

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE DE DIREITO – NÚCLEO DE NOVA CRUZ**

MURILO DE MACÊDO BARBOSA

**ADOÇÃO À BRASILEIRA E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE:
A BUSCA PELO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.**

NOVA CRUZ – RN

2017

MURILO DE MACÊDO BARBOSA

**ADOÇÃO À BRASILEIRA E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE:
A BUSCA PELO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA**

Artigo científico apresentado à disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso – II, do curso de Direito como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN.

ORIENTADORA: Prof.^a Dra. Maria Audenora das Neves Silva Martins.

NOVA CRUZ – RN

2017

MURILO DE MACÊDO BARBOSA

**ADOÇÃO À BRASILEIRA E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE:
A BUSCA PELO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA**

Artigo científico apresentado à disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso – II, do curso de Direito como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dra. Maria Audenora das Neves Silva Martins
Orientadora
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN

Prof^ª. Ma. Marlusa Ferreira Dias Xavier
Membro
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN

Prof^ª. Ma. Marília Ferreira da Silva Freitas
Externo
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN

ADOÇÃO À BRASILEIRA E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: A BUSCA PELO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

Murilo de Macêdo Barbosa¹

RESUMO: Os primeiros registros da adoção à brasileira advêm do Código Civil de 1916 o qual deixava implícito que o adotado não integrava a família do adotante. Com o advento da Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, crianças e adolescentes passaram a ser reconhecidos como pessoas em formação e sujeitos de direitos, os quais necessitam da proteção do Estado com vistas à garantia dos direitos fundamentais, entre os quais se destaca o direito à convivência na família natural ou extensiva e, excepcionalmente, na família substituta. Nesse contexto, a adoção à brasileira foi reconhecida como uma prática ilegal, tanto na esfera penal quanto na esfera civil com consequências jurídicas para o adotante e implicações sociais para o adotado. Todavia, a Lei Nacional de Adoção estabeleceu a primazia do vínculo afetivo sobre o biológico, desde que seja para consagrar o melhor interesse do adotado.

PALAVRAS-CHAVES: Direito; Adoção à brasileira; princípios constitucionais; afetividade; interesse da criança.

ABSTRACT: The first records of the Brazilian adoption came from the Civil Code of 1916 which implied that the adoptee was not part of the adopter's family. With the advent of the 1988 Constitution and the Statute of the Child and Adolescent, children and adolescents are now recognized as persons in training and subjects of rights, who need the protection of the State with a view to guaranteeing fundamental rights, including the right to live in the natural or extended family and, exceptionally, in the surrogate family, is highlighted. In this context, Brazilian adoption was recognized as an illegal practice, both in the criminal sphere and in the civil sphere with legal consequences for the adopter and social implications for the adoptee. However, the National Adoption Law established the primacy of the affective bond over the biological, provided that it is to consecrate the best interest of the adoptee.

Keywords: Brazilian adoption; Constitutional principles; affectivity; interest of the child.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Rio Grande do Norte (UERN)

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Aspectos gerais da adoção no Brasil; 3. Evolução da adoção no ordenamento jurídico brasileiro; 4. Processo de adoção; 5. Adoção à brasileira; 6. Princípios constitucionais que asseguram a primazia do vínculo afetivo na adoção à brasileira; 7. Entendimento doutrinário e jurisprudencial da adoção à brasileira; 8. Considerações finais; Referências bibliográficas.

1. Introdução

A escolha do tema proposto deu-se pela grande relevância no meio jurídico e social. No primeiro, por trazer à tona questão que suscita grande divergência em definir o regime jurídico a ser empregado, do Código Penal ou dos princípios aplicáveis ao Direito de família. Isso por que a adoção à brasileira constitui crime e, ao mesmo tempo, a família é, como diz a Constituição, o núcleo social mais importante, sendo por conseguinte a base para o desenvolvimento psicossocial do ser humano.

Diante da abrangência do tema, motiva-se para investigar o embasamento jurídico do processo de adoção à brasileira. Por isso, a metodologia empregada na realização do trabalho será, primordialmente, bibliográfica doutrinária e jurisprudencial, pautada no método jurídico-interpretativo.

Nesse sentido, o trabalho se desenvolverá sob a perspectiva da adoção à brasileira. Intenta demonstrar que a principal diferença entre esta espécie de adoção e as outras é o fato do adotante não obedecer a “fila” existente no Cadastro Nacional de Adoção e, por conseguinte, não realizar o estágio de convivência familiar que deve ser acompanhado, em todas as etapas, pelo Poder Judiciário.

Outra particularidade da adoção à brasileira é o fato do adotante registrar ilegalmente filho de outrem como se fosse seu filho biológico. Tal conduta tipifica o crime previsto no art. 242 do Código Penal, resultando não só na privação de liberdade como também poderá ensejar nulidade do registro do menor.

Todavia, deve-se verificar que a essência da adoção está prevista na Constituição como direito fundamental a convivência familiar. É neste sentido que o Estado, através do Poder Judiciário, deve analisar a legalidade da adoção à brasileira e definir o que é melhor para criança.

Para facilitar a compreensão do tema, a pesquisa irá examinar a seguinte hipótese: na adoção à brasileira, o adotado deve continuar com a família substituta ou ser destinado à tutela do Estado? Observa-se que, neste caso, a criança será destinada a um abrigo e terá que permanecer neste ambiente até que o Poder Público encontre uma família adequada que possa efetivar a adoção.

Para responder a essa indagação, deve-se levar em consideração as consequências traumáticas sofridas pelas crianças que estão a espera de uma família e, neste sentido, analisar os princípios constitucionais que assegurem à criança, ao adolescente e ao jovem absoluta prioridade na concretização de direitos fundamentais.

O trabalho visa oferecer subsídios que possam contribuir para preservação do melhor interesse do adotado que, segundo a legislação, se dá através da afetividade alicerçada na convivência familiar. Logo na ponderação de valores aplicados ao instituto da adoção deve está bem definido aquilo que deve prevalecer: a verdade socioafetiva sobre a verdade biológica.

Deste modo, objetiva-se pesquisar a ocorrência da adoção à brasileira no contexto da legislação nacional aplicáveis ao instituto. Para isso, é imprescindível identificar o entendimento doutrinário sobre o tema e a postura do judiciário diante do julgamento do caso concreto.

Neste sentido, o trabalho enfatizará a apresentação genérica do conteúdo, expondo as definições doutrinárias e a classificação da adoção quanto à natureza jurídica. Além disso, abordará os vários estágios de amadurecimento da legislação quanto à questão da adoção no Brasil, priorizando as questões atinentes à adoção à brasileira.

Em seguida, dar-se-á destaque ao processo de adoção idealizado pelo legislador brasileiro e, ao mesmo tempo, irá procurar expor as contradições que ocorrem na prática forense; culminando com a apresentação das particularidades do processo de adoção à brasileira.

A pesquisa também suscitará vários julgados dos tribunais superiores que trazem a solução mais adequada para o processo de adoção à brasileira, todas fundamentadas nos princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família, destacando-se a dignidade da pessoa humana, a convivência familiar, a afetividade e o melhor interesse da criança.

