

FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM – FDCI

VINÍCIUS MIRANDA TASSINARI

**ADOÇÃO À BRASILEIRA**

CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM

2017

VINÍCIUS MIRANDA TASSINARI

## **ADOÇÃO À BRASILEIRA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel, Curso de Direito, Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim.

Prof. Marcela Machado Ferri Bernardes.

CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM

2017

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à Deus, pela saúde e disposição que me permitiu a realização deste trabalho.

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

A minha orientadora Marcela Machado Ferri Bernardes, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas correções e incentivos.

Aos meus pais, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

## RESUMO

Adoção é a ação jurídica que cria, entre duas pessoas, uma relação unimoda, que resulta da paternidade e filiação legalizada, é um ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha, mas mais do que uma ação jurídica, é um ato de sentimento. Por criação legal, é concebida a paternidade, em que o titular de uma adoção é o legítimo pai, proporcionando os efeitos da filiação natural. Efetuada a adoção, o adotado passa a ser efetivamente filho dos adotantes, em caráter irrevogável e de forma plena. A Constituição Federal de 1988, art. 227, §6º, iguala os filhos adotivos aos de sangue, havidos ou não da relação do casamento. O ECA permite a adoção de qualquer menor, incondicionado de sua condição, visando sua segurança e bem-estar, principalmente se os seus direitos sofrerem ameaças ou violações. Uma das medidas de salvaguarda é o encaminhamento desse menor em família substituta. Como já dito, a adoção é irrevogável. Entretanto, se houverem maus tratos por parte dos adotantes os mesmos poderão ser exonerados do pátrio poder, como ocorreria se fossem os pais de sangue. No Brasil, é habitual um tipo de adoção, que é chamado de "adoção à brasileira" que se baseia em registrar uma criança em nome dos adotantes, sem o devido processo legal. Apesar da boa intenção esse ato prossegue sendo considerado crime e, portanto, merece ser estudado mais profundamente. Este tipo de adoção será melhor estudado ao longo deste trabalho, pois ainda é uma prática utilizada por casais brasileiros para fugir das filas de adoção, ou até mesmo, poder escolher a criança que irá ser adotada. É um tema ainda polêmico que, sem sombra de dúvidas, diz respeito a um dos aspectos mais delicados das relações familiares que é a adoção.

**Palavras-chave:** Direito de Família. Adoção. Adoção irregular. Relação socioafetiva. Filiação.

## ABSTRACT

Adoption is the legal action that creates between two people, a unimodal relationship, resulting from legalized fatherhood and sonship, is a solemn legal act by which one receives in his family as a child, her strange person, but more that legal action is an act of feeling. By creating legal paternity is designed, in that the holder of an adoption is the legal parent, providing the effects of natural filiation. Made the adoption, the adoptee becomes actually the child of the adopters, on an irrevocable and fully. The Federal Constitution of 1988, art. 227, § 6, equal to the adopted children Blood, existent or not the relationship of marriage. The ACE allows the adoption of any minor, his unconditioned condition, aiming at their safety and well-being, especially if their rights were threatened or violations. One of the measures is the routing of substituting smaller family, this being one of the forms of adoption. As already stated, the adoption is irrevocable. However, if any mistreatment by adopting the same may be removed from parental custody, as they would if they were the parents of blood. In Brazil, a usual type of adoption, which is called "the Brazilian adoption" which is based on registering a child in the name of the adopters, without due process of law. Despite the good intentions and the court acquitted, this act continues to be considered a crime and therefore deserves to be studied further. This type of adoption will be further studied in this work, it is still a practice used by Brazilian couples to escape the ranks of adoption, or even able to choose the child who is adopted. It is still a controversial issue that, no doubt, relates to one of the most sensitive aspects of family relations that is adoption.

**Keywords:** Family Law. Adoption. Adoption irregular. Social-affective relationship. Affiliation

## SÚMARIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2 HISTÓRICO</b> .....	8
<b>3 A ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO</b> .....	10
3.1 ADOÇÃO À BRASILEIRA NA VISÃO DOS TRIBUNAIS.....	10
3.2 A ADOÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	11
3.3 A ADOÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	12
3.4 A ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A NOVA LEI DE ADOÇÃO – LEI 12.010/2009.....	12
<b>4 PROCESSO JUDICIAL PARA ADOÇÃO E SUAS FORMALIDADES</b> .....	15
4.1 O CRITÉRIO DA VERDADE SOCIAFETIVA.....	18
<b>5 FATORES QUE LEVAM A PRÁTICA DA ADOÇÃO À BRASILEIRA</b> .....	20
5.1 CONSTITUIÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR.....	20
5.2 A REALIDADE DO ABANDONO DE CRIANÇAS.....	22
5.3 O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE PARA A CONSTRUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR.....	23
<b>6 A ADOÇÃO E A POSSE DO ESTADO DE FILIAÇÃO</b> .....	26
<b>7 ADOÇÃO À BRASILEIRA</b> .....	30
<b>8 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL</b> .....	34
<b>9 CONCLUSÃO</b> .....	36
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	38



## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho abordado será referente à adoção, especificadamente sobre a adoção que ocorre de maneira irregular, mais conhecida por alguns doutrinadores como Adoção à Brasileira. Constitui adoção à brasileira o fato das pessoas registrarem em seus nomes filhos não biológicos sem observar as exigências legais, muitas vezes utilizando documentos falsos de maternidades ou hospitais.

A filiação é um meio de ligação entre as crianças e os pais, essas crianças passam a ter um vínculo, não só afetivo, mas jurídico com seus pais, dando origem assim a uma família. Com a intenção de formar uma família, e dar um lar a essas crianças, várias pessoas acabam optando por esse meio de adoção, alegando que o processo para uma adoção legal seria muito demorado e cansativo, passando assim a fazer a filiação de tais crianças.

A adoção à brasileira é mais comum do que se possa imaginar, e no decorrer do trabalho busca-se esclarecer alguns costumes inadequado previstos na sociedade brasileira, que muitas vezes sem saber ou sem desejar acaba optando por este método, pois apesar da pessoa que adotou ter a melhor das intenções, e ser passível de perdão judicial, tal adoção é contra nossa legislação e constitui crime.

Busca-se apresentar neste trabalho o instituto da adoção à brasileira, já que grande parte da sociedade age de maneira irregular, observando os motivos que levam as pessoas a optar por essa via de adoção, onde as mesmas não atendam para a legislação e acabam praticando um ato ilícito.

Objetiva-se abordar o conceito de adoção, analisar seus efeitos positivos e negativos para a sociedade, bem como fazer um comparativo com a adoção que ocorre de forma regular, ressaltando as leis vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, o posicionamento da doutrina e jurisprudências acerca do tema, visando demonstrar os possíveis motivos que levam as pessoas a praticarem esses atos.

Com base no exposto, espera-se demonstrar do decorrer do trabalho que a pratica da adoção à brasileira ocorre constantemente na sociedade, e merece uma atenção especial dos legisladores, pois acaba colocando em risco o interesse da criança e do adolescente, bem como a importância da organização familiar.



## 2 HISTÓRICO

A adoção sempre teve como objetivo a necessidade de dar continuidade à família, visto que a família é a base da sociedade, sendo assim a adoção se tornou uma forma de perpetuar o culto familiar. Na antiguidade era necessário que o homem cultuasse a memória dos seus antepassados comuns, isso era feito através do casamento, onde o homem era obrigado a ter filhos para que não tivesse sua família extinta, e quando não era possível dar continuidade a sua linhagem, o último recurso utilizado para perpetuar a família era o instituto da adoção.

