueses como Jorge Leite, António Monteiro Fernandes e João Leal Amado. Quando tratam do tema em suas obras, posicionam-se de forma congruente, de modo a estabelecer que o regime da licença parental no âmbito da função pública reflete uma preocupação com a proteção da família e a promoção da igualdade entre homens e mulheres, com medidas que procuram

assegurar a continuidade do vínculo laboral durante e após o exercício dos direitos parentais. Afirmam que a legislação laboral aplicada à função pública, particularmente no que concerne à licença parental, revela uma tentativa de harmonizar as necessidades do serviço público com os direitos dos trabalhadores, garantindo que a parentalidade seja respeitada e promovida.

De fato, esse é o escopo secundário da licença parental e que se estende aos servidores públicos portugueses – porque como vimos, o primário é o direito do infante à convivência familiar e cuidados parentais. Os doutrinadores sublinham que a licença parental não deve ser vista apenas como um direito dos trabalhadores, mas também como uma política de proteção à infância

4.2.8. Comparativo entre o Código do Trabalho e a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas

A licença parental em Portugal é regulamentada tanto pelo Código do Trabalho, aplicável aos trabalhadores do setor privado, quanto pela Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, que se aplica aos funcionários públicos. Aqui estão as principais similaridades e diferenças entre esses dois regimes:

4.2.8.1. Similaridades

Tanto no setor privado quanto no público, a duração da licença parental é similar, permitindo que os pais gozem até 120 dias a 100% ou 150 dias a 83% do salário, ou ainda 180 dias compartilhados a 83%.

Além do mais, ambos os regimes preveem uma licença exclusiva para os pais, incentivando a partilha das responsabilidades parentais. Por exemplo, ambos têm períodos dedicados que os pais devem gozar obrigatoriamente após o nascimento da criança.

A licença por adoção também é reconhecida de forma similar, proporcionando os mesmos direitos tanto para trabalhadores do setor privado quanto para funcionários públicos, independentemente da idade da criança adotada.

4.2.8.2. Diferenças

Embora a base da licença parental seja semelhante, a regulamentação em cada regime tem suas especificidades. No Código do Trabalho, as condições e procedimentos

podem ser mais flexíveis, adaptando-se às necessidades do setor privado, enquanto a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas pode incluir requisitos mais estritos ou procedimentos adicionais devido à natureza do emprego público.

Em alguns casos, os funcionários públicos podem ter acesso a benefícios adicionais ou complementares, como apoios específicos ou programas de reintegração pós-licença, que não são explicitamente mencionados no Código do Trabalho.

Os procedimentos para a aprovação e concessão da licença parental podem diferir, com os funcionários públicos frequentemente sujeitos a um processo mais formalizado, o que reflete a estrutura administrativa mais rigorosa do setor público.

Por fim, a possibilidade de acumular licença parental com outras formas de licença (como licença para formação) pode variar entre o setor público e privado, com o setor público possivelmente oferecendo mais flexibilidade nesse aspecto.

4.2.8.3. Considerações Gerais

Embora os princípios fundamentais da licença parental sejam consistentes entre os dois regimes, as diferenças refletem as necessidades e estruturas organizacionais distintas entre o setor público e privado. A compreensão dessas nuances é crucial para a aplicação adequada das políticas de licença parental e para garantir que todos os trabalhadores, independentemente do setor, tenham seus direitos adequadamente protegidos e promovidos.

4.2.9. Licença Parental para Adotantes

No direito Português, a licença parental não é exclusiva para os pais biológicos. Os pais adotantes também têm direito à licença parental, sendo tratados de forma igualitária em termos de direitos laborais e de proteção social.

A licença parental inicial para adotantes é semelhante à dos pais biológicos. Os pais adotantes têm direito a uma licença parental inicial de 120 a 150 dias, dependendo do acordo entre os pais.

Adicionalmente, caso a criança adotada tenha menos de 15 anos, os pais adotantes têm direito a uma licença parental, independentemente da idade da criança. É importante observar que as regras aplicáveis são semelhantes às do benefício parental inicial. No entanto, é necessário considerar as devidas proporções e adaptações conforme o caso concreto, desde que não haja adoção de filho de cônjuge ou companheiro do beneficiário em razão de já iniciada a convivência familiar (em tese).

Já em relação aos casos de adoções múltiplas, de irmão de sangue por exemplo, os períodos mencionados acima são aumentados em trinta dias para cada adoção subsequente, além da primeira adoção, conforme a regra de filiação natural relativa aos filhos múltiplos ou irmãos gêmeos (art. 15º, n.º 3). Esse acréscimo visa proporcionar um apoio adicional às famílias que decidem adotar mais de uma criança, reconhecendo os desafios adicionais que podem surgir nesse contexto.

Quanto à segunda modalidade, o benefício parental adicional consiste na concessão de um benefício por um período de até 3 (três) meses a um ou a ambos os pais biológicos ou adotantes, alternadamente. No entanto, para que esse benefício seja concedido, é necessário que ele seja desfrutado imediatamente após o término do período de concessão do benefício parental inicial ou do benefício parental adicional pelo outro genitor (art. 16º) Essa modalidade tem o condão de proporcionar aos pais a oportunidade de cuidar e estabelecer vínculos com a criança durante um período adicional após o término das licenças parentais iniciais.

Esta licença pode ser partilhada entre os pais adotantes, incentivando a igualdade de responsabilidades e promovendo um ambiente familiar saudável.

O princípio da dignidade humana está consagrado na Constituição da República Portuguesa, que garante a todos os cidadãos o direito à dignidade, igualdade e proteção social.

Este princípio, como salientado de forma exaustiva no presente trabalho, é fundamental na formulação de políticas públicas, incluindo a legislação sobre licença parental. Ele assegura que todos os indivíduos, independentemente de serem pais biológicos ou adotantes, têm direito a um tratamento digno e igualitário.

Nesses termos, ao garantir licença parental aos adotantes, Portugal reconhece a importância da criação de um vínculo entre pais e filhos adotados, assegurando que a transição para a nova família ocorra de forma estável e digna.

Esta prática reflete o compromisso do país com a igualdade de direitos e oportunidades, garantindo que todos os pais, sejam biológicos ou adotantes, possam cuidar de seus filhos com a mesma dignidade e apoio social.

4.2.10. Benefícios Sociais da licença parental aos adotantes

O tratamento legislativo conferido aos adotantes no que diz respeito à licença promove a igualdade de género ao permitir que ambos os pais adotantes partilhem a

responsabilidade do cuidado infantil; contribui para o bem-estar e desenvolvimento saudável das crianças adotadas, assegurando que recebam o cuidado necessário durante os primeiros meses na nova família; e reforça a coesão familiar e social, reconhecendo a importância da família no desenvolvimento individual e coletivo.

A licença parental para adotantes, sustentada pelo princípio da dignidade, reflete a evolução progressiva das políticas sociais em Portugal, garantindo que todos os pais e crianças sejam tratados com respeito e equidade.

De igual modo, a doutrina jurídica e social portuguesa coloca o interesse superior da criança como um princípio fundamental. Garantir licença parental aos adotantes é visto como essencial para assegurar que a criança adotada tenha uma transição suave e receba cuidados adequados durante o período de adaptação à nova família.

Além disso, os especialistas argumentam que a licença parental para adotantes contribui para a estabilidade emocional e psicológica da criança. O tempo permitido para os pais estarem com os infantes ajuda a criar vínculos afetivos e a construir um ambiente familiar seguro e estável.

A doutrina destaca, ainda, a importância do tempo concedido pela licença parental para a construção de vínculos afetivos entre os pais adotantes e os filhos. Este período é crucial para que os pais possam integrar a criança na nova família e comunidade, promovendo uma relação saudável e duradoura.

Ao equiparar os direitos dos adotantes aos dos pais biológicos, a legislação promove a inclusão social e evita discriminações baseadas na origem da parentalidade. Esta abordagem é vista como um passo importante para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva.

E para finalizar, os direitos à licença parental para adotantes são também vistos como uma extensão dos direitos fundamentais à família e à proteção da infância. A doutrina defende que esses direitos devem ser garantidos e protegidos pelo Estado, como parte de suas responsabilidades constitucionais.

A doutrina reconhece os avanços legais que Portugal tem feito nesta área, mas também alerta para a necessidade de continuar a monitorar e adaptar as políticas para garantir que todos os aspectos da parentalidade adotiva sejam adequadamente apoiados e protegidos.

Nestes termos, observa-se uma sistemática avançada do ordenamento jurídico português, de modo a conferir a materialização dos direitos constitucionalmente conferidos às crianças e adolescentes, tendo como norte a doutrina da proteção integral.

Não há qualquer dúvida sobre a possibilidade de gozo de licença parental pelos adotantes, sem qualquer ressalva quanto à idade do adotando, salvo o limite legal contemplado – 15 anos.

O legislador português, de forma brilhante e coerente, conferiu tratamento isonômico a todos os filhos, assim como aos pais e mães, fazendo valer os princípios constitucionais protetivos das famílias, e seus membros. Tanto o é, que sequer encontramos jurisprudência questionando eventual indeferimento de pedidos deste tipo de licença.

No ordenamento jurídico português, efetivamente filhos são filhos, não importando a sua origem. Infelizmente, não podemos dizer o mesmo do direito brasileiro, que ainda traz, na prática, discriminações odiosas. Em virtude de lacunas na legislação infraconstitucional, que dá margem à subjetivismos judiciais, o tratamento discriminatório ainda é recorrente, sobretudo no que tange às adoções tardias, como veremos a seguir.

4.3. Licença parental no direito brasileiro

Embora no ordenamento jurídico português haja uma delimitação precisa sobre o tema, de modo a não deixar dúvidas sobre a possibilidade dos trabalhadores de terem garantido o afastamento de suas atividades, para o exercício da parentalidade, seja qual for a sua origem, incluindo a por adoção, ainda que tardia (para crianças de até 15 anos), no Brasil, o tema ainda é nebuloso.

Assim como em Portugal, há diversos diplomas legais que tratam do tema. A chamada licença-maternidade, também conhecida por alguns doutrinadores e operadores do direito como “licença gestante”, está elencada no artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal de 1988. A proteção à trabalhadora gestante, é garantida no Brasil no âmbito do Direito do Trabalho bem como no Direito Previdenciário.