2. Aspectos gerais da adoção

A adoção tem um percurso extenso na história das civilizações e durante muito tempo existia uma crença que ela se fundamentava em um ato de caridade ao próximo. No entanto, atualmente, tem-se como premissas da adoção o princípio da solidariedade, reciprocidade, e, sobretudo, o afeto e o melhor interesse da criança.

Nesse cenário, diante da relevância social e intensas discussões que o tema suscita, em vários setores sociais brasileiros, faz-se importante debruçarmo-nos sobre as bases dogmáticas, legais e jurisprudências do instituto da adoção, especialmente sobre a adoção à brasileira.

Segundo Pereira, “A adoção é ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”². Para Miranda, “Adoção é ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação fictícia de paternidade e filiação”³. Maria Helena Diniz afirma que:

A adoção é ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece independente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha⁴.

Por fim, a definição de Rubens Limongi França que mais se adequa a existência de vínculo de afetividade entre adotante e adotado. Para o jurista a adoção: “[...] é um instituto de proteção à personalidade, em que essa proteção se leva a efeito através do estabelecimento, entre duas pessoas – o adotante e o protegido adotado – de um vínculo civil de paternidade (ou maternidade) e de filiação”⁵.

Maria Helena Diniz acrescenta que em decorrência da adoção se estabelece uma nova família para o adotado, com todos os direitos e deveres da família biológica, assim vejamos:

A adoção é, portanto, um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre adotante, ou adotantes, e o adotado um liame legal de paternidade e filiação civil. Tal posição de filho será definitiva ou irrevogável, para todos os efeitos legais,

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5, p.392.

³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. III, p. 177.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5, p.483.

⁵ LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2, p. 310.

uma vez que desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais de sangue, criando verdadeiros laços de parentesco entre o adotado e a família do adotante⁶.

Aprofundando o estudo da adoção, deve-se atentar para a sua natureza jurídica. Pelas definições supracitadas, não resta dúvida que a adoção trata-se de um ato jurídico, tendo em vista a exigência de intervenção obrigatória do poder jurisdicional. Deste modo, ressalta-se os ensinamentos do mestre Paulo Lôbo, ele explica que a adoção é um ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, pois depende de decisão judicial para provir seus efeitos⁷.

Para concretização da adoção é necessário a manifestação de vontade do adotante, o consentimento dos pais ou representantes e se o adotado tiver mais de 12 anos, terá que concordar com o ato. Percebe-se que a adoção para ser um ato válido e eficaz precisa do ânimo dos agentes envolvidos. Por isso, define-se a natureza da adoção como ato jurídico.

Além da manifestação de vontade, a legislação passou a exigir sentença constitutiva, independente da idade do adotando o qual já pode até ter atingido a capacidade civil, porém o processo de adoção só poderá ser realizado por meio de sentença judicial. Neste caso, não há dúvida que a adoção não pode ser realizada por escritura pública. O Enunciado n 272 CJF/STJ confirma tal entendimento. “Não é admitida em nosso ordenamento jurídico a adoção por ato extrajudicial, sendo indispensável à atuação jurisdicional, inclusive para adoção de maiores de dezoito anos”⁸

À luz desse prisma, comunga-se com França por descrever a adoção a partir do seu caráter humanitário de valorização da personalidade, onde adotante e adotado se adotam para compartilhar do sentimento de amor recíproco e respeito mútuo, ou seja, a adoção é reconhecidamente ato jurídico consolidado na relação de afeto entre as pessoas.

3. Evolução da adoção no ordenamento jurídico brasileiro

O instituto da adoção sofreu inúmeras alterações, ocasionadas pela atualização da legislação brasileira que tratava sobre o tema. O Código Civil de 1916 foi o primeiro diploma legal que disciplinou o instituto e tinha como base os princípios romanos, uma vez que a adoção destinava-se à continuidade da família. Por essa razão, ela só era permitida aos

⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro**: direito de família 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5, p.484.

⁷ LÔBO, Paulo. **Família**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 248.

⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. v.5, p. 1157.

maiores de cinquenta anos sem prole legítima ou legitimada⁹. Além disso, o adotante deveria ser dezoito anos mais velho que o adotado. Desta feita, percebe-se que a adoção era concebida tão somente para atender aos interesses dos adotantes¹⁰. Para Gonçalves:

[...] a adoção disciplinada no Código de 1916 não integrava o adotado, totalmente, na nova família. [...] essa situação pouco satisfatória, pela qual os adotantes se viam frequentemente na contingência de perfilharem o filho adotivo com a família biológica, deu origem à prática ilegal de casais registrarem filho alheio como próprio, realizando um simulacro da adoção, denominada pela jurisprudência “adoção simulada” ou “adoção à brasileira”¹¹.

Com a entrada em vigor do Código de Menores em 1979, efetivou-se a distinção da adoção de adultos e menores, a primeira prevista no Código Civil e a segunda regida pelo próprio Código de Menores, sendo esta subdividida em adoção plena ou estatutária (rompia todos os vínculos com a família biológica) e adoção simples, civil ou restritiva (não rompia vínculo com a família biológica).

Com a redemocratização do Brasil, em meado da década de 80, os movimentos populares que clamavam por dignidade e valorização da pessoa humana ganhavam força dentro da classe política a qual seria responsável para aprovar um novo texto constitucional. É neste contexto que se dá a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que ficou conhecida como “Constituição Cidadã”; a qual logo no capítulo VII, intitulado direitos sociais, ressalta a proteção à maternidade, à infância e assistência aos desamparados.

A Carta Magna do Brasil foi bem enfática ao tratar da tutela da criança e do adolescente. Responsabilizou solidariamente a família, a sociedade e o Estado, de assegurar, com absoluta prioridade os direitos fundamentais da criança e do adolescente, enumerados no art. 227. Além disso, traçou os princípios basilares da adoção nos § 5º e 6º do citado artigo, assim vejamos:

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

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.6, p. 242.

¹⁰ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 203.

¹¹ GONÇALVE, op. cit. p. 243.

§ 5º A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação¹².

A Constituição Federal estabeleceu nova roupagem para o Direito de Família, pois assegurou com absoluta prioridade a valorização do vínculo afetivo em oposição ao vínculo patrimonial da sociedade patriarcal. Na visão do legislador constituinte, a família é a base da sociedade e, neste sentido, torna-se imprescindível adequar às normas e princípios constitucionais ao fortalecimento das relações pessoais no seio de uma família.

Em conformidade com a Constituição de 1988, surge a lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, que revogou o antigo Código de Menores. A nova lei endossa que a adoção deve ser regida pelo princípio do melhor interesse da criança e somente será admitida se houver efetivo benefício para o adotando. Além disso, o adotado passa a gozar dos mesmos direitos dos filhos biológicos, sem qualquer restrição.

O Estatuto inovou ao reconhecer a criança e adolescente como sujeito de direito que necessita da proteção do Estado para garantir o pleno desenvolvimento. Ao tratar da adoção, determina que a escolha da família substituta seja apreciada preponderantemente pela relação de afetividade.

Pouco tempo depois, veio à promulgação do novo Código Civil de 2002 o qual pouco alterou o processo de adoção, porém o novo diploma trouxe a unificação da adoção, deixava de existir a diferença entre adoção plena e adoção simples, sendo todas as adoções regidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Além disso, passou a exigir efetiva participação do poder público, uma vez que a adoção atribui situação de filho ao adotado, rompendo-se completamente todos os laços com os pais biológicos, salvo os impedimentos matrimoniais.