A adoção tem seus primeiros indícios na Bíblia, onde os Hebreus iniciaram a sua prática, logo depois na Grécia ela chegou a desempenhar relevante o papel social e político, sendo a manutenção do culto familiar pela linha masculina, visto que, se alguém viesse a falecer sem um descendente, não haveria pessoa capaz de continuar o culto aos Deuses-lares. Mas foi em Roma que a adoção teve o seu mais importante desempenho, pois foi no direito romano que a adoção encontrou disciplina e passou a ser regulada. (GONÇALVES, Carlos Roberto, 2008)

A adoção teve maior força em Roma, e segundo as lições de Silvio Venosa (2012, p. 278), no Direito Romano existiam duas modalidades de adoção: “*Adoptio*” e a “*Adrogatio*”. A “*Adoptio*”, sendo uma modalidade mais simples, pertencia ao direito privado, consistia na adoção de um “*sui iuris*”, muitas vezes um “*pater familias*”, que tinha que abandonar publicamente sua família, para assumir o culto doméstico do adotante, tornando-se assim seu herdeiro. Por ser um ato destinado ao direito privado, os que praticavam possuíam o pátrio poder, sendo um ato de menor gravidade e não exigindo a autorização dos pontífices e nem do povo.

A outra modalidade de adoção era a “*Adrogatio*” era a modalidade mais antiga de adoção, e por pertencer ao Direito Público exigia formas mais solenes que se modificaram e se simplificaram no curso da história, visto que a tendência era essa, pois como é sabida a sociedade é fonte do Direito, e o mesmo deve se adequar as suas modificações. A “*Adrogatio*” era tão complexa, que abrangia não só o adotando, mas toda a sua família, não sendo permitida ao estrangeiro. Além disso, a referida adoção só estaria completa, ou seja, formalizada, após aprovação dos pontífices, e do povo através de decisões em comícios. (VENOSA, Silvio de Salvo, 2011)

Ambas formas de adoção tinham o intuito de perpetuar o culto familiar, seja pelo interesse do Estado, através da “*Adrogatio*”, seja pelo interesse do próprio ser humano através da “*Adoptio*”, mostrando assim que a adoção ocorria com muita força em Roma, e que a família sempre foi a base da sociedade.

Porem apesar de ter ocorrido com tanta força em Roma, na Idade Média, sob influências religiosas e com a preponderância do Direito Canônico, a adoção cai em desuso, e só reaparece na Revolução Francesa, sendo incluída no Código de Napoleão em 1804, mas de forma bem tímida, evoluindo no decorrer do tempo.

Com o sentimento humanitário acentuado, atualmente a adoção é prevista em quase todas as legislações modernas, seja com maior ou menor intensidade, onde o bem-estar do menor é uma das preocupações dominantes.

### 3 A ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A adoção no ordenamento jurídico brasileiro vem a ser muito relevante, pois mostrará a evolução do instituto da adoção acerca do nosso ordenamento jurídico.

#### 3.1 A ADOÇÃO À BRASILEIRA NA VISÃO DOS TRIBUNAIS

Conforme Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB), mantém decisão sobre caso de adoção à brasileira julgado na Paraíba no recurso especial nº 1.088.175/PB

Um caso típico de adoção à brasileira, que teve origem na Paraíba, foi julgado recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Esse tipo de adoção é considerado crime, definido no artigo 242 do Código Penal, e ocorre quando alguém, sem observar o regular procedimento de adoção imposto pela Lei Civil, registra a criança como filho. Isto foi o que aconteceu com A.T.S., (já falecido), que em 1964 declarou falsamente a paternidade de S.A.T. Só que, após 30 anos do fato, a viúva dele, L.M.F.T, ingressa na Justiça com ação declaratória de nulidade de registro civil. O processo percorreu um longo caminho até chegar ao STJ. Primeiro, passou pelas mãos do juiz Romero Carneiro Feitosa, da 7ª Vara Cível da comarca de João Pessoa. Ele julgou o pedido improcedente, entendendo que, na adoção à brasileira, o adotante assume o risco da prática de um delito para poder tomar como sua criança de outrem. "Acho injusto, inclusive, nas circunstâncias do presente processo, com tal decurso de tempo, negar validade inferior para adoção à brasileira do que para as adoções por escritura pública, muito embora seja "àquele crime", disse o juiz Romero Feitosa em sua sentença. A sentença foi mantida em todos os termos pelo Tribunal de Justiça da Paraíba. O relator do processo entendeu que "o reconhecimento espontâneo da paternidade daquele que, mesmo sabendo não ser o pai biológico, registra como seu, filho de outro, tipifica verdadeira adoção, irrevogável, descabendo, portanto, a pretensão anulatória do registro de nascimento". Da mesma forma se posicionou a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o recurso especial nº 1.088.157/PB. "Ora, se nem mesmo aquele que procedeu ao registro, tomando como sua filha que sabidamente não é, teve a iniciativa de anulá-lo, não se pode admitir que um terceiro (a viúva) assim o faça". "Ademais, a própria concepção da adoção à brasileira traz consigo a idéia de que o sujeito tinha conhecimento de que não estava a registrar filho próprio, portanto, incompatível com a noção de erro". Para o STJ, quem adota à brasileira tem pleno conhecimento das circunstâncias que gravitam em

torno de seu gesto. "Nestas circunstâncias, nem mesmo o pai, por arrependimento posterior, pode se valer de eventual ação anulatória postulando desconstituir o registro civil".

### **3.2 A ADOÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916**

O Código de 1916 caracterizava-se pela originalidade ou nacionalidade. Seu mentor soube aproveitar as contribuições das ciências jurídicas de outros povos. Adaptou o que se enquadrava em nossa realidade; rejeitou o que não servia, criando algo, por muitas vezes, genuinamente brasileiro; destacou-se inclusive por sua forma literária, por pureza de linguagem.

O instituto da adoção foi incorporado no Brasil na Monarquia Portuguesa, vindo a surgir no ordenamento jurídico brasileiro no Código Civil de 1916 no artigo 368 a 178, tendo como forma de constituição do ato a escritura pública, a adoção foi disciplinada com base nos princípios romanos, ou seja, com objetivo de dar continuidade ao culto familiar, e proporcionar a constituição de uma família a casais que não poderiam ter filhos biológicos, por esse motivo só era permitida aos casais com mais de 50 (cinquenta) anos, sem prole legítima ou legitimada, pois com essa idade era grande a probabilidade de não virem a ter mais filhos. (GONÇALVES, Carlos Roberto, 2008)

Como a sociedade está em constante evolução, e o Direito deve acompanhar a evolução da sociedade, foi assim com o instituto da adoção. Em 1957 com a entrada em vigor no dia 8 de maio da Lei nº 3.133 a adoção passou a desempenhar um papel muito importante na sociedade, transformando-se em instituto filantrópico, com caráter humanitário, destinado não só aqueles casais que não poderiam ter filhos, mas também possibilitando a menores desamparados a possibilidade de ter um novo lar. Isso se deu porque um dos fatores importantes trazidos pela nova lei era a diminuição da idade para poder adotar, antes de 50 anos e agora para 30 anos de idade, sendo que a pessoa poderia ou não ter prole natural.