Trata-se de uma licença, ou ainda de um afastamento remunerado conferida às trabalhadoras gestantes, seja nas atividades urbanas ou rurais, regulamentada no artigo 392 da Consolidação das Leis do Trabalho, determinando um período de até 120 (cento e vinte) dias, devendo ser iniciada 28 (vinte e oito) dias antes do nascimento, prologando-se pelos 92 (noventa e dois) dias subsequentes.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a Constituição Federal de 1988 estabelecem que esse benefício se aplique tanto às funcionárias que têm filhos biológicos quanto às que adotam crianças. A licença-maternidade, assim, tem o propósito de cuidar

não apenas da recuperação da mãe, mas também de proporcionar suporte essencial para o recém-nascido ou para a criança no início de sua convivência com a família. Esse direito encontra-se ancorado nos princípios dos direitos fundamentais, refletindo a importância de proteger e amparar mães e filhos nesse período crucial.

Quanto aos pais, a Constituição federal prescreve o direito de licença paternidade de 5 dias, enquanto o programa Empresa Cidadã estende esse prazo em mais 15 dias.

No que tange à finalidade da proteção à criança e ao nascituro, essa é respaldada pelo artigo 227 da Constituição Federal. O mencionado artigo, em seu caput, reforça o princípio da proteção integral, estabelecendo como dever prioritário e incondicional da família, da sociedade e do Estado assegurar todos os direitos e garantias necessários para o pleno e adequado desenvolvimento da criança. Além disso, o §6º do mesmo artigo proíbe qualquer forma de discriminação entre filhos biológicos e adotivos, reforçando a igualdade de direitos entre eles. Esse dispositivo constitucional representa um marco na defesa dos direitos das crianças, independentemente de sua origem.

4.3.1. Comparativo entre licença parental para trabalhadores do setor privado e para servidores públicos

No Brasil, a licença parental é regulamentada por dispositivos legais diferentes para trabalhadores do setor privado e servidores públicos, refletindo abordagens e benefícios específicos para cada categoria. Aqui estão as principais diferenças entre a licença parental sob a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para o setor privado e a licença parental para servidores públicos federais, regulamentada pela Lei nº 8.112/90.

4.3.1.1. Licença Parental no Setor Privado (CLT)

A Licença-maternidade tem duração de 120 dias, com possibilidade de extensão para 180 dias em empresas participantes do Programa Empresa Cidadã.

Durante o gozo da licença, a remuneração integral é garantida e paga pelo empregador e reembolsada pela Previdência Social.

Já a licença- paternidade tem duração de 5 dias corridos. As empresas participantes do Programa Empresa Cidadã podem estender essa licença para 20 dias.

4.3.1.2. Licença Parental para Servidores Públicos Federais (Lei nº 8.112/90)

A Licença maternidade tem duração de 120 dias, automaticamente estendida para 180 dias. Durante o gozo da mesma, a remuneração é integral e paga pelo órgão público empregador.

Em se tratando de licença paternidade, a duração é de 5 dias corridos. A licença-paternidade para servidores públicos federais foi ampliada para 20 dias pela Lei nº 13.257/2016, conhecida como "Marco Legal da Primeira Infância." Essa lei permitiu a prorrogação da licença-paternidade de 5 para 20 dias para servidores públicos federais, desde que solicitada nos dois dias úteis após o nascimento do filho.

A licença por adoção para servidores públicos federais também é de 120 dias, estendendo-se automaticamente para 180 dias, similar à licença à gestante. A licença é concedida da mesma forma para adoção de crianças e adolescentes, sem distinção de idade. O artigo 208 da Lei nº 8.112/90 especifica que o servidor que adotar ou obtiver guarda judicial de criança **até 12 (doze) anos de idade** incompletos terá direito à licença-paternidade ou à licença-maternidade, com a mesma duração e condições previstas para o caso de nascimento.

A política de não distinção de idade visa apoiar a adaptação e a formação de vínculos familiares, que são especialmente importantes em casos de adoção tardia, onde a criança ou adolescente pode precisar de mais tempo para se ajustar ao novo ambiente familiar.

Essa abordagem reflete um entendimento crescente da importância de apoiar todas as formas de parentalidade, reconhecendo que a necessidade de tempo para estabelecer laços afetivos e oferecer cuidados não é menor no caso de crianças mais velhas. Além disso, incentiva a adoção de crianças e adolescentes que frequentemente enfrentam menor probabilidade de adoção devido à idade.

Essas políticas são parte de um esforço mais amplo para promover a igualdade de tratamento entre pais biológicos e adotivos e para apoiar a inclusão familiar de crianças e adolescentes, independentemente de sua idade no momento da adoção.

4.3.1.3. Principais Diferenças

No setor privado, a extensão da licença-maternidade para 180 dias depende da adesão voluntária do empregador ao Programa Empresa Cidadã. Já para os servidores públicos federais, a extensão para 180 dias é automática.

No setor privado, a licença é inicialmente paga pelo empregador e posteriormente reembolsada pela Previdência Social. No setor público, a remuneração durante a licença é responsabilidade direta do órgão empregador.

Ambos os setores oferecem a possibilidade de extensão da licença-paternidade para 20 dias, mas no setor público essa extensão foi regulamentada mais recentemente e é automática para todos os servidores.

Estas diferenças refletem abordagens distintas em termos de proteção e benefícios proporcionados aos trabalhadores em diferentes setores da economia brasileira. Além disso, estados e municípios podem ter regulamentações específicas que oferecem condições ainda mais favoráveis para seus servidores, o que destaca a diversidade de políticas de licença parental no Brasil.

Ambos os regimes buscam apoiar a família no período crítico após o nascimento ou adoção de uma criança, mas o fazem de maneiras que refletem suas estruturas organizacionais e responsabilidades financeiras específicas.

4.3.2. Licença parental aos adotantes

A licença parental para adotantes no Brasil passou por uma significativa evolução ao longo das últimas décadas, refletindo um esforço crescente para equiparar os direitos de pais adotivos e biológicos, reconhecendo a importância do vínculo afetivo e da adaptação da criança ao novo ambiente familiar.

A Constituição de 1988 marcou um grande avanço ao estabelecer a igualdade de direitos entre filhos biológicos e adotivos. No entanto, a licença-maternidade para adotantes ainda não estava claramente regulada. A igualdade no tratamento jurídico entre filhos biológicos e adotivos, porém, criou um ambiente propício para futuras legislações mais específicas.

A Lei nº 8.213/1991 que regula os Planos de Benefícios da Previdência Social, foi um marco ao incluir a licença-maternidade para adotantes, mas de forma limitada. Inicialmente, a lei previa apenas 120 dias de licença-maternidade para adoções de crianças até um ano de idade. Para crianças mais velhas, o período de licença era progressivamente reduzido.

Em 2001, houve uma tentativa de estender a licença-maternidade para mães adotivas, independentemente da idade da criança adotada, por meio da Medida Provisória nº 2.213-1/200. No entanto, essa medida provisória não teve impacto definitivo.

A Lei nº 10.421/2002 foi um avanço significativo, pois igualou os direitos das mães adotivas aos das mães biológicas no que diz respeito à licença-maternidade. A partir dessa lei, mães adotivas passaram a ter direito a 120 dias de licença-maternidade, independentemente da idade da criança adotada. Essa lei também permitiu a extensão da licença-paternidade de cinco dias para 15 dias em casos de adoção, quando a mãe adotiva não solicitar a licença-maternidade. o salário-maternidade, garantidos constitucionalmente, foi estendido também às mães adotivas desde o advento da Lei 10.421/2002.

No entanto, esta lei estabeleceu prazos diferenciados para o salário-maternidade de mães por adoção dependendo da idade da criança. O prazo era de 120 dias para crianças de até 01 (um) ano, caindo pela metade caso a criança tivesse entre 01 (um) e 04 (quatro) anos. O prazo reduz para 30 dias caso a criança tenha entre 04 (quatro) e 08 (oito) anos de idade.

Em 2008, a Lei nº 11.770 criou o Programa Empresa Cidadã, que permite a prorrogação da licença-maternidade por mais 60 dias, totalizando 180 dias. O benefício foi estendido às mães adotivas, garantindo que, assim como as mães biológicas, as mães adotivas também possam usufruir da licença de 180 dias, desde que a empresa onde trabalhem participe do programa.

Essa diferenciação nos prazos foi alterada com a publicação da Lei nº 12.873/13, que alterou a redação do art. 71-A da Lei de Benefícios Previdenciários. Atualmente, “ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias” (art. 71-A).

A Lei nº 12.873/2013 foi outro marco importante, pois permitiu que a licença-maternidade fosse concedida ao pai adotante em casos em que ele fosse o único responsável pela adoção (por exemplo, em adoções monoparentais). Esta lei reforçou a igualdade de tratamento entre adotantes e pais biológicos, assegurando que o vínculo parental fosse protegido legalmente.

Note que o legislador derivado deu tratamento apenas no que diz respeito às crianças, ou seja, menores até 12 anos de idade, impossibilitando a percepção de salário-maternidade para seguradas que buscam adotar adolescentes.

Somente em 2017 com o surgimento da Lei nº 13.509 houve a alteração de dispositivos da CLT que passou a vigorar com a seguinte redação: “À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei”.

Todavia, cumpre destacar que, no que tange ao setor privado, o dispositivo legal que prescreve o direito à licença parental em caso de adoção, não menciona de modo expresso a idade da criança adotada, como fez a Lei dos Servidores Públicos, o que dá margem a interpretações prejudiciais aos solicitantes, como foi o caso que ensejou o presente estudo.

O artigo 392-A da CLT estabelece que, no caso de adoção ou guarda judicial para fins de adoção, o empregado terá direito à licença-maternidade nos termos do artigo 392, que é de 120 dias, podendo ser estendida para 180 dias conforme o Programa Empresa Cidadã. Tal dispositivo foi acrescentado pela Lei nº 12.873, de 24 de outubro de 2013, que alterou a CLT para incluir esse direito.

Essas leis são complementadas por normativas e regulamentos que podem ser específicos para diferentes estados ou setores, mas as citadas são as principais legislações federais que abordam a licença parental para adoção no Brasil. Elas visam garantir que os direitos à licença parental sejam estendidos de maneira equânime a todos os trabalhadores, promovendo a igualdade e apoiando a formação de laços familiares, independente da forma como a família é constituída.

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência têm evoluído no sentido de consolidar e expandir os direitos relacionados à licença maternidade em casos de adoção, inclusive adoção tardia, refletindo uma compreensão mais ampla das necessidades das famílias adotivas.