Por fim, em 03 de agosto de 2009, foi promulgada a Lei nº 12.010, conhecida como Lei Nacional de Adoção ou Lei da Adoção. Para Gonçalves, “[...] a referida lei introduziu inúmeras alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente e revogou expressamente 10 artigos do Código Civil concernentes à adoção (arts. 1620 a 1629), dando nova roupagem a

¹² BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso 27 de julho 2017.

outros dois (arts. 1618 e 1619)”¹³. Tartuce descreve que adoção nunca teve no Brasil uma estabilidade legislativa consolidada, o que se espera ocorrer com a novel legislação¹⁴.

Nos termos da nova lei, a adoção passou a ser considerada como medida excepcional e irrevogável, devendo ocorrer em último caso, depois de esgotado, todas as possibilidades de manutenção na família natural ou extensa (art.25 e art.39, § 1º, do ECA), assim vejamos:

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade casal, formada por parênteses próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Art.39, § 1º. A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta lei¹⁵.

Pela nova lei foi criado o Cadastro Nacional de Adoção, no qual se insere o registro dos pretendentes à adoção, bem como de todas as crianças aptas para serem adotadas. Esse procedimento ocorre de forma unificada em todo o Brasil, ou seja, o cadastro acarreta a formação de duas “filas” para adoção, uma dos pretendentes e outra de menores disponíveis para adoção.

A lei 12.010/90 acabou com a celeuma da maioria civil, uma vez que o Estatuto da Criança considerava que podia adotar os maiores de 18 anos, porém o Código Civil afirmava que a adoção só poderia ser efetivada aos maiores de 21 anos. A nova redação do art. 42 dispõe que a idade mínima é de 18 anos, pois se trata de um ato jurídico que exige capacidade civil.

O estado civil e o sexo não influem na capacidade ativa de adoção, admitindo-se até a adoção singular (aquela realizada por somente uma pessoa) e por casais homoafetivos. Por outro lado, a adoção conjunta só será admitida por pessoas que sejam casadas civilmente ou mantenham união estável.

O Estatuto e o Código Civil de 2002 não admitiram, literalmente, a possibilidade da adoção por duas pessoas do mesmo sexo (não existe previsão legal para união

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.6, p. 244.

¹⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. v.5, p. 1151.

¹⁵ BRASIL. Lei Federal Nº 8069, de 13 de julho de 1990. ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, 1990. Disponível em:< <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 07 de agosto de 2017.

homoafetiva, como espécie de união estável). Não obstante, já vem sendo reconhecida a possibilidade de adoção por casais formados por integrante do mesmo sexo, desde que tal união possa ser reconhecida como entidade familiar, com características próprias (estabilidade, ostensibilidade e traços afetivos sólidos)¹⁶.

Outra inovação trazida pela lei é a possibilidade de assistência para as mães que entregam seu filho para adoção as quais, por falta de informação, pensam que estão cometendo crime. O resultado lógico do desconhecimento é o estímulo a situações irregulares que compromete a vida da criança.

A Lei Nacional de Adoção reconhece os adotandos como sujeitos de direito e, por isso, os maiores de 12 anos devem ser consultados para saber se concordam com o processo de adoção. Além disso, os irmãos devem ser adotados por uma mesma família, ou seja, prioritariamente, não poderão ser separados.

Por fim, a adoção realizada por pessoas que moram fora do Brasil (brasileiro ou estrangeiro), também conhecida como adoção internacional, só ocorrerá em último caso, depois de esgotadas todas as possibilidades de adoção por famílias que moram no Brasil.

As mudanças introduzidas pela nova lei, com as adequações no Estatuto da Criança e do Adolescente, visam agilizar a adoção e o rápido retorno às suas famílias das crianças que estejam em programa de atendimento familiar ou institucional¹⁷. Mas, por outro lado, o poder público não pode abrir mão de certas exigências que permitam ao magistrado selecionar a família mais adequada que vise preservar o interesse do adotado.

O legislador definiu alguns critérios (objetivos e subjetivos) que devem ser observados pelos pretendentes a adoção: a) idoneidade moral; b) motivo legítimo que se traduz no desejo familiar; c) reais motivos para os adotados; d) idade mínima de 18 anos, ressalvando-se a diferença de 16 anos de idade entre adotante e adotado; e) consentimento dos pais biológicos ou representantes, salvo se já destituído do poder familiar, ou os pais forem desconhecidos; f) precedência de estágio de convivência no prazo que o juiz determinar, com a função de verificar a compatibilidade entre adotante e adotado; g) prévio cadastramento.

Assim, fica visível que a adoção vem, historicamente, acompanhando as demandas da sociedade civil, haja vista jurisprudências favoráveis à adoção de crianças por casais

¹⁶ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 207

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.6, p.245.

homoafetivos, desde que tal união possa ser reconhecida como entidade familiar. Por outro lado, percebe-se que a lei é extremamente cautelosa na seleção das pessoas aptas para adotar.

4. O processo de adoção

O processo de adoção se inicia quando os candidatos procuram o poder judiciário e formalizam o pedido de adoção, através do preenchimento do formulário para cadastro junto à vara da Infância e da Juventude. Em caso de deferimento, o pretendente será convocado para preenchimento do perfil adotivo no Cadastro Nacional de Adoção (CNA)¹⁸.

É por meio do CNA que os pretendentes definem as características das crianças que pretendem adotar. Via de regra, os adotante preferem meninas, com até 6 meses de idade e que tenham cor da pele branca¹⁹, todavia, as consequências lógicas dessas restrições impostas é o alongamento no tempo que os pretendentes permanecerão na “fila” a espera da criança ideal.

Crianças e adolescentes também devem ser inscritos no CNA para que seja possível a aproximação entre os pretendentes e os menores disponíveis para adoção. Realizada essa aproximação inicia-se o estágio de convivência com o adotado, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

O estágio de convivência é obrigatório, mas poderá ser dispensado se já houve tutela ou guarda do adotante durante tempo necessário para formação de vínculo familiar afetivo. É neste período que teremos o acompanhamento da adoção por técnicos judiciários (assistente social e psicólogo) que irão realizar visitas domiciliares e elaborar relatórios que forneceram ao magistrado dados que ele necessita para avaliar a convivência familiar. Para Silvio Rodrigues:

[...] a finalidade do estágio de convivência é comprovar a compatibilidade entre as partes e a probabilidade de sucesso na adoção. Daí determinar a lei a sua dispensa, quando o adotando já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a convivência da constituição do vínculo²⁰.

Após o estágio de convivência familiar, a anuência do Ministério Público e o parecer favorável da equipe técnica, o magistrado estará convencido para tomar sua decisão e

¹⁸OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. **Adoção**: Aspectos Jurídicos, práticos e efetivos. 2.ed. São Paulo. Mundo jurídico, 2017. p.45.

¹⁹Ibidem. p. 62.

²⁰RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28. ed. São Paulo. Saraiva, 2004. p. 345.

fundamentar a sua sentença, determinando a expedição de nova certidão de nascimento que comprovará o rompimento do vínculo com a família biológica.