O artigo 378 do referido Código Civil não extinguiu os laços com a família biológica ao afirmar que: "os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do natural para o adotivo". (Código Civil Brasileiro, 1916)

Diante dessa situação dos adotantes terem que partilhar os filhos adotivos com suas famílias biológicas, os mesmos começaram então a registrar os adotados como filhos próprios, dando origem assim ao que muitos doutrinadores chamam de adoção à brasileira.

Essa lei também determinou na redação dada ao artigo 377, do antigo Código, que, quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolvia a sucessão hereditária. Esse preceito teve vigência até a constituição de 1988, pois o artigo 227, § 6º da Constituição Federal, equiparou os filhos de qualquer natureza, para todos os fins.

### **3.3 ADOÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A Constituição Brasileira de 1988 marca a consolidação da democracia após anos de ditadura militar, pois traz alterações importantes no ordenamento jurídico brasileiro como garantias sócias, individuais, políticas, entre outras. Ao cuidar dos Direitos Sociais, faz referência em seu artigo 6º sobre a maternidade e a infância como garantias fundamentais para o desenvolvimento da pessoa.

Porém é no artigo 277 da Carta Magna, em seus § 5º e 6º que a adoção está presente de forma específica, onde o legislador assegura os direitos da criança e do adolescente, garantindo a fiscalização pelo Poder Público das condições para a efetivação da colocação da criança e do adolescente em família substituta na modalidade da adoção, objetivando, por conseguinte, entre outros, evitar o tráfico de infanto-juvenis. Com o intuito de promover a igualdade o referido artigo, também veio regular a antiga diferença que existia entre filhos biológicos e os adotados, proibindo aos direitos alimentícios, sucessórios, ao nome, etc., salvo os impedimentos matrimoniais. (Constituição Federal de 1988, artigo 277 §5º e 6º)

### **3.4 ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A NOVA LEI DA ADOÇÃO – LEI 12.010/2009**

A nova lei da adoção foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro visando reduzir o tempo de permanência de crianças e adolescentes em instituições, buscando acelerar o processo de adoção.

O que se pode observar é que não tempos uma nova lei de adoção, o que acontece é que a referida lei trouxe uma nova redação a dois artigos do Código Civil (1.618 e 1.619) e revogou todos os demais referentes ao Capítulo da Adoção, deixando assim que a adoção fosse exclusivamente tratada pelo Estatuto da criança e do adolescente.

Conforme o que diz Maria Berenice Dias:

“Apesar de a referida lei conter apenas 8 (oito) artigos, introduziu 227 (duzentas e vinte e sete) modificações no ECA. Sendo que seu primeiro artigo ressalta que é dever do Estado prestar assistência, orientação e apoio a promoção social da família natural, procurando assim evitar o aumento de crianças e adolescentes em instituições para adoção, diante disso a criança e o adolescente devem permanecer com a família natural e somente em caso de absoluta impossibilidade, sendo esta reconhecida por decisão judicial fundamenta, é que a criança e o adolescente deveram ser colocados em uma família substituta, adoção, tutela e guarda.” (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, São Paulo, 2013)

Outro fator importante trazido pela Lei da Adoção é o Cadastro Nacional de Adoção, onde reúne todas as pessoas que desejam adotar um filho, bem como todas as crianças e adolescentes que estão aptos para adoção, isso promoveu uma grande evolução para adoção, visto que antes era Regional, hoje passou a ser Nacional, e segundo Maria Berenice Dias (2013, p. 518) isso possibilita que crianças de um Estado possam ser adotadas por alguém de outro estado, aumentando assim a possibilidade de uma criança ter um lar de forma mais rápida.

Apesar de a lei condicionar que para adoção é necessário o prévio cadastro dos candidatos, ela admite exceções (ECA 50,§13) tais como: a adoção unilateral, adoção por parentes com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afetividade ou afinidade, ou se o pedido de adoção é feito por pessoa que detém a guarda ou tutela de criança maior de 3(três) anos ou adolescente, desde que o lapso de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má fé. (GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues, 2012)

Além disso, a lei trouxe conceitos fundamentais para o entendimento da adoção tais como o conceito de família substituta, que é aquela que acolhe uma criança ou adolescente desprovido de família natural, ou seja, a família por laços de sangue.

Também trouxe o conceito de família extensa ou família ampliada, onde o adotando só será encaminhado para uma família substituta caso seja esgotada todas as tentativas de adoção da criança e do adolescente por parentes próximos, com os quais o adotante tenha laços de afinidade e afetividade.

Outra inovação trazida pela lei é que qualquer pessoa maior de 18(dezoito) anos, independentemente do seu estado civil poderá adotar. Contudo, em se tratando de adoção conjunta é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente, ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade familiar. Com isso o STF reconheceu a adoção por casais homo afetivos, em 2015. No entendimento, o conceito de família, com regras de visibilidade, continuidade e durabilidade, também pode ser aplicado a pessoas do mesmo sexo.

Um fator que vem causando controvérsia entre a doutrina é o fato de que irmãos não poderão ser adotados separadamente, o que pode resultar em uma dificuldade para tais crianças serem adotadas, visto que é muito raro quem queira adotar mais de uma criança ao mesmo tempo.

A nova lei de adoção visa à permanência da criança e do adolescente com a família natural, e para garantir isso proporciona à gestante ou a mãe que queira entregar os filhos para adoção assistência psicológica no período pré e pós natal, sendo que a mãe deverá ser encaminhada a Justiça da Infância e Juventude.

Sendo assim a Lei de Adoção, trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro transformações relevantes a adoção, onde privilegia o convívio com a família natural, e possibilita maiores oportunidades para aqueles que querem adotar, sempre visando o melhor para a criança e adolescente.

## 4 PROCESSO JUDICIAL PARA ADOÇÃO E SUAS FORMALIDADES

A adoção depende do processo judicial, e quando há a necessidade de adotar é necessário que se procure os meios legais para proceder com a adoção.

Para dar início ao processo legal para adoção é necessário primeiramente que ocorra a natureza subjetiva do agente, ou seja, a vontade de adotar uma criança, reconhecendo-a como o próprio filho, e lhe proporcionando amor, carinho, saúde, enfim, todos os institutos que entidade familiar oferece.

Depois de demonstrada a vontade de adotar uma criança ou adolescente, é necessário ter idade mínima de 18 (dezoito) anos, como ressalta o ECA, ou em caso de adoção conjunta, deve haver a comprovação do vínculo do casamento ou união estável, conforme determinam os parágrafos 3º e 5º do artigo 227 da Constituição Federal, o que pressupõe a união de pessoas de sexos diferentes, o que não ocorre quando há a adoção individual, pois a mesma independe do estado civil, opção sexual, bastando que o interesse tenha mais de 18 (dezoito) anos.

Vemos o que diz o artigo 227 da Constituição Federal:

**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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

**§ 3º** O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

**I** - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

**II** - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

**III** - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

**III** - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

**IV** - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato

infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

**V** - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

**VI** - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

**VII** - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.



**VII** - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

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

A competência para os processos de adoção é da Vara de Criança e Juventude, onde o interessado deverá comparecer manifestando sua vontade de proceder com o processo de adoção, não sendo necessário estar acompanhado de advogado.

