

ROBERTO MANSUR AZEVEDO

**A RELAÇÃO SOCIOAFETIVA PRESENTE NA “ADOÇÃO À
BRASILEIRA”, EM FACE DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE
DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

CARATINGA
CURSO DE DIREITO
2016

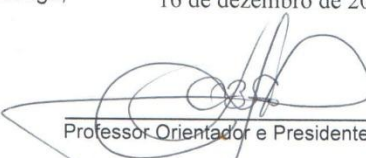
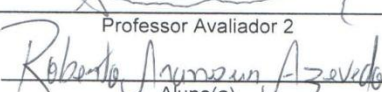
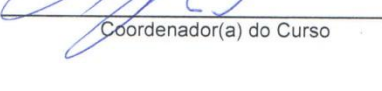
ROBERTO MANSUR AZEVEDO

**A RELAÇÃO SOCIOAFETIVA PRESENTE NA “ADOÇÃO À
BRASILEIRA”, EM FACE DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE
DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das
Faculdades Faculdades Integradas de Caratinga, como
requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Área de Concentração: Direito Civil - Direito de Família
Orientador: Prof. Msc. Cláudio Boy Guimarães

CARATINGA
CURSO DE DIREITO
2016

	FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA	FORMULÁRIO 9
	TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO	
TERMO DE APROVAÇÃO		
TÍTULO DO TRABALHO		
A relação socioafetiva presente na "Adoção à Brasileira", em face do princípio do melhor interesse da criança e do Adolescente		
Nome completo do aluno: Roberto Mansur Azevedo		
Este Trabalho de Conclusão de Curso foi apresentado perante a Banca de Avaliação composta pelos professores <u>Juliano Sepe L. Costa, Cláudio Roy Guimarães e Salatiel Ferreira Lucio</u>, às 08:00 horas do dia 16 de dezembro de 2016, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito. Após a avaliação de cada professor e discussão, a Banca Avaliadora considerou o trabalho: <u>Aprovado</u> (aprovado ou não aprovado), com a qualificação: <u>Excelente</u> (Excelente, Ótima, Bom, Satisfatório ou Insatisfatório).		
Trabalho indicado para publicação: ☒ SIM () NÃO		
Caratinga, 16 de dezembro de 2016		
 Professor Orientador e Presidente da Banca		
 Professor Avaliador 1		
 Professor Avaliador 2		
 Aluno(a)		
 Coordenador(a) do Curso		

Dedico esta monografia àqueles que me ajudaram durante esses cinco anos de faculdade, em especial aos meus queridos pais, José Roberto Azevedo e Lêda Aniz Mansur Azevedo, e às minhas irmãs que mesmo distantes me deram muita força, à minha esposa Elcer Carla Rezende Alves Azevedo que sempre esteve presente nas horas difíceis e ao meu cunhado Vinícius Rezende Alves, *in memoriam*, meu maior encorajador nessa empreitada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar, a Deus que sempre esteve à frente da minha vida, possibilitando-me alcançar todos os meus objetivos.

Agradeço também aos meus amigos e minha família por terem ajudado na construção desse trabalho.

Agradeço ao Prof. Orientador Cláudio Boy Guimarães pela paciente e dedicada orientação e pela sua competência.

Aos professores Oscar Alexandre Teixeira Moreira e Dário José Soares Júnior, componentes da banca examinadora do pré-projeto, pelas importantes observações apresentadas.

Não existe revelação mais nítida da alma de uma sociedade
do que a forma como esta trata as suas crianças.
NELSON MANDELA

RESUMO

A adoção é medida jurídica excepcional de colocação da criança e do adolescente no seio de uma família substituta, isso ocorre porque a prioridade é colocar a criança no âmbito da família de origem, prioritariamente a reinserção no âmbito da família natural e, na impossibilidade, no âmbito da família extensa, que é aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. Contudo, o maior objetivo da adoção é assegurar à criança e ao adolescente um lar adequado para a sua formação social.

A “Adoção à brasileira” é um fenômeno social que consiste no ato de registrar filho de outros como se fosse seu filho biológico, não recorrendo aos tramites legais da adoção. No artigo 242 do Código Penal Brasileiro, a “adoção à brasileira” é tipificada como crime, protegendo-se assim as crianças e adolescentes de sofrerem riscos e alienações dos seus direitos, como serem traficadas e registradas por outrem, e poderem ser adotadas por pais que não tenham condições psicológicas satisfatórias para os seus cuidados e educação.

Contudo, por chegar a constituir uma paternidade socioafetiva para com a criança ou adolescente, a “adoção a brasileira” pode expressar e conduzir a motivos de reconhecida nobreza nas relações, legítimos atos de amor dentro da família. Na esteira da complexidade desse assunto, que não se almeja esgotá-lo por aqui, a presente monografia objetiva conhecer um pouco mais acerca desse fenômeno, considerando o percurso jurídico e sua evolução concernente ao Instituto da adoção, assim como se apresentam algumas jurisprudências as quais apontam o entendimento dos Tribunais em relação à “adoção à brasileira”.

A metodologia utilizada recorre à pesquisa na Doutrina e à pesquisa Jurisprudencial dos Tribunais Brasileiros. E a presente monografia conclui que como hoje se dispõe de meios legais para se adotar e assegurar o melhor interesse para a criança e adolescente, é importante que o pretendente à adoção recorra aos trâmites legais da mesma, não incorrendo a um crime que envolve também a falsificação de registro; bem como em relação aos casos existentes de “adoção à brasileira”, deve-se considerar a possibilidade de legítimos atos de amor

configurados nas relações socioafetivas intrafamiliares, que não devem ser simplesmente ignorados ao se analisar juridicamente cada caso.

Palavras-chave: Adoção; Adoção Irregular; Direito de Família; Filiação; Relação Socioafetiva.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CP - Código Penal, aprovado pelo Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente.

IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família.

STF - Supremo Tribunal Federal.

STJ - Superior Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	13
1 A ADOÇÃO E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	18
1.1 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	20
1.2 PRINCÍPIO NORTEADOR DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	24
2 ADOÇÃO.....	29
2.1 ORIGEM DA ADOÇÃO.....	29
2.2 CONCEITO DA ADOÇÃO.....	30
2.3 BREVE HISTÓRICO DA ADOÇÃO NO BRASIL.....	32
2.4 A NOVA LEI DE ADOÇÃO.....	35
2.5 EFEITOS DA ADOÇÃO.....	37
2.6 CADASTRO, HABILITAÇÃO E PROCEDIMENTO PARA A ADOÇÃO.....	37
2.7 REQUISITOS PARA ADOÇÃO.....	40
2.8 ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA.....	43
2.9 ESPÉCIES DE ADOÇÃO.....	44
3 ADOÇÃO À BRASILEIRA.....	50
3.1 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA “ADOÇÃO À BRASILEIRA”.....	52
3.2 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS.....	54
CONCLUSÃO.....	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61

INTRODUÇÃO

Adoção é uma sublime forma de filiação, na qual se possibilita pais novos a alguém. No ordenamento brasileiro, a lei regula a adoção sempre visando o interesse do adotando, e não do adotante, como é elencado no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 1990, Código Civil de 2002 e na Lei Nacional de Adoção, Lei nº 12.010 de 2009.

Mas, a adoção com todo o aparato de proteção jurídico, possui um fenômeno social chamado adoção à brasileira, o qual transgredir o ordenamento jurídico, que é o ato de registrar o filho de outros como se fosse seu filho biológico, não atendendo aos trâmites legais da adoção. Essa forma de “adoção”¹ é um fato social que desafia os Tribunais brasileiros por ser um instituto jurídico polêmico. O caráter subjetivo desse fenômeno diz mais respeito ao sentimento do que à razão, invocando um conflito entre o ilícito e o princípio do melhor interesse do menor.