Até agora, a descrição do processo de adoção foi feita como idealizado pelos legisladores, porém não se encontra tanta perfeição quando se tem conhecimento da forma que a adoção ocorre Brasil afora. Percebe-se que é comum o poder judiciário flexibilizar a legislação para encontrar a solução mais viável para o caso concreto, aquela que preserve o melhor interesse da criança. Neste sentido, FERRAZ afirma:

[...] destaca problemas estruturais no poder judiciário que inviabilizam o rápido atendimento. Para ele os profissionais trabalham com escassez de material e acima do limite de sua capacidade de atendimento. Muitas vezes, por atuarem em todas as etapas da rotina da infância e da juventude, eles acabam tendo que eleger prioridade no atendimento, e que certamente corresponde à retirada de crianças e adolescente em situação de risco²¹.

Os problemas enfrentados no processo de adoção não se limitam ao judiciário, pois, quando alguma mãe está disposta a dar seu filho em adoção surgem interessados que tomam conhecimentos do fato antes que a notícia chegue até às autoridades competentes²².

Temos ainda casos de pais que desejam entregar seu filho para adoção, pois se justificando no direito de serem pais biológicos podem escolher os pais adotivos para os filhos. Esse tipo de procedimento é denominado: adoção *intuitu personae* ou adoção pronta. Como o próprio nome revela não há inscrição de adotante e adotando no CNA, por consequência, não obedecem a “fila” de adoção. GRANATO:

[...] afirma que tem conhecimento de caso de casal, já cadastrado em um domicílio, onde não aceita adoção “*intuitu personae*”, que transferiu residência de cidade e de trabalho para outra comarca, onde era possível a adoção direta, para poder adotar a criança que já estava na sua companhia, com fortes vínculos, impossíveis de serem rompidos sem grande sofrimento para todos²³.

Outro tipo de adoção que geralmente é aceita pelo poder judiciário é a que está baseada no vínculo preexistente. Essa adoção possibilita que crianças ou adolescentes sejam

²¹ OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. **Adoção**: Aspectos Jurídicos, práticos e efetivos. 2.ed. São Paulo. Mundo jurídico, 2017. p. 74.

²² GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. In: SCHETTINI FILHO, Luiz; SCHETTINI, Suzana Sofia Moeller (Orgs). **Adoção**: Os vários lados dessa história. Recife: Bagaço, 2006. p. 51.

²³ Ibidem. p.52.

adotados por pessoas que lhe são conhecidas, com as quais já possui estreitos laços afetivos, de modo que dificilmente existe risco de devolução²⁴.

Além dessas, a possibilidade de adoção por casais homossexuais, que não tem previsão legal, foi consolidada quando, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 reconheceram a legalidade da união estável para casais do mesmo sexo.

Esses casos acima transcritos são importantes para percebermos que não existe um procedimento único, pronto e acabado para o processo de adoção. O dinamismo da vida, aliado a capacidade que as pessoas têm para inovar e defender seus próprios interesses dificulta a atuação do poder judiciário para estabelecer um procedimento padrão que traga estabilidade jurídica para o processo de adoção.

Na verdade, a adoção no Brasil tem um arcabouço legalista desenvolvido, porém a sociedade e o Poder Judiciário ainda não se encontram preparados para fazer cumprir a lei, ou seja, faltam políticas públicas que estrutrem a adoção dentro dos parâmetros estabelecidos pela legislação. Por isso, as pessoas são influenciadas a buscar novos caminhos para adotar.

5. Adoção à brasileira

Adoção à brasileira é a denominação utilizada pela jurisprudência para definir o ato de registrar filho alheio como próprio. A nomenclatura utilizada o faz associar ao ditado popular “jeitinho brasileiro” o qual é entendido como uma forma de minimizar o excesso de burocracia.

Na prática, a adoção à brasileira ocorre com mais frequência quando os pais biológicos conhecem um casal, com condição econômica estável, e que pretende adotar um filho e por confiarem no adotante, decidem entregar seu filho para que este casal registre como seu. A outra forma muito recorrente transcorre quando uma mãe solteira passa a conviver em união estável e o seu companheiro registra o filho dela como seu descendente.

Estabelece a Lei nº 6.015/73 que o registro deve ser efetivado dentro do prazo de 15 dias, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no local da residência dos pais, bastando que o pai ou a mãe compareça ao cartório e declare o nascimento. Este documento faz público o

²⁴OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. **Adoção**: Aspectos Jurídicos, práticos e efetivos. 2.ed. São Paulo. Mundo jurídico, 2017. p. 52.

nascimento, tornando-o inquestionável. Pela facilidade do registro, o declarante ou os declarantes são movidos por intuito generoso e elevado de integrar a criança à sua família como se a tivessem gerado. Contrariamente à lei, a sociedade não repele tal conduta²⁵.

A validade do registro só pode ser impugnada nas hipóteses de erro e falsidade. No caso de adoção à brasileira ocorre falsidade que se caracteriza por declaração espontânea contrária à verdade do fato, ou seja, para que a falsidade de concretize é necessário a vontade que é o elemento subjetivo essencial para existência do ato jurídico e a inverdade da declaração.

O ato de registrar filho de outro como próprio é considerado ilegal. É um instituto cujos efeitos balizam os dois âmbitos da esfera jurídica, importando na penal a tipificação do chamado crime contra o estado de filiação e na cível, destaca-se a hipótese que vai de encontro à segurança e eficácia dos atos jurídicos²⁶. Para LÔBO:

A “adoção à brasileira”, fundada no “crime nobre” da falsificação do registro de nascimento, é fato social amplamente aprovado, por suas razões solidárias. Todavia, a intenção dolosa tal como o rapto de criança, não pode ser enquadrada nessa espécie, pois o móvel não é a solidariedade e a afetividade, mas a satisfação egoística²⁷.

Diferentes motivos podem levar as pessoas a cometerem esse ilícito, destaca-se como principal o excesso de formalidade existente no processo de adoção. Os pretendentes desejam esquivar-se de um processo judicial por medo de não conseguir a adoção e, pior ainda, de lhe ser tomada a criança, sob o pretexto de se atender a outros pretendentes há mais tempo na “fila”, ou melhor, qualificados²⁸.

Maria Berenice Dias resume o excesso de formalidade prevista na Lei Nacional de Adoção: “a chamada Lei da Adoção, em vez de agilizar o processo de adoção e reduzir o

²⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 250.

²⁶ ALBUQUERQUE, Fabiola Santos. Adoção à brasileira e a verdade do registro civil. In: Família e dignidade humana: V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira (org.) São Paulo: IOB, 2006. p.1.

²⁷ LÔBO, op. cit. p. 250.

²⁸ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. In: SCHETTINI FILHO, Luiz; SCHETTINI, Suzana Sofia Moeller (Orgs). **Adoção: Os vários lados dessa história**. Recife: Bagaço, 2006. p.66.

tempo de crianças e adolescentes institucionalizados, acabou impondo mais entraves para sua concessão. E, ao invés de esvaziar os abrigos, certamente, vai é esvaziar a adoção”²⁹.

Outro ponto a ser analisado é o ambiente que a criança deve permanecer enquanto não encontra uma família adequada para realizar sua adoção. Não existe abrigo suficiente para alojar as crianças abandonadas e as condições do que estão ativos são precárias. Além disso, esse ambiente deve ter caráter transitório, para não configurar mais um local de abandono.