A doutrina jurídica brasileira tem defendido uma interpretação inclusiva da legislação que rege a licença maternidade/paternidade para adotantes, argumentando que os objetivos principais dessas licenças são a de fomentar a formação de vínculo afetivo, especialmente em casos de adoção tardia, onde a adaptação pode ser mais desafiadora devido a questões emocionais e comportamentais mais complexas que crianças mais velhas podem apresentar. Além disso, o de igualar os direitos dos adotantes aos dos pais biológicos, garantindo que não haja discriminação quanto ao modo de constituição da família, em conformidade com o princípio da igualdade.

Autores como Maria Berenice Dias e Carlos Roberto Gonçalves abordam sobre a necessidade de proteção à família adotiva sob esses aspectos, enfatizando que a lei deve

ser interpretada de maneira a promover o melhor interesse da criança, independentemente de sua idade.

A jurisprudência brasileira tem se mostrado progressivamente favorável a interpretar a legislação de licença parental de maneira a incluir todas as formas de família, com decisões importantes dos tribunais superiores estendendo os direitos de licença maternidade e paternidade para adotantes de crianças mais velhas.

Em várias decisões, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) têm garantido que adotantes de crianças e adolescentes tenham direito à licença maternidade/paternidade pelo mesmo período concedido aos pais biológicos. Essas decisões judiciais também têm reforçado que a idade da criança adotada não deve ser um fator limitante para a concessão de licença, especialmente considerando que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) coloca como prioritários os direitos das crianças e adolescentes a um ambiente familiar estável.

Um exemplo notável é a decisão do STJ que confirmou o direito de uma servidora pública federal à prorrogação de sua licença-maternidade para 180 dias, mesmo tendo adotado uma adolescente de 12 anos (REsp 1.657.156).

A doutrina e a jurisprudência brasileiras estão alinhadas no sentido de promover e proteger os direitos de famílias adotivas, entendendo que a adaptação e a formação de vínculos são essenciais para o desenvolvimento saudável da criança ou adolescente, sem distinção entre adoção e filiação biológica. Essa tendência reflete uma visão mais moderna e inclusiva de família, assegurando que todos os membros tenham suas necessidades atendidas de forma equitativa.

Conforme preleciona Maria Berenice Dias, “o filho adotivo também tem direito à proteção decorrente da licença maternidade como meio de facultar a sua integração e acomodação à entidade familiar que o recebe. Trata-se, pois, de uma medida constitucional para o sucesso do convívio com as demais pessoas deste núcleo”¹⁰⁴.

No entanto, como se verá, ainda que pesem os avanços sobre o tema, a falta de regulação expressa acaba dando margem a interpretações várias pelos operadores de Direito quando das concessões das licenças parentais aos adotantes.

¹⁰⁴DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 51.

4.3.3.Incongruência sistêmica: licença maternidade versus salário maternidade

O salário-maternidade, garantidos constitucionalmente, foi estendido também às mães adotivas desde o advento da Lei 10.421/2002.

Todavia, o salário maternidade no Brasil, desde a Lei nº 6.136/74, passou a ser pago pela previdência social, que, em contrapartida, não reconhece o direito ao salário maternidade às mães que adotam filhos adolescentes em razão da sua vinculação à Lei 8.213/91. Por outro lado, a licença-maternidade é concedida no âmbito trabalhista às empregadas que adotam filhos, independentemente da idade, sejam crianças ou adolescentes.

O que temos no ordenamento jurídico brasileiro ainda é uma salada mista de intenções e dispositivos, que pela falta de clareza e firmeza de suas palavras, dá margem à interpretações diversas por seus intérpretes.

Se é certo que para os servidores públicos, aqueles que estejam em processo de adoção possam gozar de licença maternidade, desde que a criança tenha até 12 anos incompletos, a mesma certeza não existe quanto aos empregados celetistas.

Sim, o artigo 392-A da CLT preconiza a licença maternidade em caso de adoção equiparando o instituto à maternidade biológica. Mas por não existir uma menção expressa sobre a idade do menor, deixa a critério do operador do Direito a concessão ou não das licenças e salários maternidades correspondentes.

Como mencionado anteriormente, isso ocorre pela deturpação do instituto. Os operadores do Direito reduzem a figura da licença parental a cuidados simplistas exigidos pelas crianças mais novas: como trocar fraldas, alimentar, e etc. A necessidade da licença vai muito além disso. Mas esta a razão para a negativa, no Brasil, do Instituto Nacional do Seguro Social em conceder salário maternidade às adotantes quando estamos diante de adoções tardias, como aconteceu com esta candidata ao protocolar seu requerimento junto ao INSS.

Em outras palavras, o Instituto Nacional do Seguro Social, ainda que receba requerimento administrativo de concessão de benefício de salário-maternidade, nega esse direito às mães que adotam adolescentes e já se encontram em regime de licença maternidade. A saída para essas mães seria ingressar com uma ação mandamental para que o tribunal conceda a segurança no sentido de aplicar a regra extensiva, incluindo os filhos adolescentes.

Importante destacar, todavia, que ainda que pesem algumas incongruências, a lei n. 10.241/2002 marcou um significativo avanço na proteção social à maternidade, expandindo o conceito de maternidade que anteriormente era restrito ao aspecto biológico ou natural. Agora, a lei reconhece e valoriza a maternidade adotiva ou legal, destacando a importância de estabelecer vínculos afetivos entre mães e filhos, fundamentais para o saudável desenvolvimento destes últimos. Esse reconhecimento ampliado da maternidade reflete uma compreensão mais abrangente e inclusiva dos laços familiares e do papel materno, independentemente da origem genética.

Sob a perspectiva jurídica, é fundamental compreender o benefício como um suporte destinado àqueles que desejam adotar, permitindo que os futuros pais adotivos se dediquem plenamente à convivência familiar com a criança adotada. Nesse contexto, o benefício visa proporcionar maior segurança e tranquilidade ao pai ou mãe adotante que está envolvido no processo de adoção, de acordo com as diretrizes estabelecidas pela legislação aplicável. Isso contribui para que a transição para a nova família ocorra de maneira harmoniosa e favorável ao bem-estar da criança.

A abordagem de apoio social à maternidade, tanto no contexto biológico quanto na adoção, foi substancialmente aprimorada com a promulgação da Lei nº 10.421/2002. Essa legislação desempenha um papel crucial ao esclarecer e aprofundar o conceito de maternidade, conforme estabelecido de forma explícita na Constituição Federal de 1988. A Constituição, em uma abordagem sistêmica, reservou uma atenção especial à maternidade, à criança e à família, e a Lei nº 10.421/2002 veio fortalecer e expandir as garantias e os apoios destinados a esses importantes pilares da sociedade.

Por último, a lei introduziu um mecanismo que possibilita que a mãe adotiva exerça seu direito à licença-maternidade de forma igualitária à mãe biológica. Isso permite que ambas desempenhem seus papéis sociais com dignidade, alinhando-se com a visão do legislador constitucional, que nutria grandes expectativas nesse sentido.

Cumprido destacar, todavia, o conceito ainda limitante conferido pela Lei 10.421/2002, que, embora tenha representado um certo avanço na legislação brasileira sobre o tema de concessão de licenças, tratou da licença “maternidade”, deixando de abarcar o instituto com a amplitude que merecia, passando a prever as hipóteses diversas de constituições familiares.

Fácil perceber, portanto, que o legislador brasileiro não entendeu o objetivo real da licença parental, qual seja, garantir o direito à convivência familiar, para a promoção dos laços de afeto, tendo como escopo a proteção integral da criança e do

adolescente. Ao mesmo tempo, deixa transparecer, um sistema patriarcal, machista e ultrapassado, que carrega, em si, o viés de parentalidade exercida exclusivamente pela figura da mãe, especialmente, a mãe biológica, sob os véus do puerpério.

Observa-se uma falha do sistema jurídico ao estabelecer tratamento diferenciado para os filhos adotivos adolescentes. Logo, essa brecha no sistema de justiça contribui negativamente para que haja avanço e proteção em relação a este grupo vulnerável.

Se por um lado a constituição garante a proteção integral de pessoas até 18 anos, e garante a vedação de tratamento diferenciado dos pais em relação aos filhos e do Estado em relação aos filhos, não há que se falar em diferenciação acerca do prazo de licença adotante nem tampouco ao salário maternidade concedido às mães de filhos adotivos, muito menos tendo a idade como fator limitante.

Como veremos a seguir, essa diferenciação de prazos a depender da idade do adotado já foi superada pela jurisprudência atual.

4.4. A imprescindibilidade da licença parental ao adotante para garantia da construção de um vínculo familiar seguro

As profundas mudanças que a sociedade está passando na era pós-moderna estão levando a transformações significativas e ampliação do conceito de instituição familiar. Em muito a concepção de “gestante” para fins de concessão de licença maternidade teve seu significado modificado para se adequar à realidade da sociedade nos dias atuais.

Com a expansão jurídica do conceito, que visa garantir os direitos da mãe adotiva, torna-se claro que é necessário dar ao termo "maternidade" um significado mais abrangente. Isso implica em diferenciar a maternidade exclusivamente relacionada ao parto e à amamentação, reconhecendo adequadamente o direito da criança à vida, saúde e alimentação, conforme estabelecido pela Constituição no artigo 227, e que é uma responsabilidade compartilhada pela família e pelo Estado.

No estudo sobre o tema da "maternidade", é essencial abordar tanto a maternidade biológica quanto aquela que se estabelece por meio de vínculos afetivos, uma vez que ambas possuem amparo social e implicações importantes. Mais ainda, ampliando esse espectro para tratarmos de parentalidade, deixando de lado o conceito restritivo de “maternidade”, vez que a responsabilização por menores não é de exclusividade do universo feminino, tão pouco as adoções o são.

Os modelos de famílias não são mais aqueles considerados em meados do século passado, embora a constituição familiar em outros moldes seja uma realidade social desde os tempos antigos. Ao passo da evolução sobre o tema no direito mundial, o ordenamento jurídico luso-brasileiro reestruturou o conceito em estudo, tentando preservar os direitos e as garantias dentro do cenário dos diferentes arranjos de famílias.

Diante desse contexto, famílias monoparentais constituídas por avós, tias, irmãos, possuem o seu núcleo essencial de direitos protegidos. De igual modo, filhos adotivos, com adoção unilateral, bilateral de sexos distintos, bilateral com pessoas do mesmo sexo, e sua infinidade de possibilidades, gozam de todos os direitos e garantias atribuídas pelo ordenamento jurídico às famílias, além de crianças e adolescentes através do Estatuto da Criança e do Adolescente, no direito brasileiro e a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, em Portugal.