Os motivos pelos quais se recorre a esta forma de adoção são vários, como pelo temor de recusa do Poder Judiciário ou do Ministério Público em aceitar o perfil do interessado, imaginando que o Juiz de Direito ou o Promotor de Justiça possa criar óbices à adoção mediante argumentos variados (falta de recursos financeiros, transtornos psíquicos, inadequação para os cuidados de uma criança, etc.). Há também os casos que se resultam de vínculos afetivos, alimentados por aspectos culturais comuns, como naqueles casos em que a criança recém-nascida é deixada na porta de casa, e, como crença acerca de um provável “destino”, o interessado supõe ser uma missão adotá-la.

Este problema, enfrentado na sociedade brasileira, gera muitas controvérsias, pois apesar da adoção à brasileira ser um crime, pode ser também um ato de amor, uma vez que se estabelece também uma filiação socioafetiva, podendo se dar dignidade a uma criança, contribuindo para o seu crescimento e desenvolvimento saudável. Aqui se entende ato de amor como uma intenção revestida de nobreza.

Pesquisas como esta, que remontam a história do direito a respeito da adoção, podem servir de incentivo para esclarecer que a adoção à brasileira é tipificada como crime no Código Penal, evidenciando igualmente que é possível

¹ Está entre aspas porque se refere a um fenômeno social, e não a uma adoção lícita, legal.

adotar uma criança com segurança no Brasil, utilizando-se dos meios legais que a legislação dispõe. No entanto, aqueles casos de adoção à brasileira existentes no país, podem ser interpretados como ato de amor.

Para compreender melhor esta questão, a presente pesquisa desenvolve no primeiro capítulo o tema a adoção e o princípio do melhor interesse da criança. Assim, aborda-se a evolução da família e a relação dos pais com os seus filhos. Além disso, discute-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), elaborado dentro dos fundamentos da proteção integral ao menor, por força dos princípios constitucionais; a nova Lei de Adoção, nº 12.010/2009, que reformulou o instituto da adoção fazendo mudanças no ECA.

No segundo capítulo, é apresentada uma abordagem mais detalhada com relação ao instituto da adoção, sendo abordados pontos relevantes, tais como: a origem da adoção; conceito da adoção; breve histórico da adoção no Brasil; a nova lei de adoção; efeitos da adoção; cadastro, habilitação e procedimento para a adoção; requisitos para adoção; estágio de convivência; e, por fim, abordam-se quatro modalidades de adoção nacional: *intuitu personae*, unilateral, póstuma e bilateral ou conjunta.

O terceiro capítulo trata propriamente da adoção à brasileira, que é o ato de registrar o filho de outrem como se fosse seu, sem que os adotantes recorram aos tramites legais da adoção. Discute-se também a ilegalidade desse fenômeno, que é considerado crime contra o estado de filiação, pelo Código Penal brasileiro, em seu artigo 242, apenando com reclusão de dois a seis anos. Porém, a lei faculta o perdão judicial se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza. Além disso, dentro da doutrina e jurisprudências mais modernas, considera-se a paternidade socioafetiva na relação com a criança.

A metodologia utiliza a pesquisa da doutrina e a pesquisa jurisprudencial dos tribunais, neste caso recorrendo a autores que estudaram profundamente o instituto, tanto no aspecto histórico da evolução do direito da criança e do adolescente, quanto no aspecto conceitual da adoção. Nessa seara, os principais autores que norteiam a presente pesquisa são Carlos Roberto Gonçalves, Flávio Tartuce, Galdino Augusto Coelho Bordallo, Luiz Edson Fachin, Maria Berenice Dias, entre outros.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A Constituição Federal de 1988 encerrou definitivamente a diferenciação de direitos estabelecida pelo Código Civil de 1916, entre filhos legítimos, ilegítimos e adotados (artigos 337 a 378). Estabeleceu no parágrafo 6º do artigo 227 que os filhos provindos ou não do casamento, ou de adoção, possuem os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

A palavra “adoção” no latim, *ad* = para + *optio* = opção², significa que desde sua origem é conceituada como um ato deliberativo, resultante da manifestação de vontade das partes. De outra banda, a adoção é um ato jurídico em sentido estrito, eis que sua eficácia está adstrita à chancela judicial, consoante previsão do artigo 47, da norma estatutária, bem como de acordo com o artigo 1.623, § único do Novo Código Civil.

A adoção, segundo Clóvis Beviláqua, “é o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho”.³ Na concepção de Pontes de Miranda, a “adoção é o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação fictícia de paternidade e filiação”.⁴ Arnaldo Marmitt conceitua adoção como “ato jurídico bilateral, solene e complexo, através do qual criam-se relações análogas ou idênticas àsque decorrentes da filiação legítima, um *status* semelhante ou igual entre filho biológico e adotivo.”⁵

Silvio Rodrigues entende a adoção como “o ato do adotante, pelo qual traz ele, para a sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha.”⁶ Consoante as lições de Orlando Gomes, adoção é o “ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente do fato natural da procriação, o vínculo de filiação”. Trata-se de ficção jurídica, a qual permite a criação de laços de parentesco, de primeiro grau, na linha reta.⁷ Para Arnaldo Wald, adoção “é uma ficção jurídica que

² SARAIVA, Vicente de Paulo. **Expressões Latinas Jurídicas e Forenses**. São Paulo: Saraiva, 1999.

³ BEVILAQUA, Clóvis. **Clássicos da Literatura Jurídica**. Direito de Família. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 351.

⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, v. III, 2001, p. 217.

⁵ MARMITT, Arnaldo. **Adoção**. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 07.

⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Volume 6. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 380.

⁷ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 369.

cria o parentesco civil. É um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexiste naturalmente”.⁸

Observados os ensinamentos doutrinários, percebemos que o conjunto de definições é amplo e aberto, inexistindo conceituação única que se sobreponha. Esta pretensão doutrinária ganha forma em havendo uma conjugação das várias contribuições elaboradas, emoldurando-se, assim, o conceito perfeito: adoção é o ato jurídico que, através de uma ficção jurídica, e obedecidos os requisitos legais, uma pessoa dita adotante conduz à sua família, na condição de filho, outra pessoa, geralmente estranha à família do adotante e nominada adotando, independentemente da existência de relação de parentesco consanguíneo ou afim, criando-se entre as partes o vínculo da filiação e findando as ligações de filiação do adotando com a sua família biológica.

Para Roberta Silva de Menezes, “a adoção “irregular” é aquela em que há a entrega direta da criança à pessoa interessada em adotar. As pessoas que recebem a criança, por sua vez, permanecem com ela por algum tempo, ajuizando posteriormente o pedido de adoção”.⁹

Segundo Simone Franzoni Bochina, “tal modalidade também é descrita pela doutrina como adoção *Intuitu Personae*, que se dá sem a presença do Poder Judiciário, embora a sua assistência seja requisito legal para a adoção”.¹⁰

Nesse sentido, eis o que diz Galdino Augusto C. Bordallo:

As adoções *Intuitu Personae* não devem ser vistas, de antemão, como ações de má-fé entre os envolvidos, pois sua negação taxativa pode colaborar para o afastamento e o medo das pessoas em comparecer às Varas da Infância e da Juventude para regularizar a situação das crianças, que estão irregularmente sob seus cuidados.¹¹

Ao iniciar o estudo sobre Direito de Família, deve-se primeiramente definir o seu conceito.

⁸ WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro. O Novo Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 199.

⁹ MENEZES, Roberta Silva de. **“Adoção Irregular”: A inobservância do cadastro de pretendentes à adoção em razão da formação de vínculos afetivos do adotando com o adotante em Santa Catarina**. Monografia de graduação em Direito. UFSC, Santa Catarina, 2008, p. 10.