Infelizmente, os menores abandonados que são destinados a abrigos terão que suportar rotinas diárias de disciplina que pouco se assemelham a convivência familiar, uma vez que a dinâmica institucional aprisiona a criança e não a protege da angústia de, mais tarde, enfrentar o mundo externo, que se lhe afigura misterioso e desconhecido³⁰.

[...] a institucionalização acarreta mais danos que benefícios para a maioria das crianças internas devido ao predomínio das seguintes características negativas ao desenvolvimento do ser humano: impossibilidade de interação com o mundo exterior e conseqüente limitação da convivência social; invariabilidade do ambiente físico, do grupo de parceiros e das autoridades; planejamento das atividades externas à criança, com ênfase na rotina e na ordem; vigilância contínua; ênfase na submissão, silêncio e falta de autonomia. As conseqüências negativas deste processo – tanto para indivíduo como para sociedade – surgem dos graves e irreversíveis efeitos exercidos pela institucionalização sobre os afetados. Com efeito, a criança interna desenvolve uma autoestima extremamente baixa, caracterizada por uma imagem negativa de si mesma, o que interfere no desenvolvimento normal das relações interpessoais. A inserção desta criança fica extremamente limitada (PILOTTI & RIZZINI, apud WEBER 2004, p. 36)³¹.

Um ponto decisivo que incentiva a adoção à brasileira é a preferência por recém-nascido, pois minimiza os efeitos da adoção através da simulação de que os filhos adotivos são realmente filhos naturais. Além disso, existe forte preconceito com as crianças que convivem em abrigo, uma vez que os adotantes acreditam que elas herdarão resquício de rebeldia.

Assim, é nítido que a preferência pela adoção à brasileira seria a forma mais simples para acabar com toda incerteza existente durante o processo de adoção. Por outro lado, percebe-se que o Estado não atende de forma satisfatória as necessidades das crianças e

²⁹DIAS, Maria Berenice. Artigo: esvaziar os abrigos ou esvaziar a adoção? Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/uploads/2_-_esvaziar_os_abrigos_ou_esvaziar_a_ado% E7% E3o.pdf> Acesso em: 10 out. 2017.

³⁰CUNEO, Mônica. **Abrigamento prolongado**: os filhos do esquecimento. Rio de Janeiro: IBRAPE, 2007, p.68.

³¹WEBER, Lídia Natália Dobrienskyj. **Laços de ternura**: pesquisas e história de adoção. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2004.

adolescentes que precisam de abrigo. Neste contexto, o operador do direito deve ponderar o que seria menos traumático ao adotado.

O certo é que a legislação consolida o caráter ilegal da adoção à brasileira e este fato não pode deixar de ser levado em consideração, pois diante da incerteza, as relações afetivas ficam extremamente comprometidas. Vejamos o que GRANATO descreve:

[...] a primeira delas é que o registro é nulo e, como tal, a qualquer momento pode ser declarado. Dessa forma, adotante e adotado estarão expostos permanentemente a uma mudança radical em suas vidas, se for descoberto o falso e se anular o registro. Além do mais, não terão os adotantes proteção integral, na hipótese de os pais naturais desejarem ter o filho de volta³².

Uma consequência lógica para este tipo de adoção é medo de que as mães biológicas se arrependam e queiram seu filho de volta, mediante exame de comprovação da paternidade, isso gera instabilidade nas relações familiares e desestabiliza os laços de afeto, amor, companheirismo e carinho que devem ser fortalecidos com a convivência; uma vez que este tipo de adoção não goza da estabilidade dada à adoção legal.

Outra implicação relevante que acarreta a adoção à brasileira é a consumação do crime previsto no art. 242 do Código Penal Brasileiro, Vejamos as explicações de PRADO sobre o artigo em análise:

O delito de falsidade ideológica da art. 299, do CP é absorvido pelo delito de registro de filho alheio como próprio, conforme o critério de consumação. Esta segunda figura (referindo-se à conduta de registrar o filho de outrem como próprio) foi introduzida pela lei 6.898/1981, que conferiu ao artigo 242 nova redação. De fato, anteriormente à edição da mencionada lei, muitos casais recorriam à denominada “adoção à brasileira”, isto é, deixavam de adotar uma criança preferindo registrá-la como sendo seu filho. Tal conduta configurava o delito insculpido no art. 299, parágrafo único (falsidade ideológica em assentamento do Registro Civil), do Código Penal. Todavia, a jurisprudência firmava-se pela ausência de tipificação do fato quando praticada a conduta com motivo nobre, já que ausente o fim “prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante” (elemento subjetivo do injusto). Apesar do propósito inicial de beneficiar os autores daqueles registros, a alteração trazida pela lei 6.898/1981 não mais permite o reconhecimento da atipicidade da conduta, mas sim aplicação da forma privilegiada ou a extinção da punibilidade pelo perdão judicial desde que praticado o delito por motivo de reconhecida nobreza³³.

³²GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. In: SCHETTINI FILHO, Luiz; SCHETTINI, Suzana Sofia Moeller (Orgs). **Adoção**: Os vários lados dessa história. Recife: Bagaço, 2006. p. 66.

³³PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte Especial. 9. ed. revista atual e ampliada. 2º. Vol., p. 754-755.

A adoção à brasileira deve ser severamente repudiada, nos casos em que ocorrem com fins lucrativos, nesta situação, os adotados são equiparados a mercadorias. Esse fato remete ao tempo da escravidão, onde os “negros” não eram tratados como pessoas, não possuíam direito, ou seja, a morte de um escravo significava a perda de um bem de valor.

Por outro lado, a própria lei reconhece que a figura privilegiada para os casos que o crime é cometido por motivo de reconhecida nobreza, podendo o juiz, inclusive, deixar de aplicar a pena, ocorrendo o perdão judicial. Percebe-se, através de uma interpretação literal do dispositivo, que o legislador priorizou a convivência familiar em benefício do melhor interesse do adotado.

Sávio Bittencourt descreve perfeitamente o que deve ser observado para verificar a legalidade ou ilegalidade da adoção, assim vejamos:

O filho adotivo é uma dádiva: um ser que o pai adotivo não poderia nunca ter gerado, por advir biologicamente de outros cromossomos, mas que permite que ele destine a jazida de afeto que estava ociosa em seu peito. Na verdade só os filhos adotivos são amados. Mesmo os filhos biológicos são adotados por seus pais biológicos, quando há amor e cuidado. O psicólogo Luiz Schittini Filho costuma dizer que todo filho é biológico e adotivo: biológico porque é o único meio de se vir ao mundo e adotivo por que precisa ser amado, amparado e criado. Assim, para crescer com segurança emocional todo ser humano precisa ser adotado. Daí inexistir nenhuma distinção entre a filiação biológica e adotiva, em relação ao amor que se sente. O amor é adotivo. Se há amor, è caso de adoção³⁴.

Nessa perspectiva, destaca-se que a adoção à brasileira, que ocorre no interesse da criança, deve ser preservada, uma vez que é menos danoso ao desenvolvimento do menor o qual já se encontra fragilizado pela situação de abandono. Ao mesmo tempo, deve prevalecer o gesto de nobreza do adotante.