Com isso, considerado como grupo que merece especial atenção do Estado, e seu aparato jurídico, temos as crianças e adolescentes, tidas como hipossuficientes do ponto de vista da capacidade jurídica, com um rol ainda mais exaustivo de direitos e garantias a serem garantidos em razão de proteção especial. Além disso, desde a vigência da nova ordem constitucional luso-brasileira, não há que se fazer qualquer tipo de distinção entre filhos, como foi visto anteriormente, não deixando margens para diferenciações.

Portanto, a análise da evolução dos conceitos relacionados à família tem revelado a necessidade de uma reavaliação das interpretações jurídicas, especialmente no contexto constitucional, pelos operadores do Direito, como legisladores e magistrados, já que os princípios constitucionais fundados na dignidade humana se encontram num patamar elevado na ordem constitucional vigente.

Nesse contexto, tanto a jurisprudência quanto a legislação em Portugal e no Brasil passaram por inúmeras mudanças, buscando adaptar-se a essa nova realidade social que está em ampla mutação no contexto cultural e político. Tema que vem sendo reforçado com a ênfase jurídica às modalidades de adoção, tendo como norte os direitos fundamentais prescritos na ordem constitucional no ordenamento jurídico dos dois países, respaldados nas legislações infraconstitucionais decorrentes, como exaustivamente tratado nos tópicos anteriores.

Sob esta ótica, é evidente a responsabilidade do Estado, da família e da sociedade em assegurar às crianças e adolescentes o direito a um convívio familiar seguro, princípios fundamentais consagrados constitucionalmente. Esses princípios decorrem da

busca pela preservação da dignidade da pessoa humana e garantem proteção integral aos menores. Portanto, a permissão da adoção encontra seu fundamento no melhor interesse da criança e do adolescente, como parte essencial da proteção de sua dignidade.

Conferir licença parental à mãe ou pai adotivos é confirmar e garantir direitos constitucionalmente impostos, como a irrestrita e ampla proteção das crianças e adolescentes; não deixando margem para qualquer distinção entre filhos com diferentes origens. Além disso, consegue viabilizar a afirmação de laços afetivos e psicológicos com os menores egressos no novo núcleo familiar que será constituído através do convívio entre as pessoas, quais sejam adotados e adotantes.

Não se pode esquecer o fato de que a adoção, apesar de ser um ato nobre, consiste na introdução de forma artificial de um indivíduo em formação, dentro de um contexto familiar preexistente. São estranhos que, a partir de uma definição jurídica, passam a constituir uma família. Filhos que passam a ter novos e estranhos pais, e pais que se se veem nesta condição, diante de alguém que acaba de conhecer. Diante destas especificidades, tratando-se de um instituto voltado à construção artificial de uma família, deve garantir meios de inserção neste ambiente, com respeito aos seus direitos fundamentais basilares. Além de ser, por si só, um meio de garantia de um desses direitos constitucionalmente previstos: o direito à convivência familiar. E nesse sentido, a jurisprudência que se segue:

“Sumário:

I - A Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro veio dar uma ênfase marcante ao princípio do “superior interesse da criança”, nomeadamente na alteração que introduziu no seu art. 4º (Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, alterada pela Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto). Alterou-se o texto de dois princípios do artigo 4º [alíneas a) e h)] e aditou-se um 11º princípio [o g], alterando-se, assim, a ordem dos mesmos [vão agora da alínea a) à k)].

II – Na promoção dos direitos e na proteção da criança e do jovem deve ser dada prevalência às medidas que os integrem em família, quer na sua família biológica, quer promovendo a sua adoção ou outra forma de integração familiar estável.

III - Ou seja, na atual alínea h) já não se fala «na sua família», mas apenas em «família», seja ela qual for (dando-se aqui o primado da família em detrimento do acolhimento residencial). O princípio da prevalência da família terá que ser entendido não no sentido da afirmação da prevalência da família biológica a todo o custo, mas sim como o assinalar do direito sagrado da criança à família, seja ela a natural (se possível), seja a adotiva, reconhecendo que é na família que a criança tem as ideais condições de crescimento e desenvolvimento e é aquela o centro primordial de desenvolvimento dos afetos.”¹⁰⁵

¹⁰⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, datado de 19-05-2016. Proc. 1491/15.0T8PTM.E1, Relator Assunção Raimundo. [Em linha] [Acesso em 10/12/2021]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Isto posto, a relevância e o tratamento especial que o Estado confere à proteção das crianças e adolescentes, faz com que o processo de adoção seja extremamente rígido e cauteloso. Há requisitos mínimos estabelecidos em lei, os quais devem ser estritamente observados, cujo objetivo principal é conferir a melhor estrutura familiar possível ao adotando. Não basta retirá-los da condição de vulnerabilidade e exposição iniciais que os levaram a estarem aptos à adoção. É preciso garantir a efetividade da medida, com uma inserção familiar bem-sucedida.

A adoção, portanto, é medida de exceção. E ante a sua complexidade, todo o esforço deve ser empenhado para que seja bem-sucedida.

Nos parece inútil um ordenamento jurídico que tem forma, mas não se materializa. Assim como o é, quando eventuais lacunas de legislações infraconstitucionais sejam usadas como desculpas para o não balizamento de direitos constitucionais expressos.

Como dissemos anteriormente, a legislação infraconstitucional portuguesa tratou de modo amplo, sobre a concessão de licença parental decorrente de adoção, conferindo tratamento isonômico entre pais, mães e filhos adotivos e biológicos.

Todavia, o mesmo ainda não ocorreu no ordenamento jurídico brasileiro, que se avoluma de apontamentos legais e decisões jurisprudenciais que colidem com a proteção integral das crianças e adolescentes, como apontado no tópico anterior.

Guilherme de Oliveira, com brilhantismo, assevera que “avulta o que se conhece das finalidades da lei: a intenção de fomentar a adoção como o grande remédio para integração de crianças privadas de meio familiar. Este objetivo deve primar sobre todas as dúvidas de interpretação, desde que se respeite a necessidade de encontrar no resultado obtido um mínimo de correspondência no texto da norma (cfr. o art. 9.º, n.º 2, CCiv).”¹⁰⁶

Bem, promover a adoção como a solução principal para a inclusão de crianças que não têm uma família parece ser algo evidente, mas, ao mesmo tempo, é um desafio que muitas vezes escapa à compreensão dos que lidam com a aplicação da lei.

Pensar a adoção com esta profundidade, seria o suficiente para que incongruências não fossem observadas, e injustiças não fossem cometidas todos os dias.

¹⁰⁶OLIVEIRA, Guilherme de. Jurisprudência Crítica - **A DATA OU A VIDA!** Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família - Ano 18 - n.º 35 - 2021 Publicação Semestral.

É exaustivo pensar que temos um arcabouço jurídico tão completo, mas que segue sendo deturpado de suas reações intenções diuturnamente.

Não precisamos de muito esforço para compreender que as crianças e adolescentes postos à adoção, foram tirados de contextos de tantas incertezas e fragilidades que, na maioria das vezes, traduzem na necessidade premente de maiores cuidados que os conferidos a um recém-nascido.

Ainda analisando as palavras do mestre Guilherme de Oliveira, a parentalidade adotiva carrega uma carga muito grande de valor no mundo jurídico. É a possibilidade de restabelecimento afetivo, ético, moral e social de um ser humano posto, anteriormente, sob toda a sorte de exposição e violências. Por tudo isso, deve ser fomentada em todos os níveis, para garantir o seu sucesso.

Tentando minimizar as discrepâncias legislativas, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, exercendo o ativismo jurídico que lhe é peculiar, decidiu, em sede de Recurso Extraordinário nº778.889/PE, por decisão majoritária, na sessão plenária de março de 2016, que a legislação não pode prever prazos diferenciados para concessão de licença-maternidade para servidoras públicas gestantes e adotantes. Os ministros deram provimento, com repercussão geral reconhecida.

Mas, ainda que a Suprema Corte tenha determinado a extensão dos efeitos da decisão a todo o ordenamento jurídico, a aplicabilidade material se limita às relações que se tornam litigiosas, não tendo sido colocada em prática de ofício pelos empregadores, quiçá pelo INSS, ainda atualmente.

A seguir tem-se a ementa do recurso em questão, que por sua importância ao estudo em mesa, apresentamos em sua integralidade:

“EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA-GESTANTE. 1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor. 2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir

proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. 4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas. 5. Mutação constitucional. Altera o da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constitui o. Supera o de antigo entendimento do STF. 6. Declara o da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei n  8.112/1990 e dos parágrafos 1  e 2  do artigo 3  da Resolu o CJF n  30/2008. 7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir   recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruic o do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7 , XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorroga o, tal como estabelecido pela legisla o em favor da mãe gestante. 8. Tese da repercussão geral: “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorroga es. Em rela o   licença adotante, não   possível fixar prazos diversos em fun o da idade da criança adotada”. (RE 778889, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016, ACÓRDÃO ELETR NICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016)”

A decisão acima foi proferida em uma a o previdenciária que possui, como pedido principal, a concessão de licença maternidade. No caso concreto, de acordo com os autos, o processo de ado o se iniciou quando a criança era menor, porém a guarda provisória foi deferida quando a criança possuía 12 anos completos. Desse modo, a parte autora não mais poderia usufruir da licença maternidade em razão da idade da criança adotanda, tendo em vista a legisla o e o entendimento jurisprudencial   época.

No julgado supra, o STF pacificou o entendimento em rela o   concessão da licença, bem como o período de concessão da mesma, atribuindo-se tratamento isonômico   maternidade biológica e afetiva. Fixou ainda a forma que deve ser gozado o benefício, ao mencionar que o afastamento do trabalho deve ocorrer de forma remunerada, possibilitando assim a fruic o completa do período de afastamento do labor e o recebimento do s l rio.

Decisão de extrema importância no direito brasileiro, que coloca, teoricamente, o fim da discussão sobre diferencia o de prazos na concessão de licença maternidade às mães adotantes de crianças e adolescentes, nos casos de ado o tardia. Cito teoricamente, vez que o presente trabalho surgiu em virtude de um caso prático, em que a mãe adotiva teve a licença maternidade negada em razão da idade da criança adotanda, mesmo após esta decisão paradigma, o que trataremos em t pico próprio.