¹⁰ BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família**. Dissertação de Mestrado Interinstitucional nas Áreas de concentração em Direitos Humanos e Democracia. UFPR, Paraná. 2008, p. 86.

¹¹ BORDALLO, Galdino Augusto C. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 221.

Para Clóvis Beviláqua:

Direito de Família é o complexo de normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.¹²

Além disso, complementa Carlos Roberto Gonçalves:

O direito de família é de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável.¹³

Resta claro com estas análises, que o direito de família ora regula as relações pessoais entre os cônjuges, ou entre os ascendentes e os descendentes, ou entre parentes em linha reta; ora disciplina as relações patrimoniais que se desenvolvem no seio da família, compreendendo as que se passam entre cônjuges, entre pais e filhos, entre tutor e pupilo; ora, finalmente assume a direção das relações assistenciais, e novamente tem em vista os cônjuges entre si, os filhos frente aos pais, o tutelado em face do tutor e o interditado diante do seu curador. Assim, conclui-se que as relações pessoais, patrimoniais e assistenciais, são os três ramos de atuação do direito de família.

Eis o que diz Paulo Lôbo a seguir:

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele.

Na doutrina, o estado de filiação não tem merecido o tratamento devido, sem embargo de sua evidente essencialidade, salvo quando se cuida do estado de fato, na modalidade de posse de estado, ou do reconhecimento voluntário ou forçado. Todavia, são situações que têm por fito comprovar a

¹² BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Recife: Ramiro M. Costa, 1986, p. 6.

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 6. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

existência de estado de filiação, quando este seja objeto de dúvida ou litígio.¹⁴

Nesse sentido, fica claro que o estado de filiação constitui-se *ope legis* ou em razão da posse de estado, por força da convivência familiar (*a fortiori*, social), consolidada na afetividade. Nesse sentido, a filiação jurídica é sempre de natureza cultural (não necessariamente natural), seja ela biológica ou não biológica.

Venosa disserta sobre a relação socioafetiva:

Lembremos, porém, que a cada passo, nessa seara, sempre deverá ser levado em conta o aspecto afetivo, qual seja, a paternidade emocional, denominada socioafetiva pela doutrina, que em muitas oportunidades, como nos demonstra a experiência de tantos casos vividos ou conhecidos por todos nós, sobrepuja a paternidade biológica ou genérica. A matéria é muito mais sociológica ou psicológica do que jurídica. Por essas razões, o juiz de família deve sempre estar atento a esses fatores, valendo-se, sempre que possível, dos profissionais auxiliares, especialistas nessas áreas.¹⁵

Nesse mesmo sentido, eis o que diz Venosa citando Welter:

Um dos pontos máximos de suas teses é quando busca demonstrar que se revela viável, no direito brasileiro atual, a ação de investigação de paternidade socioafetiva. A propósito do assunto da 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.¹⁶

Conceituadas as palavras-chaves, o presente trabalho tem por objeto a proposição de um estudo a respeito da possibilidade da “Adoção à Brasileira” ser regulada à luz do princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente, levando em consideração a relação socioafetiva entre as partes.

A afirmação positiva que pode resultar na regularização da “Adoção à Brasileira”, conduta ainda considerada criminosa, ganha respaldo relevante nas palavras do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin:

A verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no

¹⁴ LÔBO, Paulo. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4752>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 282.

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 285.

comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação psicoafetiva, aquele, enfim, que além de poder lhe emprestar seu nome de família, o trata verdadeiramente como seu filho perante o ambiente social.¹⁷

Questão relevante e controversa diz respeito ao estado de filiação constituído a partir de fatos ilícitos (por exemplo, sequestro de criança, falsidade documental, troca consciente de recém-nascidos). Também nessas situações, não haverá automático predomínio da origem biológica, quando o estado de filiação perdurar no tempo. A solução adequada considerará o caso concreto, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança que, apesar da repulsa ao fato originário, poderá não coincidir com os dos pais biológicos.

Vale ressaltar, entretanto, que, na prática, dificilmente alguém é condenado ou recebe pena por conta desse delito. Isso porque, no caso concreto, poderá o juiz reconhecer a existência de erro de proibição ou, então, aplicar o perdão judicial previsto no parágrafo único do art. 242 do CP.

Por fim é preciso, no entanto, que seja investigada a conduta porque, embora a “adoção à brasileira”, na maioria das vezes, não represente torpeza de quem a pratica, pode ela ter sido utilizada para a consecução de outros ilícitos, como o tráfico internacional de crianças.

¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 169.

1 A ADOÇÃO E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A manifestação do princípio do melhor interesse da criança, o qual se consagrou no Brasil por meio da ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, se deu por conta da alta valoração e preocupação da lei com a família, tida como *célula-mater* da sociedade. Nesse sentido, então, seguem os institutos voltados à colocação em família substituta – guarda, tutela e adoção.

A nova lei da adoção, que alterou artigos importantes do Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo, tenta melhorar a situação das crianças e adolescentes de situação financeira precária, mas de família bem estruturada, ao invés de simplesmente mandá-las para instituições de abrigo.

Mesmo nos outros dois institutos de colocação em família substituta, deve ser dada prioridade à permanência na família natural, principalmente nos casos de ausência eventual dos pais, em que deverá ser concedida a guarda a parentes ou a quem quer que tenha mais afinidade com a criança ou adolescente, e somente em caso excepcional, abrigá-los nas referidas instituições, e somente mediante autorização judicial.

Como dito, prima a nova lei pela conservação da criança ou adolescente no seio familiar, devendo retirá-lo de sua família apenas em caso excepcional.

Para isso, também fixou um prazo máximo de dois anos para permanência nas instituições de acolhimento, a fim de que se decida se o acolhido deverá voltar à família, a qual deverá receber apoio para sua reestruturação, ou se será encaminhado para a adoção.

Todavia, em casos excepcionais, em que se verifique a necessidade de uma permanência mais longa que os dois anos, a lei admite tal possibilidade, mas exige que esta permanência deverá proceder de determinação judicial. Isso para tentar evitar a inexistência de adoção do acolhido por conta da idade do mesmo.

Ocorre que no Direito não há uma regra concreta, uma solução comum, a ser seguida em todos os casos. É preciso avaliar as peculiaridades de cada situação concreta a fim de se encontrar a medida plausível ao caso específico.

A fresta aberta na hipótese de extensão do prazo de estadia nessas instituições, por determinação judicial, pode perfeitamente servir como maquiagem

para situações de não observância das normas legais, ou protelar casos em que não se consegue achar pretendentes condizentes com as peculiaridades de um determinado candidato a ser adotado.

Neste último caso porque a margem de escolha que é aberta aos pretendentes à adoção faz com que muitas crianças ou adolescentes, estes principalmente por conta da idade, sejam excluídos dessa possibilidade de ter uma família, em face de características físicas.

É fato que a lei se preocupa em ditar cuidados como manter a criança/adolescente em sua comunidade, perto de sua cultura e costumes. Ainda tenta evitar ao máximo possível o retardamento da adoção para que não haja a rejeição pela idade. Exemplo disso é o prazo para a conclusão do procedimento de adoção, que deverá ser de no máximo 120 (cento e vinte) dias, o que favorece tanto para o adotante quanto para o adotando.

No entanto, na prática a situação se complica um pouco. A começar que nem sempre será possível encontrar pretendentes que se encaixem nessas pretensões. Segundo que, às instituições de acolhimento, não se tem como dar uma efetiva garantia de que o acolhido estará num ambiente bom para ele, ainda que o tempo seja curto, o que não impede que lhe cause complicações de qualquer estilo.

Com isso, tem-se que a lei não soluciona todos os problemas, até porque a sociedade vive em constante evolução, surgindo sempre novas situações. Verifica-se que a nova lei tem, muito propósito e pouquíssima praticidade. Reforça-se então, a necessidade de adaptação daquela ao caso específico. Diante do que, se pode trazer a reflexão sobre a regularização de uma situação de “adoção” de fato, sem que os requerentes tenham sido inscritos no cadastro de adoção que hoje consiste em modelo único para todo o país.