Juntamente com a petição inicial é necessária a apresentação de inúmeros documentos tais como: comprovante de renda e de domicílio, atestado de sanidade física e mental, certidão de antecedentes criminais e negativa de distribuição cível, conforme o ECA artigo 197-A, na oportunidade os candidatos devem indicar o perfil de quem aceita adotar. Após a verificação da documentação apresentada, será realizada um cadastro, onde o candidato se habilita a uma fila de adoção, visto que a inscrição no cadastro só será realizada após investigação do candidato, onde a mesma tenha um resultado positivo, estando este apto a adotar. (DIAS, Maria Berenice. 2013)

Além disso, a inscrição também estará condicionada a um período de preparação psicossocial e jurídica (ECA 50, § 3º), mediante frequência obrigatória a programa de preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidade específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos (ECA 197-C, § 1º).

Veremos os artigos mencionados acima:

**Art. 50.** A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção. (Vide Lei nº 12.010, de 2009)  
Vigência

**§ 3º** A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

**Art. 197-C.** Intervirá no feito, obrigatoriamente, equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que deverá elaborar estudo psicossocial, que conterà subsídios que permitam aferir a capacidade e o preparo dos postulantes para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável, à luz dos requisitos e princípios desta Lei.

(Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

**§ 1º** É obrigatória a participação dos postulantes em programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, que inclua preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

A fase de estudos psicossocial é extremamente relevante, pois é um instrumento de avaliação do contexto familiar no qual o adotando será inserido. Visando assim a proteção integral do bom desenvolvimento da criança e do adolescente, bem como evitando possíveis negligências, tais como abuso, rejeição, maus tratos ou devoluções, pois o ato de adoção é irrevogável.

A etapa mais longa do processo de adoção é a da aprovação dos adotantes. Depois da entrevista, da visita às residências do pretensos adotantes e, depois de esclarecidas todas as dúvidas dos técnicos do Juizado, este processo segue para o Promotor que manifestará sobre a habilitação e, finalmente, o processo segue para o juiz que, encontrando-o satisfatoriamente instruído, poderá deferir a habilitação dos adotantes. Os pretensos adotantes, depois de aprovados pelo juiz, estarão em condições de adotar e passarão a integrar um cadastro ou relação de possíveis adotantes.

Também se faz necessário o estágio de convivência (ECA, 46), havendo a possibilidade de o juiz dispensá-lo quando o adotante já estiver sob tutela ou guarda por tempo suficiente para se avaliar a conveniência da consolidação do vínculo.

Vejamos o artigo citado:

**Art. 46.** A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

**§ 1º** O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade ou se, qualquer que seja a sua idade, já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

Por fim, a adoção é estabelecida por sentença judicial, que dispõe de eficácia constitutiva, e produz efeito a partir de seu trânsito em julgado. Há uma exceção a essa regra: na hipótese de ocorrer o falecimento do adotante no curso do

processo de adoção, a sentença dispõe de efeito retroativo à data do óbito (ECA 47, §7º), desde que já tenha havido inequívoca manifestação de vontade (ECA 42, §6º).  
Vejam também os artigos citados:

**Art. 42.** Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência  
**§ 6º** A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

**Art. 47.** O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

**§ 7º** A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

#### 4.1 O CRITÉRIO DA VERDADE SOCIAFETIVA

Welter (2004, *apud* VENOSA, 2003, p.285) redigiu excelente obra sobre a filiação socioafetiva, de leitura obrigatória para os estudiosos de direito de família. Um dos pontos máximos de suas teses é quando busca demonstrar que se revela viável, no direito brasileiro atua, a ação de investigação de paternidade socioafetiva. A propósito do assunto de imprescindibilidade do conhecimento da origem biológica, mesmo admitida a socioafetividade, Welter sustenta, com correção e profundidade, como não pode ser afastado o direito a este conhecimento.

Os fatores quem concorrem num processo que indica uma “adoção à brasileira”, afirmam com muita tranquilidade que o que ocorre com a criança, nada mais é de um cenário assustador e irreal. Como num reality show em que tudo é falso, menos os participantes, os “pais” são impostos ao jovem como sendo o grupo familiar. Como que apagando todas as pegadas feitas num solo arenoso que foram deixadas para trás, os indivíduos praticantes da “adoção à brasileira” procuram esconder do petiz sua real origem, evitando ao máximo expô-lo aos verdadeiros genitores.

A criança não pode ser criada num ambiente de “faz-de-conta”, em uma montagem que no futuro virá somente em prejuízo em seu desenvolvimento. A mentira gera a mentira. No presente escondem fatos da mente do infante - mas até quando essa farsa vigora? Não deixamos nos esquecer de que o profissional da área da Infância e da Juventude não pode ser imediatista, deve pensar (e agir) com

a mente voltada para o futuro, justamente quando o jovem usufruirá dos benefícios hoje plantados para si.

## **5 FATORES QUE LEVAM A PRÁTICA DA ADOÇÃO À BRASILEIRA**

Antes de falar instituto de adoção à brasileira, se faz necessário entender os principais fatores que levam a prática deste tipo de adoção. Onde há três fatores relevantes para essa prática, que são: o desejo da constituição da entidade familiar, o abandono de crianças e adolescentes e o laço afetivo. Partindo dessas premissas começaremos a entender a prática da adoção à brasileira pela sociedade

### **5.1 CONSTITUIÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR**

O primeiro fator a ser apresentado é a constituição da entidade familiar, muitos têm o desejo de constituir uma família, dar e receber amor, e para isso acabam recorrendo ao instituto da adoção à brasileira por acreditarem que é uma forma mais rápida e fácil de garantir a construção da família.

Para entender o desejo pela constituição de uma família, é necessário entender o conceito e a definição de família, visto que a família vem a ser a célula da sociedade, e sua constituição é almejada por grande parte da população.

A família é uma sociedade natural, formada por indivíduos unidos pelos laços de sangue, ou por afinidade. Entende-se como laço sanguíneo aquele que resulta descendência, e laços por afinidade são aqueles que resultam da entrada dos cônjuges e seus parentes à entidade familiar.

Na antiguidade a família romana era eminentemente patriarcal, com base na comodidade e na necessidade de manutenção e subsistência da propriedade, onde não havia nenhum laço afetivo entre seus membros, onde a família era instituída com interesse unicamente financeiro.

No século XVIII, se consolidou o modelo patriarcal de família, onde cada membro tinha suas funções e não questionava suas atribuições e deveres, e os interesses individuais eram desprezados. No modelo de família patriarcal, o marido comandava a família, tendo esse poder atribuído pela sociedade e pela lei.

Sendo assim, a colonização brasileira seguiu os modelos europeus, ou seja, estabilidade patriarcal, obediência a igreja, aristocracia e escravidão, sendo que o sistema de filiação estava vinculado ao casamento e não ao sangue, muito mesmo ao afeto e amor.

Porem esse conceito de família foi se modificando ao longo do tempo, onde fatores como amor e afeto passaram a ser mais relevantes para a constituição da entidade familiar. Hoje é difícil encontrar uma definição de família, pois nos dias de hoje o contexto social nos leva a ter inúmeras definições do quem vem a ser uma família. Aquela visão de identificar a família através do matrimônio, ou ter em mente uma imagem de família patriarcal como figura central, com o tempo foi sofrendo significativas transformações.

Uma mudança relevante para a sociedade que contribuiu para a evolução do conceito de família foi à emancipação feminina e o ingresso da mulher no mercado de trabalho, pois esses fatores acabaram levando a mulher para fora do lar, deixando assim o homem de ser provedor exclusivo da família, e participando mais das atividades domésticas.