Na prática, além das diferenciações do tempo da concessão destas licenças, constata-se as negativas recorrentes do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social – em conceder o pagamento das licenças aos adotantes, sem apresentar qualquer justificativa para tanto, mesmo após a decisão do STF ora tratada. E, de igual modo, os empregadores oferecem resistência em conceder as licenças requeridas, especialmente quando se trata de adoções tardias.

Com isso, se faz urgente que haja a criação de dispositivo legal que contemple a questão de forma mais ampla e explícita, para não gerar dúvidas em relação a efetiva aplicação do referido instituto, demonstrando um maior interesse na proteção e tutela dos adolescentes, garantindo-se isonomia nas concessões das licenças parentais e suas remunerações respectivas, independentemente de idade do adotando, ou sexo de quem a requeira.

A concessão de licença parental aos adotantes, se enquadra como uma das medidas protetivas, que tem como corolário o princípio da proteção integral, ao garantir que a criança cresça em um ambiente familiar que lhe confere amor, afeto, carinho, atenção, viabilizando o melhor desenvolvimento de sua personalidade.

Dessa forma, a concretização de medidas que conferem tratamento isonômico aos filhos, independentemente de sua origem, primando pela convivência familiar, desde a origem de sua inserção artificial na nova família, pretende garantir que as crianças e adolescentes frutos de adoção possam chegar à maioridade de forma digna e feliz.

4.5. As particularidades da Adoção tardia e a imprescindibilidade de concessão de licença parental por prazo razoável

A família ganha destaque como primeiro núcleo em que a criança participa e experimenta, ao passo que se constrói enquanto indivíduo, aprendendo valores morais e éticos. É a primeira responsável no tratamento adequado e na proteção das obrigações necessárias para o crescimento. Devem então proteger a vida, em um primeiro momento, além do desenvolvimento de habilidades humanas, como a função motora e a linguística, de modo que ela possua ao longo dessa experiência, chances para se comunicar e futuramente garantir seu acesso integrado no corpo social, vindo a ocupar espaços que lhe são assegurados.

Essa proteção, tem previsão no ordenamento luso-brasileiro, que considera que a criança tem o direito de ter garantido seu bem-estar, obrigando aos pais certas responsabilidades na criação de seus filhos, sejam estes frutos de adoção ou naturais.

Conforme entendimento de Marлизete Moldonado Vargas¹⁰⁷ extraído em sua obra sobre adoção, a criança ou o adolescente que se encontra nesse processo, principalmente no que diz respeito a adoção tardia, como é tratada no presente trabalho, apresenta um espectro de fases de regressão, como se a criança voltasse para o período do nascimento.

Nesse sentido, é importante o destaque da primeira delas, chamada de “fantasma intrauterino”, onde revela a criança com anseio de viver na barriga da mãe, criando uma necessidade latente de renascimento através do ventre desta mãe adotiva, estabelecendo o marco inicial no processo de filiação desse novo arranjo familiar.

Seguindo essa estrutura, a autora ainda aponta a segunda fase como a chamada “fantasma da pele comum”, que diz respeito ao processo de reconhecimento em que a criança tenta buscar através de elementos de semelhança física com os pais, sua familiaridade. Caso essas semelhanças atinjam de alguma forma a expectativa criada pela criança sobre seus pais, passa-se então para uma terceira fase.

A terceira fase é fruto do distanciamento das semelhanças encontradas pela segunda fase. Trata-se de um comportamento de afastamento dos pais, com vistas a “retaliação da pele comum”. A criança opera em comportamento agressivo para com os pais em razão da falta desses elementos de semelhança, principalmente em momentos de correção feito pelos pais.

Essa fase de ruptura do vínculo construído pela família biológica necessita passar por um processo de luto, o que acaba vinculando a criança na necessidade de ingressar em um processo terapêutico psicológico para efetivar essa transição entre família biológica e família adotiva, uma vez que é o período em que ocorre uma série de questionamentos dos pais sobre a possibilidade e sua capacidade de aceitação da criança em seu seio familiar.

A quarta fase tem a ver com o “romance familiar”, segundo Marлизete Vargas, trata-se da espera da família biológica, numa expectativa de retorno, podendo ocorrer em algum número um processo de negação em relação ao abandono por parte da criança ou do adolescente.

Exercício da parentalidade, como visto, vai muito além de cuidados materiais dispensados aos infantes. Extrapola, em muito, a dimensão reducionista de cuidados elementares de higiene e alimentação. O suporte emocional, psicológico e educacional é

¹⁰⁷VARGAS, M. M. *Op.cit.* p. 35.

ainda mais importante quando estamos diante de crianças e adolescentes que carregam em sua bagagem um espectro denso e traumático de vivências.

Assim, é necessário que haja discernimento e uma flexibilização, em relação aos pais/mães adotivos, em saber lidar com uma demanda tão delicada e específica, já que, a exigência no processo de filiação, sobretudo em uma adoção tardia, pode provocar desgastes vultuosos, a ponto de colocar em risco a promoção do melhor interesse do adotando.

Além disso, importante destacar que quanto mais velha é a criança ou o adolescente, maior é o tempo de exposição compulsória em instituições, e de exposição máxima a todo e qualquer tipo de violência pela família biológica, sendo ainda maior a dificuldade de viabilizar sua adoção.

Quanto maior a idade da criança, maiores serão as dificuldades de adaptação. Desse modo, é impensável e até mesmo absurdo que haja diferenciação de prazos nas concessões de licenças parentais, a depender da idade do adotado. Isto é, além de ferir princípios constitucionais expressos, como a proibição da diferenciação de tratamento entre filhos a depender da origem, desestimula a adoção tardia.

A não concessão de licença parental aos adotantes em processos de adoção tardia pode inviabilizar a sua efetivação, que já é tão difícil de ser implementada na prática, em virtude dos obstáculos naturais decorrentes desta inserção artificial dos menores em famílias por substituição, como mencionado alhures. Na prática, há tão poucos adotantes dispostos a encarar este desafio. Certamente que a impossibilidade de gozar de licença parental por um tempo irrazoável e significativamente menor em relação aos outros tipos de adoção, configura, por si só, um grande fator desestimulante. Se fosse para haver diferenciação de prazo, haveria justiça se fosse concedido prazo maior de licença parental em se tratando de adoção tardia, tendo em vista a extrema complexidade de reinserção do infante num contexto familiar completamente diverso do seu.

Nestes termos, conferir licença parental aos adotantes é confirmar direitos constitucionalmente impostos, como a irrestrita e ampla proteção das crianças e adolescentes; eliminando qualquer distinção entre filhos com diferentes origens; e viabilizando a afirmação de laços afetivos e psicológicos com os menores egressos no novo núcleo familiar, garantindo-se, assim, a efetiva proteção à dignidade do infante

4.6. Projeto de Lei 1974/21 – uma nova perspectiva sobre a parentalidade no Brasil e todos os direitos dela decorrentes

Na tentativa de pacificar essa contenda, atualizando o regramento jurídico às novas formações familiares emergentes na sociedade, bem como objetivando adequá-lo à doutrina da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, que é o titular universal do direito à licença parental, atualmente, tramita na Câmara dos Deputados, o projeto de Lei 1974/21 que trata do instituto da parentalidade no Brasil e de todos os direitos dele decorrentes, como a licença parental. A meta é assegurar que todas as pessoas que compartilhem um vínculo socioafetivo, seja ele de natureza maternal, paternal, adotiva ou qualquer outra forma de responsabilidade para com uma criança ou adolescente, estejam aptas a desempenhar integralmente seu papel legal de cuidador.

Para tanto, o projeto pretende a alteração da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o a Lei Orgânica da Seguridade Social, o Regime Geral da Previdência Social e a Lei da Empresa Cidadã.

Como justificativa do projeto, apontam a formação de novos núcleos familiares não abarcados de proteção legal, como os formados por tios, avós, primos, além da sobrecarga da mulher no cuidado com a criança.

Entre as medidas preconizadas na proposta, figura a alteração de uma das nomenclaturas da Consolidação das Leis do Trabalho para "DA PROTEÇÃO À PARENTALIDADE", em vez da nomenclatura "DA PROTEÇÃO DA MATERNIDADE".¹⁰⁸

O projeto, se aprovado, acabará com a discussão no ordenamento jurídico brasileiro, sobre a diferenciação de licença parental em caso de adoção em razão da idade do adotado, promovendo, desse modo, a garantia de todos os princípios constitucionais expressos no que tange à proteção dos menores, e seus direito à convivência familiar.

Ademais, garantirá a isonomia a todas as formas de família, não importando o sexo do responsável pelo menor, passando a tratar de parentalidade e não mais de maternidade. Para tanto, propõe a alteração das Leis 5.452, de 1º de Maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho), 8112/1990 (Regime Jurídico dos Servidores), 8212/1991 (Lei Orgânica da Seguridade Social), 8213/1991 (Regime Geral da Previdência Social) e 11770/2008 (Empresa Cidadã).

Assim dispõe em seu artigo 3º:

¹⁰⁸[Em linha] [Consult. Em 10 de out. 2022] Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/805331-projeto-institui-licenca-parental-no-brasil/>

“Do salário parentalidade

Art. 3º. O salário parentalidade é o benefício custeado pela Previdência Social pago a quem possua vínculo de parentalidade com a criança recém-nascida.

§ 1º O benefício do salário parentalidade tem duração de 180 (cento e oitenta) dias a contar do dia do nascimento da criança dependente de seus cuidados.