A “adoção à brasileira”, é, com razão, condenada por lei. Mas há que se lembrar sempre de que cada caso tem que ser julgado conforme suas particularidades e visando sempre atender o que for melhor para a criança.

Na hipótese de uma criança ou adolescente que já está sob os cuidados e responsabilidade de uma família, tempo suficiente para ter afeto por essa, que lhe dispensa os necessários cuidados, amor, atenção, não seria correto tirá-la desse meio familiar que lhe ofertaram, ainda que o vínculo seja apenas afetivo – o nosso Direito abrange a família em sentido amplo, acolhendo a formada pelo vínculo de afetividade – e entregá-la a uma instituição de acolhimento para ficar a espera de

um pretendente que aceite suas características, e que depois ainda consiga ter sucesso na inserção e adaptação na nova família, somente para obedecer à lei.

Assim também, nos institutos da guarda e da tutela, prima-se pelo interesse da criança. Daí a possibilidade de ouvir a criança ou adolescente nos litígios de colocação em família substituta em que são envolvidos, prevista no parágrafo 1º, do artigo 28, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Observa SARAIVA:

A leitura deste princípio, ante a condição de sujeito de direitos conquistada por crianças e adolescentes, só pode ser feita à luz do conjunto das garantias constitucionais e processuais expressamente reconhecidas, sob pena de se ressuscitar a velha doutrina travestida da nova.¹⁸

Outrossim, o princípio do melhor interesse da criança deve ser aplicado também quando do julgamento das ações sócio-educativas. Lembrando que o atual direito considera a criança e adolescente em todas as situações, não podendo, portanto, restringir-se ao direito de família.

1.1 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como forma de reduzir os obstáculos da adoção, há de ser utilizado fundamento que se encontra nos direitos fundamentais da própria criança. Enuncia o art. 1º, III, da CF que o Estado Democrático de Direito temo como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se daquilo que se denomina princípio máximo, ou superprincípio, ou macro-princípio, ou princípio dos princípios. Diante desse regramento inafastável de proteção da pessoa humana é que está em foco, atualmente, falar em personalização, repersonalização do Direito Privado. Conforme FACHIN, “ao mesmo tempo em que o patrimônio perde a importância, a pessoa é supervalorizada”¹⁹. Esclarece TARTUCE, não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tem maior ingerência ou atuação do que o Direito de Família. Por certo que é difícil a conceituação exata do que seja o princípio da

¹⁸ SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio do Direito Penal Juvenil. Adolescente e Ato Infracional**. 3ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006., p. 43.

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

dignidade da pessoa humana, por tratar-se de uma cláusula geral, de um conceito legal indeterminado, com variantes interpretações²⁰. Reconhecendo a submissão de outros preceitos constitucionais à dignidade humana, SARLET conceitua o princípio em questão como sendo:

O reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana.²¹

Para MORAES o princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção:

Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição federal exige que lhe respeitem a própria. A Concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere* (vive honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *sum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido).²²

Entende-se, a partir desses conceitos, que a dignidade humana é algo que se vê nos olhos da pessoa e na sua fala, no modo como a mesma interage com o meio que a cerca.

Quanto à interação família-dignidade, especialmente, ensina TEPEDINO que:

A família, embora tenha o seu prestígio ampliado pela Constituição da república, deixa de ter valor intrínseco, como uma instituição meramente capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir. Mais do que isso, a família passa a ser valorizada de maneira instrumental, tutelada como um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes.²³

²⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. volume 5. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2010., p. 32.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 124.

²² MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. (Coleção temas jurídicos), p. 50-51.

²³ TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares. Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 398.

Como exemplo de aplicação pela jurisprudência nacional, do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito de Família, pode ser invocada a tão comentada tese de abandono paterno-filial ou teoria do desamor. Em mais de um julgado, afirma TARTUCE, a jurisprudência pátria condenou pais a pagarem indenização aos filhos, pelo abandono afetivo, por clara lesão à dignidade humana.

O julgado mais notório é do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, no conhecido caso Alexandre Fortes, cuja ementa é a seguir transcrita.

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS. RELAÇÃO PATERNO-FILIAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIO DE AFERIVIDADE. A dor sofrida pelo filho em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7º Câmara de Direito Privado. Apelação Cível 408.555-5, decisão 01.04.2004, Rel. Unias Silva. v.u.).²⁴ (citada por TARTUCE).

De acordo com TARTUCE, esta decisão foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça, em 29 de novembro de 2005, que afastou a condenação por danos morais. Entendeu-se que não se pode falar em dever de indenizar, pois o pai não está obrigado a conviver com o filho. Segundo o Tribunal Superior não há que se falar em ato ilícito no caso descrito. Em outras palavras, concluiu-se que o afeto de um pai em relação a um filho não pode ser imposto. A decisão gerou manifestações contrárias da doutrina. Recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo condenou um pai, em sentido muito próximo ao caso Alexandre Fortes, a indenizar um filho pela abstenção de convivência.

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após a propositura de ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim (TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, Apelação com Revisão 511.903-4/7-00-Marília-SP, Rel. Dês. Caetano Lagrasta, j. 12.03.2008, v.u.).²⁵ (citada por TARTUCE).

Deste modo, fica claro que a decisão do Superior Tribunal de Justiça não esgota a discussão a respeito do tema. Em suma, afirma TARTUCE, “por certo que

²⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 5. ed. volume 5. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2010., p. 34.

²⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 5. ed. volume 5. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2010., p. 35.

a aplicação da dignidade humana em sede de Direito de Família e a tese de abandono paterno-filial serão ainda muito debatidas pela doutrina e pela jurisprudência de nosso País”.²⁶

Conforme TARTUCE, o afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana.²⁷

Enfim, a Constituição de 1988 erigiu crianças e adolescentes à condição de titulares autônomos de interesses juridicamente tutelados e subordinantes em face da família, sociedade e Estado, ao afirmar o dever destes últimos em assegurar aos primeiros, com absoluta prioridade e em atenção à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, direitos fundamentais, como vida, saúde, educação, dentre outros. Coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente disciplinar as principais relações jurídicas que se desenvolvem entre esses sujeitos de direitos.²⁸

Portanto, segundo DE PAULA:

- a) Todos os direitos da criança e do adolescente, sem exceção, são indisponíveis, compostos de uma parte individual e de outra pública, que os caracterizam como insuscetíveis de qualquer forma de renúncia ou transação.
- b) A indisponibilidade decorre da condição especial de seus titulares – crianças e adolescentes – e da proteção integral a eles devida, abrangendo a totalidade de seus direitos, estabelecidos também em razão do interesse social em garantir efetivo atendimento às necessidades básicas da infância e da juventude.
- c) Mesmo os de natureza patrimonial são indisponíveis, valendo lembrar que o Código Civil, no art. 386, subordina ao crivo judicial a alienação de bens pertencentes a menores de 21 anos de idade não emancipados, somente

²⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 5. ed. volume 5. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2010., p. 37.

²⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 5. ed. volume 5. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2010., p. 47.