Além dessas transformações sociais, o afrouxamento entre o Estado e a Igreja também contribuiu para a evolução social do conceito de família. Começaram a surgir novas estruturas de convívio sem uma terminologia adequada que as diferencie.

A família é sempre socioafetiva, em razão de ser um grupo social considerado base da sociedade e unida na convivência afetiva. A afetividade como categoria jurídica, resulta da transferência de parte dos fatos psicossociais que a converte em fato jurídico, gerador de efeitos jurídicos.

Hoje, é necessário ter uma visão pluralista de família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que tem origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação.

Maria Berenice Dias ensina que o novo modelo de família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade e da pluralidade, sendo esses elementos essenciais para a construção da entidade familiar, e é isso que justifica a proteção do Estado em relação à família, pois com tantas evoluções a família passou a existir tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da sociedade.

A teoria e a prática das instituições familiares dependem, em última análise, da competência em dar e receber amor, onde a família continua mais empenhada do que nunca em ser feliz. A manutenção da família visa, sobretudo, buscar a felicidade.

## 5.2 A REALIDADE DO ABANDONO DE CRIANÇAS

O abandono de crianças é outro fator muito relevante que influencia a prática da adoção à brasileira, pois é muito difícil não se comover com a realidade de ver crianças sendo abandonadas, correndo o risco de morrer, e não fazer nada. O abandono, juntamente com a morosidade do processo de adoção legal, leva muitas pessoas a optarem pela adoção de forma irregular.

O abandono é algo tão antigo quanto à sociedade, pois é uma prática que se tornou comum em todos os tempos e lugares, o que vai se modificando em decorrer do tempo são os motivos, as circunstâncias, as atitudes, ou seja, os fatores que levam a praticar o abandono.

No Brasil, a história social do abandono não pode deixar de lado à forte presença da pobreza, marginalidade social, a criança ilegítima, o concubinato, a mestiçagem. Tanto que, há relatos de abandono no Brasil desde o século XVIII, pois o sistema colonial implantado de escravidão e a concentração de riqueza em torno da grande propriedade monocultora acabaram determinando a existência de uma linha de pobreza grave, onde muitas mães e famílias não tinham condições de criar seus filhos, e acabavam abandonando-os nas ruas, sendo assim um dos principais fatores que sempre levaram ao abandono infantil foi à miséria.

Outro fator importante que influenciou a prática do abandono, foi o culto da igreja católica à virgindade da mulher, onde isso determinou um modelo de comportamento na sociedade brasileira, onde as mulheres que não cultuavam a virgindade até o casamento, e as adúlteras sofriam preconceitos, tendo seu respeito diminuído perante a sociedade. Para evitar a vergonha de ser mãe solteira, ou de ter cometido adultério, muitas mulheres acabaram optando por abandonarem seus filhos. Hoje esse reflexo ainda é presente na sociedade, pois muitas mulheres preferem abandonar seus filhos a serem mães solteiras, justamente por haver tanto preconceito da sociedade, além da falta de condições para criar seus filhos.

Os fatores apresentados continuam refletindo na sociedade, onde hoje ainda é muito grande o índice de crianças abandonadas. Além dessa forma de abandono, para a doutrina e para a jurisprudência brasileira, são consideradas abandonadas as crianças que viviam na companhia de pai, mãe, tutor ou pessoa que se entregue a prática de contrários à moral e aos bons costumes, bem como aquelas vítimas de

maus tratos, exploração, privada de alimentos e cuidados necessários para a preservação da saúde.

Há também crianças que são abandonadas quando as famílias as deixam em abrigos ou instituições destinadas aos cuidados de crianças, com a “desculpa” de que será por um pequeno período até obter um emprego, porém nunca mais retornam, e as crianças acabam ficando esquecidas, ou acabam indo para tais instituições devido serem vítimas de maus tratos, espancamentos, abusos sexuais, filhos de pais alcoólatras ou com vício em drogas e etc.

Enfim, os vários motivos que levam ao abandono de tais crianças nunca poderão ser analisados de forma isolada, visto que são inúmeros os fatores que levam a prática do referido ato. O que é possível perceber acerca do abandono de crianças, é que grande parte dessas crianças que hoje se encontram em abrigos é oriunda de famílias que não possuem condições financeiras para cuidar dessas crianças, onde apresentam enorme dificuldades para garantir os direitos fundamentais essenciais para a sobrevivência destas crianças, bem como meios necessários para uma sobrevivência digna.

Todos esses fatores resultam em uma carência não só material como emocional, sendo que a carência emocional chega a ser mais relevante, pois uma criança necessita de cuidados, amor, carinho, de um lar onde possa estar devidamente amparada. Diante de toda essa carência, de todos os motivos que levam ao abandono, muitas pessoas acabam sentindo necessidade de fornecer um lar digno a essas crianças através da adoção, muitos tentam pela forma legal, mas a morosidade deste processo acaba resultando na adoção à brasileira, pois a “vontade” de instituir uma família e fornecer um lar a quem não possui nada acaba se sobrepondo aos meios legais para adoção.

### **5.3 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE PARA A CONSTRUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR**

O código civil de 1916 instituíu o modelo de família patriarcal, monogâmica, parental e patrimonial, isto é, a tradicional família romana, onde o padrão ideal de família seria aquele instituído por pai, mãe e filho, além disso, a entidade familiar formada nesses moldes colocava de lado o ser, e acabava privilegiando o ter, onde questões como o afeto, amor, carinho não eram relevantes.



A Constituição Federal de 1988, chamada de constituição cidadã, trouxe transformações importantes acerca da entidade familiar, onde as renovações das tendências sociais acabaram derrotando aquele modelo de família patriarcal que se manteve vigente por séculos. De acordo com Tatiana Wagner Lauand de Paula (2007, p.45), nesse momento de profundas transformações, abandonou-se a ideia principal de hierarquia e a afetividade passou a ser função basilar, sendo responsável pela viabilidade e continuidade das relações familiares.

Diante disso, Paulo Lobo (2010, p.47) identifica da constituição quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade:

- a) Igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CF 227, § 6º)
- b) A adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227, § 5º e § 6º)
- c) A comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, incluindo adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226, § 4º)
- d) O direito a convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (CFF 227)

O afeto não é fruto da biologia, os lações de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Maria Berenice Dias explica que a “posse de Estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico de afeto, com o claro objeto de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado” (DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito das Famílias, Revista dos Tribunais, p.73, 2013).

A família se transforma na medida em que se acentuam as relações de sentimento entre seus membros, ou seja, o afeto passa a ser mais valorizado nas entidades familiares. Essas constantes transformações trazem novos modelos de família, pois as diferenças que eram evidentes entre homens e mulheres passaram a ser mais igualitária, e os novos modelos de família passaram a ser mais flexíveis tanto em sua temporalidade como em seus componentes, sendo menos sujeitas as regras e mais ao desejo.

A afetividade entrou na concepção moderna dos juristas buscando explicar as relações familiares contemporâneas, visto que, o afeto não representa um modelo único de família, matrimonial, o afeto representa a diversidade familiar.