§ 2º **Nos casos de adoção, o benefício do salário-parentalidade tem duração de 180 (cento e oitenta) dias independentemente da idade do adotado.** (grifos nossos)” ¹⁰⁹

A título de exemplo, os artigos da CLT passariam a ter a seguinte redação, no que tange ao tema:

“Art. 392. É obrigatória a concessão de **licença parental** remunerada de 180 (cento e oitenta) dias a partir do nascimento, adoção ou do fato gerador do direito à licença parental para **cada pessoa** de referência da **criança ou do adolescente**, limitada ao máximo de duas pessoas, sem prejuízo do emprego ou salário, para o desempenho da atividade parental.” (grifos nossos)

“Art. 392-A. À **pessoa trabalhadora** que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida **licença parental** nos termos desta Lei.” (grifos nossos) ¹¹⁰

O projeto de lei apresenta, em suas razões, uma aula sobre o tema, e demonstra o descompasso da legislação brasileira com outros ordenamentos jurídicos modernos. Assevera o papel fundamental do reconhecimento do vínculo de parentalidade no desenvolvimento da criança e do adolescente, pois implica no dever do poder público em garantir os direitos que envolvem as condições materiais para que a distribuição do cuidado com essa criança ou adolescente esteja disposta em nossa legislação. Não à toa, a Convenção no 156, a OIT aprovou a Recomendação nº 165 1 , estabelecendo, no item 1 do artigo 22, que “qualquer pai ou mãe deve ter a possibilidade, dentro de um período de tempo, após a licença maternidade, de obter licença (parental), sem renunciar ao emprego e com os direitos resultantes do emprego salvaguardados”. ¹¹¹

Continua salientando a triste realidade brasileira de sobrecarga da mulher em relação ao cuidado da criança, principalmente quando se trata de gestação; quando não, a ausência de reconhecimento de outros tipos de organização familiar referente à criação, desconsiderando o grande contingente de crianças e adolescentes que por vezes são criadas pelos tios, primos e avós. ¹¹²

¹⁰⁹[Em linha] [Consult. Em 10 de out. 2022] Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:camara.deputados:projeto.lei;pl:2021-05-26;1974>

¹¹⁰*Ibidem.*

¹¹¹[Em linha] [Consult. Em 10 de out. 2022] Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:camara.deputados:projeto.lei;pl:2021-05-26;1974>

¹¹²*Ibidem.*

Desse modo, o reconhecimento da parentalidade, toma por princípio o compartilhamento do cuidado atingindo a paridade entre pais e mães e outras pessoas que por essa criança se responsabilizem, garantindo que se construa uma verdadeira rede de apoio comunitário no exercício do cuidado com aqueles que são os mais vulneráveis dessa relação: a criança e o adolescente.

Aponta ainda, que outros países como o Canadá, Dinamarca, Espanha, Finlândia, Islândia, Noruega, Nova Zelândia e Suécia já reconhecem o direito da Licença-parental; contudo, o Brasil segue em atraso com uma ineficiente legislação dos atuais modelos de licença paternidade - que sequer possui lei que a disciplina como indica o art. 7º, XIX, § 1º da Constituição de 1988 - e de licença maternidade - que na prática traduz a ideia de que o dever do cuidado deve ser necessariamente exercido pelas mulheres sem que haja um papel efetivo de outros no cuidado dessa criança ou adolescente.¹¹³

Nesse aspecto, surge a presente proposta com o interesse de garantir que toda criança e todo adolescente tenham direito a ser cuidado por quaisquer pessoas que assim se responsabilizam; para que essas pessoas tenham plenas condições de exercer seu papel de cuidado.¹¹⁴

Nosso desejo, é que a lei seja aprovada o quanto antes, para que não restem mais discussões sobre esse tema de extrema importância para a garantia do direito à convivência familiar aos infantes, promovendo-lhes, efetivamente, uma vida salutar e digna.

¹¹³*Ibidem.*

¹¹⁴[Em linha] [Consult. em 10 de out. 2022]. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242744/lang--pt/index.htm. Acesso em 10/05/2021. Assinado eletronicamente pelo(a) Dep. Sâmia Bomfim e outros Apresentação: 26/05/2021 19:38 - Mesa PL n.1974/2021 LexEdit *CD217650284000*

CAPÍTULO V - Estudo de caso: negativa de gozo de licença parental, em processo de adoção tardia, por adotante que exerce afunção de notária e registradora

Ainda prevalece o entendimento equivocado, no ordenamento jurídico brasileiro, sobre a concessão das licenças, como se tratasse de uma necessidade ao exercício do direito apenas no que diz respeito a cuidados elementares, quando os filhos se encontram na primeira infância. Com esta visão rasa e superficial sobre a parentalidade, adotantes e adotados se veem privados da convivência familiar desde o início da vida juntos.

Com uma visão crítica, o texto tem pretendido dar destaque à ideia que apesar da doutrina de proteção integral ser acolhida no Brasil na década de 1990, o Estado não tem conseguido de maneira satisfatória assegurar os direitos aos infantes.

Anota-se, por oportuno, que em Portugal, como salientado alhures, não existe qualquer discussão acerca deste direito, vez que o Decreto-Lei nº 89/2009, já regulamenta “a proteção na parentalidade, no âmbito da eventualidade maternidade, paternidade e adoção, dos trabalhadores que exercem funções públicas integrados no regime de proteção social”, garantindo o gozo de licença parental aos pais e mães por adoção de crianças e adolescentes. O decreto, em suas considerações iniciais, pondera a necessidade de “garantir os mesmos direitos, procedendo às adaptações tidas por necessárias em face da organização e financiamento próprios”, aos casos de adoção.

Logo, subentende-se que para o Brasil, o caminho é um pouco mais nebuloso no que diz respeito ao direito à licença parental, como tratamos ao longo do presente trabalho, bem como no comprometimento que o Estado tem em garantir inclusive aos servidores públicos, esse acesso ao gozo de forma adequada.

O caminho que o Brasil tenta seguir, ao menos em tese, expõe uma realidade em que as normas são criadas para servir como símbolos de luta, e não efetivamente possuem força vinculante. Demonstra ainda um cenário de insegurança jurídica dentro das inúmeras falhas do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, abre um leque de oportunidade para mazelas sociais, dando margem para que uma criança, que possui tutela da proteção integral, deixe de ter exercido seu direito a convivência familiar em razão de atos discricionários e ilegais.

Como prova da dificuldade em implementar a concessão de licença maternidade aos adotantes, tem-se a autora do presente trabalho que, atuando como Agente Delegada, num Registro Civil de Pessoas Naturais no Estado do Paraná, teve que responder por um Procedimento Administrativo Disciplinar ao tentar usufruir de licença

maternidade, em decorrência da obtenção de Guarda Provisória, para fins de Adoção, de uma adolescente com então, 13 (treze) anos de idade.

O Juiz Corregedor Permanente responsável pela Comarca entendeu por negar a comunicação de afastamento, alegando, dentre outros fatos, a idade da adotanda como impeditivo para a concessão do pleito.

O magistrado, ainda, em suas razões de indeferimento, assentou que agentes delegados não teriam direito a nenhum tipo de licença, sobretudo a licença-maternidade, informando que o pedido da requerente não encontrava respaldo legal.

Sua decisão, uma vez que eivada de antijuridicidade, buscou dar tratamento discriminatório à adotanda e a adotante, justificando-o com a idade da menor, num verdadeiro descompasso com o ordenamento jurídico vigente no Brasil.

Não bastasse a decisão arbitrária, ainda determinou que oficiais de justiça visitassem a Serventia em que a autora é responsável, em dias e horários não pré-determinados, para verificar se estava presente em seu local de trabalho, sob pena de perda da delegação por abandono de função, caso insistisse em se ausentar para o fim do gozo de licença maternidade.

Ainda que haja uma deficiência legislativa no que tange a atividade notarial e registral, seja com relação aos deveres, seja quanto aos direitos dos seus titulares, os direitos e garantias previstos de modo expresso na Carta Magna devem ser garantidos de forma plena, sem qualquer diferenciação, já que se trata de direitos conferidos a todos.

Dessa forma, os Direitos Sociais constitucionalmente garantidos e amplamente consagrados no atual cenário jurídico-social, não são afetos a uma classe específica de profissionais. Estes compõem o rol de direitos fundamentais atinentes a todo ser humano. Como tais, fazem parte do núcleo intangível da Constituição Federal de 1988, caracterizados como cláusulas pétreas a salvo de quaisquer atos que caminhem para seu retrocesso.

Diante desse contexto, os Direitos Sociais são inalienáveis e indisponíveis. Não podem ser suprimidos sob pretextos desarrazoados, como o caso estudado, sob pena de ferir de morte o seu núcleo basilar: a dignidade da pessoa humana.

Ademais, entende-se que a licença maternidade, como foi demonstrada anteriormente, é, ao mesmo tempo, um Direito Social garantido aos genitores – já que seu conceito se expandiu para se adequar à realidade social, sendo concedido também a pais e mães, que se encontrarem na função primordial de tutela de um menor; e, mais ainda, um direito do menor à convivência familiar, à construção de laços afetivos e

adaptação deste à nova família, garantidos através da tutela de proteção integral, dentro da ótica do melhor interesse da criança.

Nesse sentido, tentando evitar situações como esta, decorrentes da lacuna da legislação infraconstitucional, o STF proferiu a decisão em sede de Recurso Extraordinário comentada em tópico próprio, com repercussão geral.

Mas, ainda assim, o juiz corregedor, com sua decisão teratológica, acabou inviabilizando a medida e impedindo o acesso à proteção integral e o melhor interesse da menor, direitos constitucionalmente assegurados.

De igual modo, mesmo sendo contribuinte obrigatória da Seguridade Social, a autora teve seu requerimento junto ao INSS, pleiteando salário-maternidade, negado. Assim, tendo em vista os inúmeros percalços que os adotantes, incluindo os Notários e Registradores, brasileiros encontram quando da tentativa de exercer a parentalidade decorrente da Adoção, temos o presente estudo com o escopo de esclarecer quem é o verdadeiro titular do direito em questão.

Sobre eventuais lacunas de lei, ou descompassos entre a evolução social e a legislação vigente, Guilherme de Oliveira pondera que:

apesar de as normas serem por natureza incompletas – afinal elas foram previstas num certo contexto histórico e visam regular situações típicas e previsíveis – e poderem não ser suficientes para fazer a justiça adequada que o caso reclama, (...) poderá admitir que uma norma avulte no sistema jurídico como a norma hipótese que propõe a solução apropriada.¹¹⁵ Continua dizendo “não é outra coisa que se quer exprimir quando se mencionam as ‘circunstâncias do caso’ e se afirma que ‘cada caso é um caso’; quer dizer-se que cada caso pede uma solução à sua exata medida, e quanto mais o intérprete se aproximar disto mais próximo ficará de produzir um juízo justo, ou seja, adequado ao caso.”¹¹⁶

Nem mesmo a lacuna legislativa justifica a decisão paradigma deste trabalho. A interpretação do processo não pode desconsiderar o efeito do "resultado social da decisão". Cabia ao magistrado uma extensão teleológica de todo o arcabouço jurídico de “modo a valorizar a intenção da lei, e a relevância material específica do caso – a adoção tardia – dando primazia ao interesse da criança, englobando a garantia do seu desenvolvimento integral e do direito à manutenção das suas relações afetivas profundas.”¹¹⁷

Sobre a celeuma, cumpre destacar que a autora recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná pleiteando a reforma da decisão em comento, para ter garantida a

¹¹⁵ OLIVEIRA, Guilherme de. OLIVEIRA, Guilherme de. *Jurisprudência Crítica - A DATA OU A VIDA!* *Op.cit.*

¹¹⁶ *Ibidem.*

¹¹⁷ *Ibidem.*

concessão de sua licença, tendo sido a decisão inicial reformada nesse sentido, fazendo prevalecer a posição do STF sobre o tema.