²⁸ DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. **O Ministério Público**. 2008. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/307.htm>> Acesso em: 12 set. 2016.

possível se demonstrada a necessidade ou evidente utilidade do negócio.²⁹

1.2 PRINCÍPIO NORTEADOR DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Prevê o art. 227, caput, da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional 65, de 13 de julho de 2010, que:

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.³⁰

Essa proteção é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que considera criança a pessoa com idade entre zero e 12 anos incompletos, e adolescentes aquele que tem entre 12 e 18 anos de idade. Quanto ao jovem, aguarda-se a edição do Estatuto do Jovem, previsto no art. 227, § 8º da CF.³¹

Assim, afirma DE PAULA, o Estatuto da Criança e do Adolescente está assentado em dois princípios constitucionais básicos:

O da prioridade absoluta e da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que visam garantir à criança ou adolescente a primazia, preferência ou precedência no atendimento de seus direitos básicos, ante a inequívoca urgência de suas necessidades. É importante ter em mente que o destinatário da norma é alguém na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que vivencia um processo único, mágico e intricado, de rápidas e constantes modificações físicas, sociais e culturais e que, em pouco tempo, terá atingido a maturidade adulta, de acordo com as condições que a família, sociedade e Estado tiverem ofertado.³²

²⁹ DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. **O Ministério Público**. 2008. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/307.htm>> Acesso em: 12 set. 2016., p. 3.

³⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. In: **Vade Mecum**. 20. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 73.

³¹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 5. ed. volume 5. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2010., p. 44.

³² DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. **O Ministério Público**. 2008. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/307.htm>> Acesso em: 12 set. 2016., p. 2.

Outro princípio, não menos importante é o da participação popular na gestão da questão relacionada à infância e à juventude, de modo que a comunidade, agindo em conjunto com o poder público, possa participar da definição de objetivos e iniciativas potencialmente eficazes como forma de efetivar os direitos das crianças e adolescentes, afirma o autor acima citado.

Em reforço, o art. 3º do próprio ECA determina que:

A criança e adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.³³

Complementando, também, o que consta da CF o art. 4º do ECA enuncia que:

E dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.³⁴

Segundo TARTUCE, na ótica civil, essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio de melhor interesse da criança, ou *best interest of the child*, conforme reconhecido pela Convenção Internacional da Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças. O Código Civil de 2002, em dois dispositivos, acaba por reconhecer esse princípio de forma implícita. Esses dois dispositivos são os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, que foram substancialmente alterados pela Lei n. 11.698/2008.

Não restam dúvidas, sob o ponto de vista do bem-estar da criança, das vantagens do compartilhamento das responsabilidades parentais, pois crianças precisam do amor, da convivência, do cuidado, da contingência e, acima de tudo, da presença dos pais no seu cotidiano, não importando se os pais moram na mesma casa.

Afirma VOLP que:

³³ BRASIL. Lei n. 8.069. 13/07/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. In: **Vade Mecum**. 20. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1049.

³⁴ BRASIL. Lei n. 8.069. 13/07/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. In: **Vade Mecum**. 20. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1049.

A doutrina da Proteção Integral, além de contrapor-se ao tratamento que historicamente reforçou a exclusão social, apresenta-nos um conjunto conceitual, metodológico e jurídico que nos permite compreender e abordar as questões relativas às crianças e aos adolescentes sob a ótica dos direitos humanos, dando-lhes a dignidade e o respeito do qual são merecedores.³⁵

Assim sendo, percebe-se que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos plenos e gozam dos mesmos direitos das pessoas adultas e, além disso, lembra MORAES, “possuem direitos específicos por estarem em situação de desenvolvimento. E estes direitos especiais são necessários, uma vez que, por não conhecerem todos os seus direitos, não têm condições de exigir a concretização dos mesmos”.

Portanto, é perceptível que tanto os princípios constitucionais quanto os que compõem o ECA têm como objetivo conduzir as crianças ao alcance da maioridade de uma forma justa e em condições para que possam gozar de seus direitos plenamente, a fim de que se tornem cidadãos adultos dignos, livres e respeitados.

Vale ressaltar, também, que o Estatuto das Famílias abandonou-se a concepção de poder dos pais sobre os filhos para a de autoridade parental, que, mais do que mudança de nomenclatura, é a viragem para a afirmação do *múnus*, no melhor interesse dos filhos, além de contemplar a solidariedade que deve presidir as relações entre pais e filhos.³⁶

Como também, segundo BASSINI:

- a) O direito de visita, já abandonado pelas legislações recentes, é substituído pelo direito à convivência do pai não-guardião em relação ao filho e deste em relação àquele. Os pais se separam entre si, mas não dos filhos, que devem ter direito assegurado de contato e convivência com ambos. Também é estimulada, sempre que possível, a guarda compartilhada, no melhor interesse dos filhos. A tutela das crianças e adolescentes teve suas regras simplificadas, procurando harmonizá-las com as constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente, eliminando-se requisitos que se revelaram inúteis ou inibidores desse relevante *múnus*.

³⁵ VOLP, Mário. A proteção integral como contraposição à exclusão social de crianças e adolescentes. Prefácio. In: SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 3.

³⁶ BASSINI, Gustavo. **Estatuto das famílias**. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodefamilia.com.br/materia.asp?CodMater=277>> Acesso em: 12 set. 2016.

- b) Quanto à adoção, e para se evitar as colisões com o modelo sistematizado no Estatuto da Criança e do Adolescente ou o paralelismo legal hoje existente, ficaram enunciados neste projeto de Estatuto as normas e princípios gerais, disciplinando-se a adoção de maiores e remetendo-se ao ECA a adoção de crianças e adolescentes.³⁷

Demonstrando a amplitude de aplicação do princípio de melhor interesse da criança e do adolescente, vale destacar a ementa do julgado do Superior Tribunal de Justiça, o qual entendeu que não cabe qualquer alegação de nulidade processual, mesmo pelo Ministério Público, nos casos em que o processo de adoção for realizado de acordo com os ditames que protegem o menor:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ECA. ADOÇÃO. Intimação do Ministério Público para audiência. Art. 166 da Lei 8.069/1990. Fim social da lei. Interesse do menor preservado. Direito ao convívio familiar. Ausência de prejuízo. Nulidade inexistente. Não se declara nulidade por falta de audiência do Ministério Público se a teor do acórdão recorrido o interesse do menor foi preservado e o fim social do ECA foi atingido. O art. 166 da Lei 8.069 1990 deve ser interpretado à luz do art. 6º da mesma lei (STJ. REsp 847.597SC. Rel. Mi Humberto Gomes de Barros. 3ª Turma, j. 06.03.2008, DJ 01.04.2008. p. 1).³⁸ (citada por TARTUCE).

Assim, o art. 22 do ECA elenca os deveres dos pais para com os filhos³⁹, sendo então inseridos nos direitos fundamentais, pois a convivência familiar é de suma relevância para a formação e desenvolvimento no meio social, onde a família constitui a estrutura básica para o crescimento moral dos tutelados. Neste caso, não sendo possível a convivência com sua família natural, será encaminhado o jovem para outra família, por meio do instituto jurídico da guarda, tutela ou adoção.

O ECA, além de ser a melhor tradução do que vem a ser o melhor interesse, ao introduzir novas expressões e novos significantes, reforça e consolida o princípio da pluralidade de famílias, com as chamadas *famílias substitutas*. É o princípio do melhor interesse da criança que autoriza, por exemplo, conceder a guarda a quem tem melhores condições para criar e educar, seja o pai, mãe ou terceiros, cujos interesses, diante deste princípio, vão para um segundo plano. É ele, então, que

³⁷ BASSINI, Gustavo. **Estatuto das famílias**. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodefamilia.com.br/materia.asp?CodMater=277>> Acesso em: 12 set. 2016., p. 14.

³⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. volume 5. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2010., p. 47.

³⁹ BRASIL. Lei n. 8.069. 13/07/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. In: **Vade Mecum**. 20. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1051.

determinará e guiará todas as demandas judiciais envolvendo interesses de menores, independentemente dos laços biológicos, raça e sexo.⁴⁰

Ter filhos é um sonho para a maioria das pessoas. Para quem por alguma incompatibilidade não pode biologicamente tê-los, a adoção é o caminho para a concretização desse sonho unido à necessidade e o interesse de que crianças apartadas do convívio familiar biológico estejam inseridas em um contexto familiar. É sobre a adoção que se versará o seguinte capítulo.