Enfim, a família converteu-se hoje em um ambiente propício a realização do ser humano, ou seja, somente se justifica a proteção da família para que se efetive a

tutela da própria pessoa humana, não sendo mais vislumbrada como simples constituição jurídica e social, voltada apenas para fins patrimoniais e reprodutivos. Sendo assim, todas as relações familiares, sejam elas de substancias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar afeto, perdão, amor, carinho, paciência, por fim tudo aquilo que de um modo ou de outro possa ser reconduzido a arte e a virtude de vier em comum, dependendo assim das instituições familiares unicamente da nossa capacidade de dar e receber amor. (PAULA, Tatiana Luand de, 2007)

## 6 A ADOÇÃO E A POSSE DO ESTADO DE FILIAÇÃO

A adoção encontra-se intimamente correlacionada com a afetividade, a qual por sua vez, é orientada na posse de estado de filiação. Segundo (Chaves 1995, p. 748), “a posse de estado de filiação é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade. Trata-se de conferir à aparência os efeitos de verossimilhança, que o direito considera satisfatória”.

O Código Civil Brasileiro é bastante acanhado no que se refere à prova do estado de filiação. Diante disso é importante a execução de um trabalho criativo pelo julgador, pautado pelos princípios constitucionais que informam as relações de filiação, a fim de apreciar, minuciosamente, todas as circunstâncias presentes no caso concreto.

Perante a lei brasileira a adoção tem caráter de irrevogabilidade, o que significa dizer que, além de constituir a exaltação da afetividade retira da esfera da liberdade individual a possibilidade de reconsideração posterior. É o chamado vitalício de paternidade. Este aspecto é importante para ratificar a tese que a lei brasileira ao se reportar a adoção, não estabeleceu nenhum critério de diferenciação, quer dizer, todo e qualquer tipo de adoção, inclusive a adoção à brasileira, deverá reprimir todos os requisitos que servirão de justificativa para demonstrar a constituição da posse de estado de filiação, quer seja na adoção legal, como também naquela chamada “ilegal”, pois, o que deve ser relevante e preciso é a comprovação da afetividade, da realização do direito da criança à convivência familiar.

A linha evolutiva do direito de família é consubstanciada pelo afeto enquanto valor jurídico e, portanto como mola impulsionadora para fundamentar e até mesmo justificar um ato que em princípio colida com a lei, como é a hipótese da adoção à brasileira, mas que o tempo solidifica uma realidade fática baseada no sentimento e no amor. E é esta realidade que motiva o ser humano em sua vida e em sociedade.

Sabemos que, hoje em dia, que o conceito de paternidade acha-se fragmentado entre o liame biológico, o jurídico e o socioafetivo.

O conceito de filiação e sua definição no mundo jurídico evoluiu da filiação biológica até a atual filiação socioafetiva que prepondera em nosso ordenamento. Na doutrina, o estado de filiação não tem merecido o tratamento devido, sem empecilho de sua evidente essencialidade, salvo quando se cuida do estado de fato,

na modalidade de posse de estado, ou do reconhecimento espontâneo ou forçado. Entretanto, são situações que têm por intuito evidenciar a existência de estado de filiação, quando este seja matéria de dúvida ou demanda (BONAVIDES, 2001).

O estado de filiação constitui-se ope legis ou em razão da investidura de estado, por força da convivência familiar (a fortiori, social), firmada na afetividade. Nesse aspecto, a filiação jurídica é sempre de categoria cultural (não necessariamente natural), seja ela biológica ou não biológica.

No direito brasileiro atual, com base no art. 227 da Constituição e nos arts. 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, consideram-se estados de filiação ope legis:

a) filiação biológica em presença de ambos os pais, havida de relação de casamento ou da união estável, ou em face do único pai ou mãe biológicos, na família mono parental;

b) filiação não-biológica em presença de ambos os pais, proveniente de adoção regular; ou em face do pai ou da mãe que adotou exclusivamente o filho; e

c) filiação não-biológica em face do pai que autorizou a inseminação artificial heteróloga.

Nessas situações, a convivência doméstica e a afetividade são presumidas, ainda que de fato não ocorram. Se de qualquer forma, a convivência familiar e a afetividade constroem e alicerçam diuturnamente os concernentes estados de filiação, passando a ditar-lhes os circundamentos. Em qualquer dessas hipóteses, o estado de filiação poderá ser substituído, em razão de adoção incidental do filho por outros pais (EHRlich, 1986).

Os estados de filiação não-biológica referidos nas alíneas b e c são irreversíveis e intangíveis, não podendo ser contestado por investigação de paternidade ou maternidade, com sustentáculo na origem biológica, que apenas poderá ser objeto de aspiração e ação com fins de tutela de direito da personalidade (BONAVIDES, 2001). Ser pai ou mãe, atualmente, não é apenas ser a pessoa que gera ou a que tem vínculo genético com a criança. É, antes disso, a pessoa que cria, que ampara, que dá amor, carinho, educação, dignidade, ou seja, a pessoa que realmente exerce as funções de pai ou de mãe em atendimento ao melhor interesse da criança. Conforme leciona a Professora Queiroz (2001, apud FELIPE, 2008, p 66.):

Assim, o novo comportamento cultural, no tocante à paternidade, insere o mundo moderno em outro contexto social, em que a função de pai deve ser

exercida no maior interesse da criança, sem que se atenha à própria pessoa em exercício da referida função.

Diz ainda : "Por isso, atribui-se que o verdadeiro vínculo que se trava com os pais é o afetivo e, portanto, pais podem perfeitamente não ser os biológicos", e completa da seguinte forma : "Assim, em questões que envolvam conflitos de paternidade biológica e social, o interesse melhor e maior da criança deverá nortear a decisão".

Questões como as relativas à adoção, inseminação heteróloga, adoção à brasileira, estabelecem, entres os pais e seus filhos, verdadeiras filiações socioafetivas tendo em vista que, em tais casos, não há liame biológico entre os envolvidos.

A filiação, portanto, estabelece-se não apenas em face do vínculo biológico, mas principalmente em face do vínculo socioafetivo que atende mais ao princípio do melhor interesse da criança, da dignidade da pessoa humana e também da paternidade responsável (EHRlich, 1986).

Estabelecido o vínculo da filiação, o mesmo poderá, contudo, ser contestado ou repellido, desde que não mais se observe o interesse da criança, pela perda do pátrio poder, ou desde que não haja permissão livre em face da inseminação heteróloga feita, ou se o mesmo for externado sob fraude, erro ou coação.

Mas, atendendo-se ao melhor interesse da criança e externando de forma livre e esclarecida o consentimento à técnica heteróloga de inseminação artificial ou à adoção, forma-se vínculo de filiação, com base na filiação sentimental, que não mais poderá ser contestado ou repudiado e que prevalecerá sobre as demais formas de filiação, mesmo a biológica (ELIAS, 1999).

Portanto, o vínculo de filiação, uma vez constituído, não mais será objeto de contestação ou de discussão e imporá, aos que externarem de forma livre e esclarecida o seu consentimento, os direitos e obrigações relativos à filiação.

O direito ao reconhecimento da origem genética é direito personalíssimo da criança, não sendo passível de obstaculização, renúncia ou disponibilidade por parte da mãe ou do pai (CANOTILHO, 1999).

O art. 75 do Código Civil estabelece que "A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura" e o art. 5º da CF/88 preconiza que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...". Além do mais, o artigo 227, § 6º da CF/88 pontifica a igualdade entre os filhos. Leciona Fernandes (2000, apud FELIPE, 2008, p 86.) que: (...)

ao se negar a possibilidade do aforamento de ação investigatória por criança concebida por meio de uma das técnicas de reprodução assistida, em inaceitável discriminação se estará negando a ela o direito que é reconhecido a outra criança, nascida de relações sexuais. Além do mais, estar-se-ia se impedindo o seu direito à ação.