6. Princípios constitucionais que assegurem a primazia do vínculo afetivo na adoção à brasileira

A adoção tem sua essência na necessidade de convivência familiar. As pessoas precisam ter um lar, onde possam se sentir seguras, acolhidas, amada, respeitadas; um ambiente que a prepare para a vida, um local que frutifique as relações sociais. Este lugar não tem endereço, não tem tamanho, porém é habitado por pessoas que sobram afeto uma pelas outras e que é denominada família. Para Lôbo:

³⁴ BITTENCOURT, Sávio. **A Nova lei de adoção. do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária**. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 156.

A família sofreu profundas mudanças, sobretudo após o advento do estado social. No plano Constitucional, o Estado antes ausente passou a se interessar de forma clara pelas relações de família em suas várias manifestações sociais. [...] a proteção do Estado à família é, hoje, princípio universal aceito e adotado nas Constituições da maioria dos países, independente do sistema político ou ideológico³⁵.

Um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos³⁶. Segundo Miguel Reale, “os princípios são enunciados normativos de valor genético, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico em sua aplicação integral ou mesmo para elaboração de novas normas”³⁷.

Lôbo completa o entendimento:

[...] como se vê, os princípios não oferecem solução única (tudo ou nada), segundo o modelo das regras. Sua força radica nessa aparente fragilidade, pois, sem mudança ou revogação de normas jurídicas, permitem adaptação do direito à evolução de valores da sociedade. Com efeito, o mesmo princípio, observando-se a catálogo das decisões nos casos concretos, em cada momento histórico, vai tendo seu conteúdo amoldado, em permanente processo de adaptação e transformação. A estabilidade jurídica não sai comprometida, uma vez que esse processo de adaptação contínua evita a obsolescência tão frequente das regras jurídicas, antes o advento de novos valores sociais³⁸.

Não resta dúvida que a Constituição de 1988, em seu art. 227, consagrou vários princípios fundamentais relacionados ao Direito da Família, mas para limitar-se aos objetivos pretendidos neste trabalho se destaca os mais importantes para o processo de adoção à brasileira, dentre os quais: o princípio da dignidade da pessoa humana, convivência familiar, o princípio da afetividade e o princípio do melhor interesse da criança.

O princípio da dignidade da pessoa humana é muito invocado no Direito, todavia não se chegou a uma definição precisa deste princípio. Os operadores do direito o invocam para justificar o direito à vida, à liberdade, à convivência familiar e assim por diante. Kant deu importante contribuição para se entender o que é dignidade da pessoa humana. Em suas palavras ele diz que “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando”

³⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.17.

³⁶ Ibidem. p. 57.

³⁷ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

³⁸ LÔBO, op. cit. p.59.

uma coisa está acima de todo preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade³⁹.

Na perspectiva da adoção, o primordial é entender que a criança é um sujeito de direito que possui dignidade e que a família deve ser constituída para satisfação do interesse da criança. Lôbo, assim explica: “A família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros”⁴⁰.

O princípio da convivência familiar consagra o direito da criança e do adolescente de ser criado no seio de sua família natural e, excepcionalmente, numa família substituta. A efetivação deste princípio deriva da total dependência psicossocial que o ser humano possui nos primeiros anos de vida. Após um lapso temporal de familiaridade, as pessoas desenvolvem vínculos afetivos que se rompido acarreta problemas emocionais no ser humano. Nesta perspectiva Lôbo explica:

A convivência familiar duradoura transforma a “adoção à brasileira” em posse de estado de filho, que é espécie do gênero estado de filiação, que independente do fato originário da falsidade ou não da declaração. Bastam para a posse do estado de filho o nome, o tratamento e a reputação que são consolidados na convivência familiar duradoura. Assim a posse do estado de filho convalida a declaração e o respectivo registro de nascimento, que não mais pode ser cancelado, podendo valer-se o filho de ação declaratória dessa relação jurídica, inclusive incidental, para obstar ação que vise à invalidação ou desconstituição do registro⁴¹.

O princípio da afetividade, implícito na Constituição Federal de 88, é o que fundamenta a vida familiar na sociedade moderna, uma vez que a legislação superou a concepção de família como formada a partir da realização do casamento, ou seja, para se ter uma família era preciso casar, mesmo que este matrimônio fosse “arranjado” e não existisse sentimentos entre os cônjuges.

Atualmente, o conceito de família está vinculado à afetividade. Isso faz surgir outras organizações familiares, como a família informal, a família monoparental e a família substituta a qual se deve ater para entender como a doutrina jurídica brasileira tem aplicado o princípio da afetividade, através da primazia do estado de filiação, independente da origem biológica ou não biológica.

³⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986, p. 77.

⁴⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 62.

⁴¹ *Ibidem*. p. 251.

O art. 1593 do Código Civil enuncia regra geral que contempla o princípio da efetividade, ao estabelecer que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Essa regra impede que o poder judiciário apenas considere como verdade real a biológica. Assim, os laços de parentesco na família (incluindo a filiação), sejam eles consanguíneo ou de outra origem, têm a mesma dignidade e são regidos pelo princípio da efetividade. [...] a força determinante da efetividade, como elemento nuclear da efetiva estabilidade das relações familiares de qualquer natureza, nos dias atuais, torna relativa e, às vezes, desnecessária a intervenção do legislador. A efetividade é o indicador das melhores soluções para os conflitos familiares⁴².

O princípio do melhor interesse da criança visa garantir com absoluta prioridade os direitos daqueles que se encontra em situação fragilizada. Não é tarefa simples definir o melhor interesse da criança no processo de adoção, porém é compreensível que, nem sempre, a família biológica possui o ambiente mais adequado para o desenvolvimento do infante/juvenil.

Atender a perspectiva do melhor interesse implica na proteção integral que a família, a sociedade e o Estado devem reservar para consolidar as necessidades mínimas que crianças e adolescentes precisam quando se encontram em situação de instabilidade familiar. LÔBO assim afirma:

[...] o princípio do melhor interesse ilumina a investigação das paternidades e filiações socioafetivas. A criança é o protagonista principal, na atualidade. No passado recente, em havendo conflito, a aplicação do direito era mobilizada para os interesses dos pais, sendo a criança mero objeto da decisão. O juiz deve sempre, na colisão da verdade biológica com a verdade socioafetiva, apurar qual delas contempla o melhor interesse dos filhos, em cada caso, tendo em conta a pessoa em formação⁴³.

No processo de adoção à brasileira, o princípio em estudo deve ser determinante para a solução do caso concreto, pois é na ponderação da afetividade familiar “versus” aplicação da legislação que o Judiciário decidirá o que será menos danoso para o desenvolvimento psicossocial do adotado.

O entrelace dos princípios que alicerçam o instituto da adoção dará sustentação para que ela ocorra de forma menos traumática para o adotando, pois a falta de oportunidade contribui para a formação de um indivíduo sem perspectiva e, sem dúvida, irá refletir na sua vida adulta, desenvolvendo distúrbios psicológicos, envolvendo-se na criminalidade, transmitindo os mesmos valores para seus descendentes, dentre outros.

⁴² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 72 - 73.

⁴³ *Ibidem*. p. 76.