⁴⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Universidade federal do Paraná – UFPR. Curitiba. Disponível em: <http://www.dspace.c3sl.ufpr.br:8080/.../Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf?...> Acesso em: 12. set. 2016.

2 ADOÇÃO

Para a maioria das famílias, ter filho é um grande sonho. Para quem por alguma incompatibilidade não pode biologicamente tê-los, a adoção é o caminho para a concretização desse sonho. É sobre a adoção que se versará o seguinte subcapítulo.

2.1 ORIGEM DA ADOÇÃO

A adoção na Grécia e em Roma antiga consentia às expectativas de ordem religiosa. Existia a crença de que os mortos necessitavam dos ritos fúnebres de seus descendentes para terem paz na vida após a morte, sendo que a religião e este costume somente poderiam perpetuar mediante a geração de descendentes. O pai transmitia ao filho a sua crença e a maneira de fazer as orações. E era por meio da adoção que o homem sem filhos encontrava a solução para que a família não acabasse; contudo, a adoção só era permitida para quem não tinha filho homem, a fim de garantir a perpetuidade da família. A filha, ao se casar, abdicava ao culto do seu pai e venerava os deuses do marido.⁴¹

A adoção foi ameaçada na idade média, pois as regras contrastavam aos interesses dominantes daquele período. Uma vez que a pessoa falecesse sem herdeiros, seus bens seriam transferidos para os senhores feudais ou para a igreja. Nesse período, passou-se a utilizar a adoção como um recurso cristão de paternidade, porém o adotado tinha muito pouco direito. Os filhos eram tidos como uma dádiva divina para o casal e sua ausência um castigo. A doutrina religiosa compreendia que a esterilidade não poderia ser compensada com a adoção.⁴²

Com a elaboração do Código de Napoleão, na França, o direito moderno voltou a utilizar a adoção. Napoleão foi um dos interessados pela inclusão da

⁴¹ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: Doutrina e prática. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 33-34.

⁴² BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 260.

adoção no Código Civil, mesmo porque ele próprio não tinha filhos com a imperatriz, então ele pensava em adotar. Depois do Código Francês, o instituto da adoção se reinseriu em todos os diplomas legais ocidentais, devido à influência desse código nas legislações modernas de outros países. Desse modo, a adoção se transformou em meios para dar filhos a quem não podia tê-los. Atualmente, a adoção significa dar uma família a quem não a possui, evoluindo de seu caráter potestativo para um caráter assistencialista.⁴³

2.2 CONCEITO DA ADOÇÃO

A adoção é regida de acordo com a Lei n. 8.069, de 13.07.1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁴, nos artigos 39 e seguintes. O § 1º do artigo 39 do ECA dispõe que:

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

O artigo 1.618 do Código Civil de 2002⁴⁵, de acordo com a redação da Lei 12.010 de 03.08.2009, dispõe: “A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente”.

A doutrina dá vários conceitos para adoção. Paulo Lôbo⁴⁶ define adoção nos seguintes termos:

⁴³ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 260.

⁴⁴ NEGRÃO, Theotônio, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, colaboração de João Francisco Naves da Fonseca. **Código civil e legislação civil em vigor**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1016.

⁴⁵ NEGRÃO, Theotônio, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, colaboração de João Francisco Naves da Fonseca. **Código civil e legislação civil em vigor**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1016.

⁴⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 273.

A adoção é ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, pois depende de decisão judicial para produzir seus efeitos. Não é negócio jurídico unilateral. Por dizer respeito ao estado de filiação, que é indispensável, não pode ser revogada. O ato é personalíssimo, não se admitindo que possa ser exercido por procuração.

Para Maria Berenice Dias “a adoção constitui um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade”. Além disso, é uma modalidade de filiação baseada no amor, que causa vínculo de parentesco por escolha, consagrando este instituto a paternidade socioafetiva, tomando por base o fator sociológico.⁴⁷

Para Galdino Augusto Coelho Bordallo a adoção é um “ato de amor que acontece no coração do adotante e do adotado, ocorrendo anterior e independentemente do ato judicial que faz produzir os efeitos jurídicos”. E ainda, a adoção converte a criança ou adolescente em um membro da família, o que faz com que a proteção oferecida ao adotando mais integral.⁴⁸

Granato, citando João Seabra Diniz, define adoção, como:

Inserção num ambiente familiar, de forma definitiva e com aquisição de vínculo jurídico próprio da filiação, segundo as normas legais em vigor, de uma criança cujos pais morreram ou são desconhecidos, ou, não sendo esse o caso, não podem ou não querem assumir o desempenho das suas funções parentais, ou são pela autoridade competente, considerados indignos para tal.⁴⁹

Observados os ensinamentos doutrinários, percebemos que o conjunto de definições é amplo e aberto, inexistindo conceituação única que se sobreponha. Esta pretensão doutrinária ganha forma em havendo uma conjugação das várias contribuições elaboradas, emoldurando-se, assim, o conceito perfeito: adoção é o ato jurídico que, através de uma ficção jurídica, e obedecidos os requisitos legais, uma pessoa dita adotante conduz à sua família, na condição de filho, outra pessoa, geralmente estranha à família do adotante e nominada adotando, independentemente da existência de relação de parentesco consanguíneo ou afim,

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 483.

⁴⁸ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 321.

⁴⁹ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 29.

criando-se entre as partes o vínculo da filiação e findando as ligações de filiação do adotando com a sua família biológica.

2.3 BREVE HISTÓRICO DA ADOÇÃO NO BRASIL

A adoção só foi sistematizada no direito brasileiro, no Código Civil de 1916, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Legalmente com essa lei admitiu-se a adoção, reforçando o objetivo de dar filhos aos casais que não os podiam ter. Por esse Código o filho adotivo não rompia os laços com a sua família, o pátrio poder se destinaria do pai natural para o adotante, no entanto os direitos e deveres do adotado e da família natural não se findavam. Só os maiores de cinquenta anos de idade podiam adotar, desde que fossem pelo menos dezoito anos mais velhos que os adotados. O adotante não podia ter prole legítima ou legitimada, o que dificultava a concretização da adoção.⁵⁰

Em 08 de maio de 1957, com a promulgação da Lei 3.133, houve mudança e incentivo a prática da adoção. Portanto, esta lei contribuiu com o processo adotivo, alterando alguns dispositivos do Código Civil, como a redução da idade mínima do adotante de 50 (cinquenta) anos para 30 (trinta) anos. Com isso, casais mais jovens que já tivessem cinco anos de casados podiam adotar um filho. Houve também outras mudanças, o que acabou com o requisito de o adotante não ter prole legítima ou legitimada; diminuição da diferença de idade entre o adotante e o menor de dezoito para dezesseis anos; a exigência do consentimento do adotando, se maior de idade, e se tratando de incapaz ou nascituro o consentimento do representante legal; passa a ter direito o adotando a acrescentar ao seu nome o do pai adotante ou até usar só o nome do pai adotante. Todavia, continuou a negar o direito sucessório.⁵¹

Comenta Ferreira que a Lei 3.133

⁵⁰ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 43-44.

⁵¹ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 43-44.

conservou o caráter contratual da adoção e não simplificou suas formalidades, mantendo as exigidas pelo Código Civil: a escritura pública, registro da escritura no cartório competente e sua averbação no registro civil com grande pagamento de custas.⁵²

Com a Lei 4.655, de 02 de junho de 1965, surgiu a legitimação adotiva. De acordo com esta lei, a legitimação adotiva só podia ser deferida se o menor tivesse até sete anos de idade, caso fosse órfão não reclamado por parentes no período de mais de 1 (um) ano, ou ainda quando os pais fossem destituídos do pátrio poder.