Por sua vez, Felipe (2008, p 66.) defende que: “[...] diante do novo texto constitucional, não há mais que se restringir os casos em que a investigatória de paternidade é admissível. Simplesmente cabe ação para o filho pleitear o reconhecimento de sua paternidade.”

Ainda que os pais tenham firmado documento de consentimento informado no qual se comprometiam a não demandar a paternidade, o termo não vincula o filho nascido, pois o direito do reconhecimento do estado de filiação e, por consequência, do reconhecimento da origem genética, é indisponível e personalíssimo e pode ser exercido sem qualquer restrição, não podendo constituir objeto de renúncia por parte de quem não os possui.

## 7 ADOÇÃO À BRASILEIRA

Convencionou-se a vulgarmente a chamar de adoção à brasileira, um sistema de adoção feito sem o procedimento legal para o processo de adoção, onde consiste no ato de registrar filho alheio como próprio, ou seja, a criança é registrada por pais não biológicos sem atender aos requisitos estabelecidos em lei. Essa prática já existe no Brasil de forma disseminada, e seu nome foi eleito pela jurisprudência, no entender de Maria Berenice Dias (2013, p.509).

O registro da criança é feito no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, de forma extremamente fácil, pois com base no disposto no artigo 54 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), basta o suposto pai ou mãe declarar o nascimento relatando que a criança nasceu em casa.

Além dos motivos que já foram relatados, existem outros fatores que também influenciam na prática da adoção à brasileira, dentre eles estão à esquiwa de um processo judicial para adoção, demorado e dispendioso e o medo de não lhe ser concedida a adoção pelos meios regulares, pois há uma grande formalidade a ser seguida durante o processo devendo aguardar no final da sentença do juiz, que analisará os requisitos, e caso o adotante não esteja apto, rejeitará o pedido (PAULA, Tatiana Wagner Luand de, 2007).

Desta forma, as pessoas passam a optar pela adoção à brasileira para atingir seu objetivo de forma rápida e fácil, sem pensar nas consequências que poderão surgir através desta prática ilegal. Destacam-se duas consequências relevantes do ato.

A primeira delas consiste na anulação do registro de nascimento, isso poderá ocorrer caso a mãe venha a se arrepender futuramente de ter dado seu filho para que outro registrasse, e com um simples exame de DNA, a mãe biológica poderá comprovar seus laços sanguíneos, e assim poderá resultar na desconstituição daquela entidade familiar, o que demonstra que tal relação é muito frágil, onde a família que prefere pela forma irregular, acaba também optando por viver uma situação instável e arriscada, se submetendo ao medo de que no futuro a verdade possa vir à tona.

Vale ressaltar que o arrependimento dos pais biológicos não garante que a criança voltará para o convívio deles, pois a legislação brasileira que trata de adoção legal (Lei 12.010/09), tem como prioridade o convívio familiar, onde a família se

sobrepõe a instituição, e o afeto tem mais importância que o vínculo biológico, o que dificultaria o retorno dessa criança aos pais biológicos. Lembrando ainda que a adoção à brasileira não goza da irrevogabilidade nem da proteção e segurança jurídica dada à adoção legal.

Além do mais, quando faticamente há uma adoção consolidada, a regularização da situação se faz necessária e tem base no princípio constitucional do melhor interesse da criança, disposto no artigo 227 da Constituição Federal e art. 39 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente. A regularização, nesse caso, representa efetivo benefício à criança que tem o direito absoluto à convivência e, para quem, muitas vezes, os únicos pais que conhece são os pais adotivos.

Nos casos de adoção através de registro de filho alheio em nome próprio o vínculo familiar representa a verdade sócio afetiva e traz consigo uma estabilidade e segurança física e emocional à criança. Essa proteção é o bem jurídico de maior relevância e é a efetivação do disposto no princípio constitucional do melhor interesse da criança.

A segunda consequência importante é a que trata da esfera penal, visto que há previsão legal do ilícito de registrar filho alheio como próprio, sendo assim a adoção à brasileira é um crime previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

A adoção à brasileira vem sendo comumente praticada no Brasil, por mais que seja por nobre motivo, tal prática vem a ser uma dissimulação e uma infração a lei, visto que é tratada como crime no capítulo “dos crimes contra o estado de filiação” (capítulo II do Título VII), tipificada no artigo 242 do código penal brasileiro (Decreto Lei 2.848/40). (BOCHINA, Simone Franzoni, 2010)

Ademais, o crime de falsidade ideológica trazido pelo artigo 299 do Código Penal (Decreto Lei 2.848/1940) vem complementar a tipicidade da prática de registro de filho alheio em nome próprio.

Além de dar proteção e garantia ao estado de filiação, o legislador teve intuito de preservar a autenticidade e a veracidade dos documentos públicos. Protegem-se a segurança e a certeza do estado de filiação evitando supressão ou alteração de direito inerente ao verdadeiro estado civil da criança, que poderia ficar juridicamente vinculado a pais diversos de seus verdadeiros.

O combate à adoção à brasileira também se justifica na medida em que a adoção pode ser praticada com fins lucrativos. E a criminalização da adoção à brasileira é a forma de amparar a família, essencial na formação da dignidade de



todo o cidadão, principalmente das crianças e dos adolescentes. O Estado tem o dever de proteger a família, já que dela depende a subsistência de toda a sociedade.

Todavia, se o crime é praticado com reconhecida nobreza, o próprio Código Penal reconhece no parágrafo único do artigo 242 que poderá o juiz deixar de aplicar à pena e esta tem sido a conduta adotada pela jurisprudência. Tal fato ganhou ainda mais força com o advento da Lei 12.010/2009 onde a prioridade é a convivência familiar, através da qual a família se sobrepõe a instituição, e com isso, acredita-se que a adoção à brasileira será analisada sem que haja punição.

Embora se possa pensar que a adoção à brasileira é uma exceção, a ela se arriscando apenas pessoas de menor esclarecimento e de baixa renda, pesquisa elaborada demonstra o contrário. Há quase a mesma proporção de adoções regulares e irregulares no Brasil.

“Destacando-se o percentual de 52,1% de adoções regulares e o restante compondo as adoções irregulares, em que a maioria das ações informais, ou seja, 41,5% ocorreram através de registro em cartório da criança de outrem, como filho legítimo, através de uma declaração falsa de nascimento. O restante das adoções informais, 6,4% seguiu o procedimento conhecido como filhos de criação, isto é, a criança passa a morar definitivamente com outra família, mas sua certidão de nascimento não é alterada, permanecendo com a filiação de seus pais biológicos”. (GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues, Adoção Doutrina e Prática, Curitiba, 2012, p.139)

Outro fator que merece destaque é que a adoção à brasileira pode gerar não só uma possibilidade de condenação penal, como a nulidade do registro, pois o mesmo não está em conformidade com a lei, sendo assim a qualquer momento o mesmo poderá ser declarado como nulo, pois quem se sujeita a adoção à brasileira está constantemente exposto ao risco de descoberta do ocorrido.