Para ter garantido o salário-maternidade junto ao INSS, também precisou de processo judicial junto à Justiça Federal para que pudesse receber. Destaque-se que o pedido foi deferido em primeira instância, mas o pagamento ocorreu quase um ano após o pleito inicial.

CONCLUSÃO

Para o Direito das Famílias, a adoção não diz respeito à uma filiação de segunda classe, ou de menor importância que a filiação biológica. Na verdade, trata-se de uma escolha por parte dos adotantes, baseadas em uma cultura de afeto, enquanto o adotado, por sua vez, recebe uma família, um nome, um lar, além da condição de filho.

Essa criança, fruto de um processo de adoção, possui os mesmos direitos e garantias que o filho biológico como alimentos, direitos sucessórios, parentesco, entre outros. Em contrapartida, também lhe é atribuído os mesmos deveres de respeito e obediência em relação aos pais, competindo a estes últimos, os deveres de guarda, educação, criação e fiscalização.

De tudo que fora exposto no presente trabalho, é indiscutível que o melhor interesse da criança deva ser o cerne das ações familiares, sociais e estatais, como forma de promoção da dignidade do infante.

A partir do Estudo da temática sobre Adoção desde o seu surgimento no Brasil e em Portugal, até os dias atuais, com um panorama geral do instituto, foi possível observar os avanços e as transformações através do tempo que marcaram cada fase do processo.

A Adoção ganhou, a partir da década de 1990, contornos juridicamente mais protetivos, sobretudo a partir da doutrina de proteção integral e de melhor interesse da criança

Dessa forma, foi possível compreender por que e como a Adoção tardia, com todas as suas especificidades e exigências, demandam um maior envolvimento por parte dos adotantes, para integração do adolescente no convívio familiar, concatenando com os princípios constitucionais vigentes, tais como a dignidade da pessoa humana, bem como do tratamento isonômico em relação aos outros filhos, sejam naturais ou adotivos de qualquer idade.

Para tanto, buscou-se demonstrar na pesquisa através da análise sobre direitos humanos, direitos fundamentais, colisão de direitos e técnicas de ponderamentos, que o tratamento diferenciado no que diz respeito especificamente à idade do adotante, impacta negativamente a efetivação dos direitos da criança e do adolescente no processo de adoção.

Com efeito, a partir da pesquisa foi possível demonstrar que as conquistas dos Direitos Sociais frutos de um processo de lutas travadas ao longo do avanço social, não podem ser mitigados ou suprimidos, direitos estes aqui representados quando do estudo

da licença parental e salário corresponsivo. Tampouco, essa mitigação não pode variar com a mudança da atividade laborativa que os pais adotantes exerçam, uma vez que fazem parte de um núcleo existencial intangível do ordenamento jurídico vigente.

Por último, foi possível observar de forma explícita que, nos casos de Adoção de modo geral, sobretudo no que diz respeito à tardia, é o melhor interesse do adotando que deve ser analisado, a todo momento, seja na concessão de guarda, seja na concessão de benefícios previdenciários em razão da parentalidade, vez que tais institutos configuram instrumento de garantia à convivência familiar neste novo contexto a que fora submetido. Em outras palavras, a inserção artificial de um adolescente em um núcleo familiar que lhe era estranho até aquele momento, deve ser feita de forma adequada e com todas as cautelas e garantias devidas, para que os seus direitos fundamentais basilares de ser humano sejam observados e efetivados na prática, tendo como norte, a sua dignidade.

Observamos a incapacidade legislativa de acompanhar as mudanças sociais, demandando, nesses casos, ativismo jurídico para viabilizar a materialização de direitos que, embora garantidos constitucionalmente, demandam reinterpretações de institutos já existentes, por se apresentarem sob novas roupagens.

Sob este viés, com as novas leituras e formações familiares, com uma nova perspectiva sob responsabilidade parental, em que sai a figura exclusivamente feminina (cristalizada na mãe como personagem anteriormente único e central), e com a elevação das crianças e adolescentes ao *status* de sujeitos de direitos, passando a ser o centro gravitacional destas relações, insustentável um arcabouço jurídico que ignore esse novo cenário.

A Adoção, como demonstrado, como forma de reinserção de menores em ambientes familiares, deve ser tratada com a profundidade que o tema exige, e com a máxima seriedade.

É cediço que nenhum ordenamento jurídico é capaz de acompanhar as urgências sociais, com alterações legislativas paralelas e concomitantes. É impossível, e também desnecessário, uma vez que temos a hermenêutica jurídica para promover as distorções históricas acaso existentes.

Nestes termos, é imperioso que o operador do Direito, ao enfrentar as questões postas sob o seu crivo, tenha como norte os princípios constitucionais basilares, para que a solução dada seja minimamente razoável, de modo a conferir justiça ao caso concreto. Deve ser feita a ponderação de interesses demonstrando uma maior e mais adequada

tutela jurídica a fim de garantir que os interesses do menor estejam no epicentro das decisões judiciais, de modo a viabilizar a dignidade do indivíduo.

Impedir que uma criança ou adolescente, em processo de guarda provisória ou tutela definitiva de adoção, tenha direito ao convívio com seus novos representantes legais, seja na figura materna ou paterna, significa, na grande maioria das vezes, inviabilizar a manutenção e solidificação desta relação que está em seu gérmen.

Não existem crianças e adolescentes na posição de serem adotadas que não foram quebradas de todas as formas possíveis – física e emocionalmente. Não existem menores nas filas de adoção que não foram vítimas de atrocidades tamanhas, que, na maioria das vezes, os profissionais responsáveis por todas as fases do processo de adoção, sejam assistentes sociais, psicólogos, magistrados, promotores de justiça, defensores públicos, seja o leitor deste texto, sequer seriam capazes de imaginar serem possíveis de ocorrer, e que, provavelmente, se fossem vítimas dos mesmos fatos, quando na infância, não se recuperariam, e não ocupariam, quando adultos, as posições que ocupam agora.

Não foi ao acaso que a nova ordem constitucional alterou o seu escopo e passou a colocar os infantes como destinatários máximos de direitos e garantias impensáveis a tempos não muito distantes. Isso se deu, porque o homem descobriu que é impossível construir uma sociedade desenvolvida, em todos os aspectos, se não garantir que o ser humano seja lapidado desde a sua origem.

Um ser humano quebrado, destruído, não tem utilidade a uma sociedade. Na verdade, representa problemas de toda a sorte, que recaem sobre o poder público e toda a coletividade.

Uma criança que não tem acesso a cuidados básicos de vida como saúde, educação, lazer, afeto desde o seu nascimento, será o adulto doente, desempregado. Será aquele com desvios de caráter e personalidade, presos em redes de prostituição, abuso de álcool, de drogas. Serão os adultos que de tanto viverem à margem da sociedade, naturalmente se “marginalizam” no sentido pejorativo da palavra, passando a ganhar a vida em práticas ilegais.

Cuidar de uma sociedade, verdadeiramente, é tratar as crianças e os adolescentes com o máximo de zelo e cuidado. É garantir políticas públicas efetivas, para evitar que na falência da família, na marginalização social que esteja absorta, esta tenha estrutura e meios suficientes para ter a sua dignidade minimamente garantida.

Quando tratamos da questão específica de adoção de adolescentes, temos que levar em consideração que estamos diante de um ser humano, que, apesar da pouca idade,

traz consigo uma bagagem absurdamente significativa, de traumas, de rupturas, decorrentes do abandono sucessivo da família e da sociedade. Porque quando uma criança e um jovem são institucionalizados, estamos diante da falência de todo o sistema que deveria existir para protegê-la.

A adoção figura, não apenas como um instrumento de tentativa de preservar a dignidade dos infantes, mas talvez seja a mais importante delas, quando estamos diante de tal falência estrutural.

Estimular adoções tardias e conferir meios eficazes para o seu sucesso, deveria ser o objetivo principal do Direito das Famílias, e das políticas públicas de um Estado que pretende se fortalecer como nação.

Neste prisma, a concessão da licença parental, sem qualquer diferenciação, aos adotantes em processo de Adoção tardia, é medida imperiosa, urgente, e absurdamente necessária, para que seja possível garantir a tentativa de restabelecer a dignidade que fora subtraída do infante por aqueles que deveriam tê-la preservado. E assim, talvez, como uma colcha de retalhos, a nova família tenha a oportunidade de costurar e remendar essa alma dilacerada, e tentar conferir um ambiente propício para que, no futuro, a felicidade possa vir a fazer morada. Se ela virá? Não sabemos. Mas é certo que sem essa última tentativa, todos pagaremos a conta pelos filhos numerosos que foram abandonados pelo caminho – pelos pais, pelas mães, por mim, por vós.

REFERÊNCIAS

1. FONTES DOCUMENTAIS

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, 2007.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. **Diário Oficial da União Seção 1** (11/01/02).

BRASIL. Projeto de Lei Federal do senado Nº 143, DE 2016.

BRASIL. Superior Tribunal da Justiça. **Resp nº 878.941-DF**. Reconhecimento de filiação. Ação declaratória de nulidade. Inexistência derelação sanguínea entre as partes. Irrelevância diante do vínculo socioafetivo. Recurso Especial da 3ª. Turma do STJ. Relator: Ministra Nancy Andrighi. 2007. [Em linha] [Consult. 29 Nov. 2021] Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200600862840&dt_publicacao=17/09/2007

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, de 02 de abril. Lisboa: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6809-1.

CONSTITUIÇÃO Federal da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988, Seção 1.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948. [Em linha] [Consult. 20 Out. 2021] Disponível em <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>

DECRETO-LEI n.º 91/2009, Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas - Lei n.º 35/2014, de 20 de junho. [Em linha] Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/diario-republica/70-2009-130047>

DECRETO-LEI n.º 120/98 de 8 de Maio. [Em linha] Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=557&tabela=leis&solo_miolo=

DECRETO-LEI n.º 131/95, de 06 de junho. Código de Registo Civil. Diário do Governo

DECRETO-LEI n.º 47344/66, de 25 de Novembro. Código Civil. **Diário do Governo I Série**, N.º 274 (25-11-66), p. 1883 – 2086.