Como também, no caso do filho natural reconhecido apenas pela mãe, na impossibilidade dela de prover a criação do filho. Porém, havia a exigência de um período de três anos de guarda do menor pelos requerentes para deferir a legitimação.⁵³

Foi mantida por esta Lei a idade de trinta anos para o adotante e o período de cinco anos de matrimônio do casal para poder adotar, já previsto na Lei 3.133/57. Porém, havia exigência da Lei de não existência de filhos legítimos, legitimados ou naturais reconhecidos. Por outro lado, estabelecia a irrevogabilidade da legitimação adotiva, mesmo que os adotantes viessem depois a ter filhos legítimos, aos quais consideravam equiparados os legitimados adotivos. No entanto, excluía o legitimado adotivo da sucessão, caso viesse a concorrer com filho legitimado superveniente à adoção.⁵⁴

Luiz Antônio Miguel Ferreira, citando Carvalho⁵⁵, comenta e questiona a Lei:

Se o filho legitimado adotivamente é equiparado ao legítimo para todos os efeitos (art. 7º), se o registro original do menor é anulado (art. 6º, § 2º), se cessam os vínculos da filiação anterior, exceto quanto aos impedimentos matrimoniais (art. 6º, § 3º), se o filho legitimado adotivamente cessa de herdar da família originária, por que perderá direito sucessório pela superveniência de filho legítimo?

A Lei 4.655 autorizava a legitimação adotiva ao viúvo ou viúva com mais de trinta e cinco anos de idade, caso ficasse comprovado que o menor estivesse bem adaptado e integrado em seu lar, no qual estivesse há mais de cinco anos; bem

⁵² FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **Guia prático doutrinário e processual** (com as alterações da Lei nº 12.010 de 03/08/2009). São Paulo: Cortez, 2010, p. 29.

⁵³ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 45-47.

⁵⁴ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 45-46.

⁵⁵ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **Guia prático doutrinário e processual** (com as alterações da Lei nº 12.010 de 03/08/2009). São Paulo: Cortez, 2010, p. 183.

como, permitia aos cônjuges desquitados solicitarem a legitimação se tivesse iniciado a guarda do menor no período de prova, na vigência do matrimônio, desde que ajustados sobre a guarda, visitas e pensão.⁵⁶

Uma medida importante dessa Lei foi a ruptura da relação de parentesco com a família biológica, sendo o vínculo ampliado à família dos legitimantes, contudo só se os seus ascendentes tivessem concordado com o ato da adoção. E ainda, estabeleceu-se a possibilidade do menor ter direito ao nome do legitimante, como também alterar o seu prenome.⁵⁷

Ainda com relação à Lei 4.655 comenta Luiz Antônio Miguel Ferreira⁵⁸ que,

verificou-se um pequeno avanço no instituto da adoção, mas essa legislação, como as revogadas, ainda se mostrou tímida em pontos como a restrição da idade para a legitimação adotiva (em 7 anos), na questão sucessória, na limitação dos legitimados ativos para o pedido (art. 2º), no fato da legitimação somente ser deferida após um período mínimo de três anos de guarda do menor pelos requerentes. Enfim, ainda existiam muitas barreiras para que a adoção se tornasse um instituto que contemplasse o direito da criança e do adolescente à convivência familiar.

Veio em 1979 o Código de Menores, instituído pela Lei 6.697, que introduziu a adoção plena, substituindo a legitimação adotiva. Esta lei admitiu também a adoção simples regulada pelo Código Civil. O Código de Menores só se destinava aos menores que vivessem em situação irregular. Na adoção plena, cortavam-se todos os vínculos com a família biológica do menor, o qual entrava para a nova família como se fosse filho de sangue do adotante. O assento de nascimento do adotado era invalidado, fazia-se um novo registro que podia mudar o prenome, passando a fazer parte os nomes dos adotantes e de seus ascendentes, como filho legítimo da nova família. Essa adoção plena só podia ocorrer até o limite de sete anos de idade da criança em situação irregular. Acima dessa idade, só para aqueles menores que já estavam sob a guarda dos adotantes. Por este Código a adoção era irrevogável e a sucessão ficou garantida ao filho adotivo.⁵⁹

⁵⁶ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 45-46.

⁵⁷ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p.45-47.

⁵⁸ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **Guia prático doutrinário e processual** (com as alterações da Lei nº 12.010 de 03/08/2009). São Paulo: Cortez, 2010, p. 29.

⁵⁹ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 47-48.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar da Ordem Social, no art. 227, § 6º, pôs-se fim a diferenciação que havia até então, não apenas de qualificação, mas quanto aos direitos que poderiam ser reconhecidos em favor dos filhos tidos como naturais, em desfavor daqueles cuja concepção fosse feita do casamento. E no caput desse mesmo artigo prevê a corresponsabilidade da família, da sociedade e do Estado na efetiva proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.⁶⁰

Com a instituição do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, passou-se a vigorar no país um novo modelo com relação à assistência à infância e à adolescência, promovendo grandes avanços. O ECA aboliu as denominações de adoção simples e adoção plena, estabelecendo uma única modalidade de adoção, de zero até dezoito anos e, excepcionalmente, até os 21 anos de idade⁶¹. O adotado passa a ser o centro de interesse na adoção e não mais o adotante. Luiz Antonio Miguel Ferreira, citando Veronese (1977, p. 79), comenta que:

Devemos considerar que durante um certo período entendia-se que a adoção seria a possibilidade de dar um filho para aqueles cuja natureza os havia negado; depois, passou a ser vista como uma questão caritativa, de tirar da rua os desassistidos. Hoje, nasce uma nova visão da sociedade como um todo, ser responsável pelos seus.⁶²

Com a entrada em vigor do Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, revoga o Código anterior. Porém, não foi feita nenhuma observação com relação à adoção tratada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.⁶³

2.4 A NOVA LEI DE ADOÇÃO

Em 29 de julho de 2009 edita a Lei 12.010, que reformulou o instituto da adoção. Revoga os artigos de 1620 a 1629 do Código Civil, que tratava da adoção.

⁶⁰ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 49-50.

⁶¹ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **Guia prático doutrinário e processual** (com as alterações da Lei nº 12.010 de 03/08/2009). São Paulo: Cortez, 2010, p. 32.

⁶² FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **Guia prático doutrinário e processual** (com as alterações da Lei nº 12.010 de 03/08/2009). São Paulo: Cortez, 2010, p. 31.

⁶³ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 117.

Acrescentou ao Estatuto da Criança e do Adolescente o capítulo III do Título VI da Seção VIII, tratando do procedimento para habilitação à adoção⁶⁴. Com o advento da Nova Lei de Adoção foi acrescentado ao art. 39 do ECA o § 1º no qual diz que “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”⁶⁵. Assim, a quebra de vínculo da convivência familiar só acontece depois de esgotadas todas as possibilidades dessa convivência.

A Lei 12.010/2009 adéqua a idade do adotante para 18 anos aos termos do Código Civil. A adoção de menores de 18 anos voltou a ser regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, unificando a legislação que trata da adoção, deixando de se buscar uma legislação específica. Hoje, para adotados menores de 18 anos é regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. E a adoção para maiores de 18 anos, adoção civil, é tratada no Código Civil com procedimento previsto no Código de Processo Civil.⁶⁶

A Lei dispõe que “para a adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família” (art. 42, § 2º, ECA). Mantém a lei o dispositivo em que deve haver diferença de idade entre adotante e adotado, relativa a pelo menos de 16 (dezesseis) anos de diferença.⁶⁷

O Estatuto, antes da Lei 12.010, já previa no seu art. 48 que “o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos”. E no art. 27, também do ECA, previa que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”⁶⁸. Por conseguinte, a adoção amparada pela Lei não obsta que o adotado tenha acesso às informações da sua origem.

⁶⁴ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Procedimento da habilitação para adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 786.