Todavia, são unânimes a doutrina e a jurisprudência em diligenciar meio e pretextos para contornar o texto álgido da lei a fim de não cominar pena alguma. Ademais, como o advento da lei 12.010/09, a prioridade é a garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças irregular utilizando o melhor interesse da criança e o fato dela já se encontrar incluída em uma família. Entretanto, será necessária a comprovação dos requisitos para efetivação da adoção legal.

Deve-se ressaltar, contudo, que a adoção, atualmente, só poderá ser deferida pelo juiz quando apresentar reais vantagens para o adotando e tão somente quando não mais houver possibilidade de resgatar a filiação biológica.

## 8 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A análise jurisprudencial referente a adoção à brasileira vem a ser muito importante, pois vem dispor sobre as decisões dos tribunais acerca da desconstituição do vínculo parental nas adoções de forma irregular.

Pode-se concluir que a doutrina e a jurisprudência são pacíficas na busca pelo melhor interesse para criança, garantindo assim a convivência familiar, onde pôr fim acabam desconstituindo o vínculo parental em face do vínculo socioafetivo.

Sendo assim a doutrina e a jurisprudência são unânimes em diligenciar meios e pretextos para contornar o texto álgido da lei a fim de não cominar pena alguma, quando alguns, entre esses milhares de casos que anualmente ocorrem, chegam por qualquer circunstâncias as barras dos tribunais. Ninguém resiste à verdadeira coação de ordem moral decorrente do alto valor espiritual e humano que inspiram tais gestos. (GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues, 2012)

Com base nisso, encontrou-se por proposta da Associação Brasileira de Juízes e Promotores da Infância e da Juventude, uma solução legislativa que, embora não descriminalizasse o fato, penalizava-o de forma mais branda, permitindo até o perdão judicial.

Com efeito, a lei 6.898 de 30.03.1981, passou a tipificar o “registrar como seu o filho de outrem”, como no Código Penal, em seu artigo 242, onde a pena é de dois a seis anos de reclusão, mas contrapartida vem excepcionar em seu parágrafo único, onde diz “se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza, a pena é de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar à pena”.

O que se observa é que cada vez mais as decisões são em favor do vínculo afetivo e da entidade familiar, onde os acórdãos absolutórios são quase que unânimes.

A título de exemplo podem ser citados os pronunciamentos: RT 149/706; 155/305; 167/541, 542, 190/65; 195/97, bem como TJ-RS – Apelação Crime: ACR 70042425280 RS; 2ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais de Manga Processo: 0393.03.006610-3; Natureza: Ação Penal (art. 242 do CP) Autor: Ministério Público do Estado de Minas Gerais; TJ-SC – Apelação Criminal: APR 722784 SC 2008.072278-4, além dos julgados do Superior Tribunal de Justiça: RESP 1173067 / MG, RESP 1088157 / PB e RESP 878941.

Entende-se que a jurisprudência afirma que a paternidade jurídica afasta a paternidade biológica, e a paternidade socioafetiva passou a ter reconhecimento, uma vez que nenhum interesse pode se sobrepôr a República Federal do Brasil, onde está tem como base a dignidade de pessoa humana. Diante disso fica claro e justificado os inúmeros posicionamentos dos tribunais em preservar a paternidade socioafetiva, bem como conceder o perdão judicial para pessoas que optaram pela prática da adoção à brasileira.

Todos os julgados consultados demonstram que os Tribunais Brasileiros preferem decidir pela preservação da paternidade socioafetiva, mesmo sendo ela resultado de uma adoção irregular, e havendo previsão legal de crime para tal ato, do que desconstituir os laços afetivos criados, privilegiando a paternidade biológica, na qual houve abandono.

Há decisões, inclusive, que acreditam não haver uma falsidade no registro, indo contra o que determina a lei para privilegiar os laços afetivos, sob alegação de que o registro é o espelho das relações sociais. Ademais, não pode o direito ser baseado numa racionalidade de formas, devendo ser baseado numa razão de conteúdo e, portanto, não se pode decidir de acordo com o simples vínculo biológico.

Diante disso, verifica-se que a tipificação prevista no Código Penal, em seu artigo 242, referente à punição daquele que registra filho alheio como próprio, está em completo desuso, visto que, não há condenação para pais que registram aquela criança como a sua, pois atitudes foram motivadas pelo afeto e amor, e não pode, por não ser justo, serem dadas uma vida melhor aquela criança, resultando assim no perdão judicial para os atos praticados.

## 9 CONCLUSÃO

A adoção à brasileira vem se tornando uma prática comum na sociedade, visto que grande parcela da população está optando por agir de forma irregular em razão do longo e demorado processo de adoção legal, o que resulta no aumento da adoção à brasileira.

As características do processo de adoção legal fazem dele um momento demorado, visto que se busca entender as garantias constitucionais do melhor interesse da criança, além disso, há outros obstáculos durante o processo para aquele que deseja adotar uma criança de forma regular, como por exemplo: passar pelo estudo social, as exigências das características da criança que deseja adotar, e o principal é o medo de não conseguir o tão almejado sonho de ter filho, sendo assim tais obstáculos costumam desempenhar papéis determinantes na hora de optar pela adoção à brasileira.

Apesar de boa intenção do adotante, que busca uma criança para ser seu filho e dar a ela todo o necessário para um bom desenvolvimento de criação, não se pode esquecer que o ato de registrar filho alheio como próprio constitui crime, e está tipificado no Código Penal Brasileiro.

A nova lei de adoção (Lei 12.010/09), porém tem como objetivo a garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, privilegiando assim o vínculo afetivo em detrimento ao vínculo biológico. A doutrina também da proteção integral à criança e ao adolescente, reafirmando no Estatuto da Criança e do Adolescente o princípio constitucional do melhor interesse da criança, refletindo assim a evolução que o conceito de família passou ao longo do tempo, onde hoje uma família pode ser constituída a partir dos laços de afetividade.

Dessa forma, a não punição dos adotantes vem se tornando cada vez mais frequente, seja no âmbito civil, através da não desconstituição do vínculo afetivo, seja na esfera penal, pela não aplicação do Código Penal, no que tange a tipificação de registrar filho alheio como próprio, já que a busca e apreensão do adotado e a anulação do seu registro civil, com a conseqüente prisão daqueles que sempre teve como pai, seria muito prejudicial à criança e ao adolescente, e iria contra o princípio que o Estado defende, que é a busca pelo melhor para aquele que está em

desenvolvimento, o que resulta assim na exceção do art. 242 do Código Penal, em seu parágrafo único que é o perdão judicial.

## REFERÊNCIAS

- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Vol. VI 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. Adoção: Doutrina e Prática. 2 ed., Curitiba: Juruá, 2012.
- BOCHNIA. Simone Franzoni. Da Adoção: Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família. Curitiba: Juruá, 2010
- VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 12 ed., São Paulo: Atlas, 2012.
- PAULA, Tatiana Wagner Lauand de Paula. Adoção à Brasileira: Registro de Filho Alheio em Nome Próprio. Curitiba: J.M Livraria Jurídica, 2007
- BRASIL, Constituição da República Federativa de 05 de outubro de 1988.
- BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.
- BRASIL. Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009.
- LÔBO, Paulo. Despatrimonialização do Direito de Família. Revista do Tribunal de Justiça do Maranhão. São Luiz: TJMA, v. 5, n.2, 2011.
- LÔBO, Paulo. Código Civil Comentado. Famílias. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. Direito Civil Brasileiro: direito de família. Vol. 5. 19. ed. São Paulo:Saraiva, 2004