Por consequência disso, percebe-se que a adoção é um fato social que necessita da intervenção do Estado para minimizar as drásticas consequências que possam acarretar ao ser humano, porém problemas sociais não se resolvem somente com edição de lei. É preciso a concretização de políticas públicas que possam viabilizar a aplicação da legislação. Vejamos a explanação de Maria Berenice Dias:

É absolutamente equivocado a prestígio que se empresta à família natural, quando se busca manter, a qualquer preço, o vínculo biológico, na vã tentativa de manter os filhos sobre a guarda dos pais ou dos parênteses que constituem a chamada família estendida. Essas infrutíferas tentativas fazem com que as crianças, ao serem rejeitadas por seus pais e parêntese, acumulem sucessivas perdas e terrível sentimento de abandono que trazem severas sequelas psicológicas. Somente depois de vencida esta etapa é que tem início a destituição do poder familiar. Finalizando o processo, que por vezes demora anos, é que finalmente ocorre inscrição no cadastro de adoção, permanecendo a criança institucionalizada às vezes por muitos anos. Neste percurso ela perde sua infância, período mais significativo para o sadio desenvolvimento e a construção da própria identidade⁴⁴.

A adoção à brasileira não deixa de ser, mais uma alternativa para o custoso processo de adoção, viabilizando a colocação do abandonado em uma família substituta o qual terá oportunidade de devolver credibilidade à instituição familiar, tão importante para desenvolvimento social.

7. Entendimento doutrinário e jurisprudencial da adoção á brasileira

A análise dos princípios Constitucionais aplicados ao direito de família tem sido bastante salutar nas decisões judiciais, sobretudo, na ponderação de valores entre a paternidade biológica e a verdade socioafetiva, uma vez que no caso de adoção à brasileira, é comum que pais ou filhos solicitem exame de DNA para comprovar a negativa da paternidade, por ocasião de desentendimento familiar.

A convivência familiar constrói vínculos afetivos que não podem ser desfeitos por uma sentença, uma vez que os sentimentos que movem o ser humano são incomensuráveis. Portanto, o tempo de relacionamento entre as pessoas é um forte indicativo de que afetividade estará aflorada.

Flavio Tartuce afirma que a paternidade socioafetiva vem sendo reconhecida nas decisões dos tribunais, para tanto transcreve alguns julgados com os quais está filiado:

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. Artigo: adoção e o direito constitucional à convivência familiar. Disponível em: <<http://mariaberenice.com.br/uploads/ado%27%20e%20o%20direito%20constitucional%20conviv%20familiar.pdf>>. Acesso em: 10 agosto 2014.

[...] Investigação de paternidade. Prova hematológica. Paternidade biológica reconhecida por exame de DNA. Criança, todavia, registrada anteriormente pelo companheiro de sua mãe. Paternidade socioafetiva ou adoção à brasileira configurada. Prevalhecimento desta última pois a filha está perfeitamente integrada a família formada pela genitora biológica e o pai socioafetivo. Inconveniência para a criança em prol de que existem normas de proteção de seu desenvolvimento socioafetivo, de se alterar o registro de nascimento da filha, com a observância do procedimento determinado pelo art. 47, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso provido em parte para esse fim. (TJSP, Apelação 369958-4/8-00, Novo Horizonte, 9ª Câmara de Direito Privado, 31.01.2006, Rel. Des. João Carlos Garcia, v. u., Voto 9.975)⁴⁵.

[...] Negatória de paternidade. Adoção à brasileira. Confronto entre a verdade biológica e a socioafetiva. Tutela da dignidade da pessoa humana. Procedência. Decisão reformada. 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na estreita de entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da adoção à brasileira (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se dele filho fosse) e que perdura por quase quarente anos, há de prevalecer a solução que melhor tutela a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular adoção à brasileira, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas ao contrário, por critério meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado. (TJPR, Apelação Cível 0108417-9, de Curitiba, 2ª Vara de família, DJ 04.02.2002, Rel. Accácio Cambi)⁴⁶.

[...] Ação negatória de paternidade. Adoção à brasileira. Paternidade socioafetiva. O registro de nascimento realizado com ânimo nobre de reconhecer a paternidade socioafetiva não merece ser anulada, nem deixado de se reconhecer o direito do filho assim registrado. (TJRS, 00502131 NOR-PROC7003587250, 21.03.2002, 8ª Câmara Cível, Rel. Rui Portanova, origem Rio Grande)⁴⁷.

Percebe-se pelos julgados acima transcritos que negar a filiação substituta e alegar que foi por que ela não ocorreu nos moldes que a lei assegura, depois de transcorrido extenso lapso temporal, seria um regresso ao processo de adoção nos moldes do Código Civil de 1916, onde o adotado não era considerado sujeito de direito e membro da nova família.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, verifica-se que a anulação do registro de um filho adotado, mesmo tratando-se de adoção à brasileira, negará o caráter de irreversibilidade do instituto, ou seja, a prole só será filho enquanto for conveniente para os genitores. Todavia,

⁴⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. v. 5, p. 1059.

⁴⁶ *Ibidem*. p. 1191.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 1191.

cada caso terá sua particularidade que deverá ser analisada minuciosamente pelo magistrado o qual deverá estar imbuído de encontrar a solução que preserve o interesse do adotado. LÔBO enfatiza a decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto.

Os efeitos da adoção à brasileira também têm sido reconhecidos pelo STJ, na linha que defendemos. No REsp 1.088.157, o tribunal decidiu que, em “ se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai adotante busque a nulidade do registro de nascimento quando ainda não tiver sido construído o vínculo de socioafetividade com o adotado”. Negou-se, então, a invalidade do registro, porque já teria havido a formação da paternidade socioafetiva. O Tribunal de origem entendera, acertadamente, que o reconhecimento espontâneo da paternidade daquele que, mesmo sabendo não ser o genitor biológico, registrou como seu filho de outrem, constitui verdadeira adoção. No caso, a filiação foi consolidada por mais de 35 anos, e, após o falecimento do pai, sua viúva pretendeu desconstituir o registro⁴⁸.

Corroborando com esse entendimento, GONÇALVES descreve a decisão de 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça, assim vejamos:

[...] a maternidade socioafetiva deve ser reconhecida, mesmo na hipótese da chamada “adoção à brasileira”, em que criança recém-nascida foi registrada como filha do adotante. Segundo a decisão, se a atitude da mãe foi uma manifestação livre de vontade, sem vício de consentimento e não havendo prova de má-fé, a filiação socioafetiva, ainda que em descompasso com a verdade biológica, deve prevalecer, como mais uma forma de proteção à criança. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea – com base no afeto – deve ter guarida no Direito de Família, como os demais vínculos de filiação⁴⁹.

As controvérsias na adoção à brasileira não se limitam a decisão de anular ou não o registro do adotado, pois nos casos em que se entende que o melhor interesse do adotando é sua manutenção na família substituta; como deve ser resolvida a questão na esfera penal, já que o fato constitui crime descrito no art. 242 do Código Penal. Lôbo ressalta o perdão judicial no caso de reconhecida nobreza.

Apesar de ter sido comprovada a autoria e a materialidade do delito capitulada no art.242 do CP, há de se reconhecer, em favor dos réus o perdão judicial, após regular decreto condenatório, se estes agiram imbuídos de reconhecida nobreza, assim entendida a situação de apego sentimental ao recém-nascido, que junto deles vivia desde o nascimento, por ser filho legítimo da mulher e levando-se em conta, ainda, o fato de que o verdadeiro pai não efetuou o registro naquela ocasião, por se encontrar foragido da Polícia em outro estado (AP. Crim. 000.173.599-2/00)⁵⁰.