Despacho conjunto dos Ministros da Justiça e da Solidariedade e Segurança Social, de 18 de Março de 1997, publicado no Diário da República n.º 92/1997, Série II, de 19 de Abril de 1997. [Em linha] Disponível em: <https://files.diariodarepublica.pt/gratuitos/2s/1997/04/2S092A0000S00.pdf>

DIBGE, Censo 2000 [Em linha] [Consult. 01 Nov. 2021]. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/administracao-publica-e-participacao-politica/9663-censo-demografico-2000.html?=&t=downloads.>

LEI n.º 35/2014, de 20 de junho. [Em linha] Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/35-2014-25676932>

LEI de Protecção de Crianças e Jovens em perigo: lei n.º 147/99, de 01 de Setembro, e alterada pela Lei n.º 26/2018, de 05 de julho Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=545&tabela=leis

Projeto de Lei Federal nº 1974/21, [Em linha] [Consult. Em 10 de out. 2022] Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2284867>

UNICEF – Convenção sobre os direitos da criança. Adoptada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990. [Em linha] [Consult. 20 Out. 2021] Disponível em: http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.Pdf

2. BIBLIOGRAFIA

2.1 – GERAL

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito do Genoma Humano** –Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Universidade Autónoma de Lisboa. Coimbra: Almedina. 2016

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Patrimônio Genético** – Dissertação de Mestrado em Ciências - Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Almedina. 2006 reimpressão de 1998.

BARROS, Sérgio Resende de. **A ideologia do Afeto**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese. IBDFAM, v.4, n.14, p.9, jul/set.2002.4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 27.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais**. Anais. Belo Horizonte: IBDFAM : Del Rey, 2004, p. 149.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. ISBN: 8502053744.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004. ISBN: 8589490068

FACHIN, Melina Girardi. - **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e prática na cultura da tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. ISBN: 9788571477131

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, vol. XVI, 2003, p. 144.

MACHADO, R. N., Féres-Carneiro, T., & Magalhães, A. S. **Parentalidade adotiva: contextualizando a escolha**. Psico, 46(4), 2015, p. 442-451.

MACIEL, Kátia. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, ISBN: 9788502090330.

NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo: a relevância da vontade na configuração do seu regime.** Coimbra:Ed. Coimbra, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil VI.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p. 336.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2018.

2.2 – ESPECÍFICA

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Temas atuais de direito de família.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

AMADO, João Leal. **Manual de Direito do Trabalho.** Coimbra: Coimbra Editora, 2019.

AMARAL, Francisco do. **Direito civil:** Introdução. 6. ed. rev., atual. e aum. De acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMIN, A. R. **Doutrina da proteção integral.** In: MACIEL, K. (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

AMIM, I. D., & Menandro, P. R. M. **Preferências por características do futuro filho adotivo: manifestadas por pretendentes à adoção.** Interação em Psicologia, *11*(2), 2007, p. 41-252.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 73.

BARROSO, Luís Alberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo.** A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BASTO, M. E. **Da roda dos expostos à adoção nos nossos dias.** CongressoEuropeu da Adopção (pp. 21-24). Lisboa: Ed. Centro de Estudos Judiciários, 1995.

BEVILÁQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil.** 6. ed. atual. por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1953.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito Civil na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.

BITTAR, Eduardo. **O direito na pós-modernidade**. Revista Sequência UFSC. Ed. 57, 2010, p. 298.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. 2.^a ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2008.

CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mônica Martinez de – **Lições de Direito de Família**. Reimp. da 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 9789724064932.

CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS. **Nós – Estudos sobre o Direito das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Vol. I. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra. Almedina, 2003.

CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.42.

COELHO, Francisco Pereira/Guilherme DE OLIVEIRA, **Curso de Direito da Família**, Volume II, Tomo I, Coimbra Editora, 2006.

DE CUPIS, A. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 46.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. v. 3. 2008, p. 581

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 9. ed. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

FACHIN, Luiz Edson. *apud*. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, direito de família. 9. ed. rev. .atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. - **Elementos críticos de direito de família**. Rio de Janeiro: Renova, 1999.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho e da Segurança Social**. 17ª ed., Almedina, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família**/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 9.ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, 1999.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LADVOCAT, C. **Guia de adoção: no jurídico, no social, no psicológico e na família: Campo clínico da prevenção na adoção** (p.149-157). São Paulo, 2014.

LEITE, Jorge. **Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2014.

LENZA, Pedro. - **Direito Constitucional Esquematizado**. 16.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-16128-3.

LEPORE, Paulo Eduardo. et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA, Vanessa Figueiredo. **Adoção de Crianças por Casais Homoafetivos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. ISBN 978-85-519-1423-6

LÔBO, Paulo – **Direito Civil: famílias**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 9788502662697-3.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 7^a Edição. Lisboa: Almedina, 2015.

MIRANDA, Jorge. – **Direitos fundamentais** – 2^a ed. (Manuais universitários). Coimbra: Edições Almedina, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996. T. 1.

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

NUNES, L. N. B. T. Incapacidade: uma questão de proteção à pessoa humana. **Revista do Instituto dos Advogados**, São Paulo, ano 9, n.18, p.170-186, jul.-dez. 2006.

OLIVEIRA, Guilherme de. Jurisprudência Crítica - **A DATA OU A VIDA!** Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família - Ano 18 - n.º 35 - 2021 Publicação Semestral.

OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de direito da família: direito da filiação - estabelecimento da filiação, adoção**. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. v.2, t. I.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OTUKA, L. K., Scorsolini-Comin, F., & Santos, M. A. **Adoção suficientemente boa: experiência de um casal com filhos biológicos.** Psicologia: Teoria e Pesquisa, 28(1), 2012, p. 55-63.

PEITER, C. **Adoção, vínculos e rupturas: do abrigo à família adotiva.** São Paulo, SP: Zagodoni, 2011.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **Direito da Família e das Sucessões.** Volume I, Lisboa, ADFDL, 2007.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da família contemporâneo.** 6ª Edição. AAFDL Editora; Lisboa, 2019.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral.** 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2020.

_____. **Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais.** 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2021.

_____. **Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas.** 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2019.

_____. **Tratado de Direito do Trabalho, Parte IV – Contratos e Regimes Especiais.** Coimbra: Almedina, 2019.

RAMIÃO. Tomé d' Almeida. **A Adopção – Regime Jurídico Atual.** Jurisprudência e legislação conexa: Lisboa: 2ª ed. Quid Juris, 2007. SÁ, Eduardo; SOTTOMAYOR, Maria Clara Pereira de Souza Santiago, ROSINHA,

Isabel; CUNHA, Maria João. **Abandono e Adopção.** Coimbra: Almedina, 2005.

SALVATERRA, Fernanda e VERÍSSIMO, Manuela. - **A adopção: o Direito e os afectos. Caracterização das famílias adoptivas no Distrito de Lisboa.** In *Análise Psicológica*, v. 26, n. 3, 2008, p. 502.

SARLET, I. W. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação dos interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil 1: Lei de introdução e parte geral**. Prefácio Maria Helena Diniz. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Flávio – **Manual de direito civil: volume único**. 6.ed.rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. ISBN 978-85-309-6764-2.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil- constitucional brasileiro**. Temas de direito civil. Tomos I. Rio de Janeiro:Renovar, 2004.

TOMÉ, Maria Rosa. **A Cidadania Infantil na Primeira República e a Tutoria da Infância. A Tutoria de Coimbra e do Refúgio Anexo**. Revista de História da Sociedade e da Cultura. Vol. 10, 2010, p. 481-500.

VARGAS, M. M. **Adoção tardia: da família sonhada à família possível**. ed. 2ª. São Paulo, SP: Casa do Psicólogo. 2013.

VILLELA, João Baptista. - **As novas relações de família. XV Conferência da OAB – Anais**, Foz do Iguaçu: 1994.

WEBER, Lídia Natália. D. **Aspectos psicológicos da adoção**. Curitiba: Juruá, 1999.

WEBER, L. N. D. &Kossobudzki, L. H. M. **Filhos da Solidão: institucionalização, abandono e adoção**. Curitiba: Governo do Estado do Paraná. 1996

WEBER, Lídia Natália. D. **Laços de ternura: pesquisas e histórias de adoção**. Curitiba: Juruá, 1995.

WEBER, Lídia. **Pais e filhos por adoção no Brasil**. Curitiba: Juruá editora, 2001.

ZORNIG, S. M. A. **As teorias sexuais infantis na atualidade: algumas reflexões**. Psicologia em Estudo, 13(1), 2008, p. 73-77.

2.2.1. Internet

CONSELHO da Justiça Federal disponibiliza mais 125 enunciados. Consultor Jurídico, 12 nov. 2006. [Em linha] [Consult. 10 Ag. 2021] Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-nov-12/cjf_disponibiliza_125_enunciados_jornada

KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. - **Princípio da dignidade da pessoa humana**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&a .

Projeto institui licença parental no Brasil. Texto garante os mesmos direitos a mães e pais ou a qualquer pessoa que seja a referência da criança ou do adolescente. 13/09/2021. Fonte: Agência Câmara de Notícias. [Em linha] [Consult. Em 10 de out. 2022] Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/805331-projeto-institui-licenca-parental-no-brasil/>

2.2.2. Jurisprudência

Acórdão da Relação de Coimbra de 22-05-2007. Proc. 12/99.5TBACB-A.C1. Relator: Artur Dias. [Em linha] [Acesso em 10/12/2021]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 29-03-2011. 649/07.0TBMGL-B.C1. Relator: JACINTO MECA. [Em linha] [Acesso em 10/12/2021]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, datado de 19-05-2016. Proc. 1491/15.0T8PTM.E1, Relator Assunção Raimundo. [Em linha] [Acesso em 10/12/2021]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, datado de 06 de Dezembro de 2007, (Proc. 2145/07-1), Relator: Gouveia Barros. [Em linha] [Acesso em 10/12/2021]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24-06-2010. Proc. 80/09.3TMPDL.L1-6. Relatora Fátima Galante. [Em linha] [Acesso em 10/12/2021]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 23/04/2009, 11162.03.5TMSNT.A.L1-1. Relator: Manuel Gonçalves. [Em linha] [Acesso em 10/12/2021]. Disponível em <http://www.dgsi.pt>