⁴⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 253.

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.6, p. 244.

⁵⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 253.

Vale ressaltar que o art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua que a adoção só pode ser efetivada se houver legítimo interesse ao adotado. Compreende-se que esta é uma regra geral que não admite exceção; logo na adoção à brasileira este preceito não pode ser desconsiderado, uma vez que a prioridade é a proteção ao menor.

Dessa forma, se o pedido da anulação do registro, no caso de adoção à brasileira, for formulado no interesse do adotado, o que deve prevalecer? O doutrinador TARTUCE frisa a seguinte decisão:

[...] é possível o reconhecimento da paternidade biológica e a anulação do registro de nascimento na hipótese em que pleiteados pelo filho adotado conforme prática conhecida como “adoção à brasileira”. A paternidade biológica traz em si responsabilidade que lhe são intrínsecas e que, somente em situações excepcionais, previstas em lei, podem ser afastadas. O direito da pessoa ao reconhecimento como “adoção à brasileira”, ao contrário da adoção legal, não tem aptidão de romper os vínculos civis entre o filho e os pais biológicos, que devem ser restabelecido sempre que o filho manifestar o seu desejo de desfazer o liame jurídico advindo do registro ilegalmente levado a efeito, restaurando-se, por conseguinte, todos os consectários legais da paternidade biológica, como os registrais, os patrimoniais e os hereditários. Dessa forma, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos dos filhos resultantes da filiação biológica, não podendo, nesse sentido, haver equiparação entre “adoção à brasileira” e a adoção regular. Ademais, embora a “adoção à brasileira”, muitas vezes, não denote torpeza de quem a pratica, pode ela ser instrumental de diversos ilícitos, como os relacionados ao tráfico internacional de crianças, além de poder não refletir o melhor interesse do menor. Precedente citado: REsp 833.712-RS, DJ 4/6/2007 (STJ, REsp 1.167.993/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.12.2012)⁵¹.

Neste sentido, verifica-se que a “adoção à brasileira” é um tema de grande divergência doutrinária e jurisprudencial que precisa ser aprofundado, pois o que está em debate é a formação da personalidade da pessoa humana a qual irá refletir na qualidade de vida da sociedade, uma vez que a falta de perspectiva de crianças e adolescentes acarreta os mais graves problemas psicossociais.

Enfim, não há dúvida que no processo de adoção deve prevalecer o direito da criança de convivência familiar. Desta forma, entende-se que a adoção à brasileira só poderá ser admitida se estiver consolidada nos princípios constitucionais que assegurem todos os direitos fundamentais inerentes ao ser humano.

8. Considerações finais

⁵¹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. v. 5, p. 1067.

Analisar a adoção à brasileira dentro do ordenamento jurídico nacional não é tarefa fácil, pois os sentimentos que movem os relacionamentos pessoais são reconhecidamente íntimos de cada ser humano. Neste sentido, fica perceptível qual é o principal obstáculo no processo de adoção à brasileira.

A pesquisa contribuiu para enfatizar o lado positivo da adoção à brasileira, uma vez que não se tem dúvida que qualquer das formas de adoção deve ser realizada primordialmente no interesse do adotado, por isso, enfatiza-se que no processo de adoção, as questões jurídicas não podem estar desvinculadas das questões psicossociais.

Diante do exposto, verifica-se que examinar a adoção à brasileira exclusivamente sobre o prisma legalista é equiparar a atividade jurisdicional a um trabalho mecânico, desenvolvido por uma simples máquina, que não reconhecem as pessoas como sujeitos de direito.

Todavia, não se pode esquecer que a adoção à brasileira é uma denominação jurisprudencial, ou seja, os órgãos jurisdicionais reconhecem o caráter de adoção existente na prática de registrar filho alheio como próprio, ou seja, a ilegalidade não tem o condão de eliminar o caráter afetivo da adoção.

Nessa lógica, percebe-se que instituto da adoção é uma prática antiga que sofreu várias alterações no decorrer da história do Brasil, mesmo assim, ainda não se atingiu um ponto que estimule a adoção legal; as consequências imediatas deste fato é a procura por meios alternativos que facilitem uma adoção simples e rápida, desta feita, destaca-se a adoção à brasileira.

Neste sentido, o trabalho alerta para desburocratização no processo de adoção, bem com, a prática de políticas públicas que possam elucidar os trâmites legais exigidos pela legislação para que a adoção se materialize de forma correta, tendo como garantia constitucional o direito à convivência familiar.

Além disso, o trabalho se fundamentou nas diretrizes da Lei Nacional de Adoção com a finalidade de delimitar a importância da estabilidade nas relações familiares, principalmente, para crianças e adolescentes, pois são seres humanos em formação.

Por todo o exposto, examina-se que mesmo configurado a adoção à brasileira, mas se esta ocorreu no interesse do adotado haverá a possibilidade de ser empregado o perdão

judicial e o magistrado poderá deixar de aplicar a pena, porém esta privilegiadora é uma faculdade que dependerá da análise judicial do caso concreto.

Deste modo, se verifica que a pesquisa contribuirá para aprofundar os debates jurídicos que têm por fim determinado a solução do conflito acarretado pela adoção à brasileira, visto que, esta questão, atualmente, é resolvida com a ponderação do vínculo afetivo versus o vínculo biológico, porém não é matéria sedimentada no Direito.

Mesmo assim, a pesquisa revelou a precedência do vínculo afetivo, uma vez que os resultados ora expostos estão adequados com a garantia de proteção aos direitos fundamentais da criança e adolescente, consubstanciado na doutrina do melhor interesse do adotando.

Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Fabiola Santos. **Adoção à brasileira e a verdade do registro civil**. In: família e dignidade humana: V Congresso Brasileiro de Direito de família. Rodrigo da Cunha Pereira (Org.) São Paulo: IOB, 2006.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Lei Federal Nº 8069, de 13 de julho de 1990. ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>.

CUNEO, Mônica. **Abrigamento prolongado: os filhos do esquecimento**. Rio de Janeiro: IBRAPE, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Artigo: adoção e o direito constitucional à convivência familiar. <<http://mariaberenice.com.br/uploads/ado%20e%20o%20direito%20constitucional%20conviv%20ancia%20familiar.pdf>>.

DIAS, Maria Berenice. Artigo: esvaziar os abrigos ou esvaziar a adoção? Disponível em: <[http://mariaberenice.com.br/uploads/2_-_esvaziar os abrigos ou esvaziar a adoção.pdf](http://mariaberenice.com.br/uploads/2_-_esvaziar%20os%20abrigos%20ou%20esvaziar%20a%20ado%20ao.pdf)>.

BITTENCOURT, Sávio. **A Nova lei de adoção. do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária**. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v.6.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. In: SCHETTINI FILHO, Luiz; SCHETTINI, Suzana Sofia Moeller (Orgs). **Adoção: Os vários lados dessa história**. Recife: Bagaço, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.

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

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947.

OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. **Adoção: Aspectos Jurídicos, práticos e efetivos**. 2.ed. São Paulo. Mundo jurídico, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte Especial. 9. ed. revista atual e ampliada. 2º. Vol.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Atualização de Tânia Pereira da Silva. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28. ed. São Paulo. Saraiva, 2004.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. v.6.

WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. **Laços de ternura: pesquisas e história de adoção**. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2004.