⁶⁵ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **Guia prático doutrinário e processual** (com as alterações da Lei nº 12.010 de 03/08/2009). São Paulo: Cortez, 2010, p. 37.

⁶⁶ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **Guia prático doutrinário e processual** (com as alterações da Lei nº 12.010 de 03/08/2009). São Paulo: Cortez, 2010, p. 33.

⁶⁷ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **Guia prático doutrinário e processual** (com as alterações da Lei nº 12.010 de 03/08/2009). São Paulo: Cortez, 2010, p. 68-69.

⁶⁸ BRASIL. Lei n. 8.069. 13/07/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. In: **Vade Mecum**. 20. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1051.

2.5 EFEITOS DA ADOÇÃO

Quando a adoção é realizada seguindo o devido processo legal, geram-se efeitos pessoal e patrimonial. O efeito pessoal gerado pela adoção é aquele no qual o adotado passa automaticamente a ser membro da família do adotante, inclusive com mesmos direitos e deveres que teria um filho biológico. Isso se dá graças aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana, como também ao princípio da isonomia entre os filhos tratado no art. 1596 do Código Civil de 2002 e nos artigos 20 e 41 da Lei 8.069/90 (ECA). Vale ressaltar que o adotado rompe o vínculo com a família biológica dele. Porém, há uma exceção com relação ao vínculo do adotado e sua família biológica, que é o impedimento matrimonial, nos termos do art. 1521 do Código Civil.⁶⁹

Os efeitos patrimoniais são os relacionados a alimentos e sucessão. Com a guarda do adotado, o pai adotivo passa a ter o dever de sustentá-lo. E com relação à sucessão passará o adotado a ter os mesmos direitos dos filhos biológicos, inclusive sucederá o adotado aos parentes do adotante, conforme art. 1829 do Código Civil.⁷⁰

Destarte, a adoção deve ser feita dentro da lei, com isso, há requisitos a serem cumpridos como os citados no próximo tópico.

2.6 CADASTRO, HABILITAÇÃO E PROCEDIMENTO PARA A ADOÇÃO

Na Seção VIII, do Capítulo III do Título VI, criada pela Lei 12.010 acrescentou ao ECA os artigos 197-A a 197-E, estabelecendo o procedimento em que o interessado tem que se submeter para se habilitar ao cadastro da adoção. No art. 197-A, estão elencados os documentos necessários para a adoção; enquanto que no art. 197-B, fala-se do encaminhamento do processo ao Ministério Público, que

⁶⁹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 314-315.

⁷⁰ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 317.

pode requerer designação de audiência para oitiva dos requerentes e requerer diligências se houver necessidade.⁷¹

E ainda, está disposto no art. 197-C, que o processo será encaminhado para a equipe interprofissional do juízo, para que haja o acompanhamento do requerente.

Neste caso, o interessado à adoção é entrevistado por psicólogos e assistentes sociais, os quais emitirão um parecer que indicará se a pessoa possui condições ou não de adotar. Por fim, art. 197-E, atesta-se que se for deferida a habilitação para adotar, será emitido certificado ao requerente e determinada sua inclusão no cadastro de pretendentes à adoção. A pessoa habilitada aguardará a chamada do juízo em uma fila, que irá ocorrer em ordem cronológica⁷². Este cadastro é para evitar que pessoas façam adoção direta.

As únicas exceções para adoção à pessoa não cadastrada estão no § 13 do art. 50 do ECA:

Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente quando:
I- se tratar de pedido de adoção unilateral;
II- for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;
III- oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê ocorrência de crimes nas hipóteses de subtração de criança ou adolescente ou na promessa de entrega de filho ou pupilo a terceiros.⁷³

O § 5º do art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que “serão criados e implementados cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção”⁷⁴. Para dar cumprimento a este dispositivo do Estatuto, o Conselho Nacional de Justiça baixou a Resolução 54/08, em 29/04/2008, criando o Cadastro Nacional de Adoção. A Resolução dispõe em seu art. 1º:

⁷¹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Procedimento da habilitação para adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 786.

⁷² BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Procedimento da habilitação para adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 786-787.

⁷³ BRASIL. Lei n. 8.069. 13/07/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. In: **Vade Mecum**. 20. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1054.

⁷⁴ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 82.

O Conselho Nacional de Justiça implantará o Banco Nacional de Adoção, que tem por finalidade consolidar dados de todas as comarcas das unidades da federação referentes a crianças e adolescentes disponíveis para adoção, após o trânsito em julgado dos respectivos processos, assim como dos pretendentes a adoção domiciliados no Brasil e devidamente habilitados.⁷⁵

Portanto, a Resolução 54 cria o Cadastro Nacional de Adoção sob a forma de Banco Nacional de Adoção, e uniformiza os inúmeros cadastros existentes no país. Até 2008, o processo de habilitação só era válido para a localidade onde o pretendente à adoção residia. Era exigido uma nova habilitação para buscar uma criança em outra comarca. Hoje, com a criação do Cadastro Nacional, os candidatos à adoção podem encontrar um filho em qualquer região do país, por meio da consulta ao cadastro pelos Juízes da Infância e Juventude.⁷⁶

O Cadastro Nacional de Adoção tem como um de seus objetivos principais a colocação de crianças e adolescentes de forma ordenada na família adotante. Este cadastro serve também para apresentar as peculiaridades de cada criança a ser adotada e ainda obedecer à ordem de habilitação dos interessados à adoção. Por fim, a principal finalidade desse cadastro é possibilitar o encontro entre os interessados à adoção e as crianças e adolescentes que esperam pela adoção. Com este intercâmbio de informações que forma, em rede nacional, pode aumentar o número de adoções.⁷⁷

É possível o cadastro das crianças e dos adolescentes porque a equipe interprofissional da Vara da Infância de crianças e adolescente faz uma lista baseada em informações nos processos e procedimentos em andamento no juízo, como também informações acolhidas nos abrigos sobre a situação de cada criança e adolescente assistidos. São informações importantes para indagações e averiguações se a criança ou adolescente está em condições de ser adotado.⁷⁸

Em situações que envolvam bebês e crianças muito pequenas, que são abandonadas e não se consegue nenhuma informação sobre suas origens, a inclusão deve acontecer o mais breve possível. No caso, há também a situação de

⁷⁵ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 82.

⁷⁶ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 82-84.

⁷⁷ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 82-84.

⁷⁸ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 289.

crianças ou adolescentes encontrados na rua, depois de averiguadas as informações dadas por eles, tenta-se a possibilidade de reintegração familiar. Não havendo essa possibilidade, deve-se fazer de imediato a inserção do nome delas no cadastro para adoção.⁷⁹

2.7 REQUISITOS PARA ADOÇÃO

Os requisitos necessários para a realização da adoção são: “idade mínima que deve ter o adotante; estabilidade da família; diferença de 16 anos entre adotante e adotando; consentimento dos pais biológicos; concordância do adotando e reais vantagens para o adotando”.⁸⁰

A) Idade mínima do adotante e estabilidade da família

A idade mínima para adotar era de 50 anos no Código Civil de 1916. Posteriormente veio a Lei 3.133/57, que alterou o texto para 30 anos de idade. Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, a idade para adotar se tornou a mesma da capacidade para os atos da vida civil. O Código Civil de 2002 considerou o mesmo entendimento, hoje 18 anos de idade⁸¹. Questiona Bordallo:

Terá uma pessoa, com 18 anos de idade, amadurecimento para adotar criança com, no máximo, dois anos de idade, já que há de ser respeitada a regra do art. 42, § 3º, do ECA? Terá a mesma pessoa vida suficientemente estabilizada, como exige a regra do parágrafo único do artigo em comento? A situação atual do país e do jovem brasileiro de 18 anos evidencia que não.⁸²

⁷⁹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 289.

⁸⁰ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 296.

⁸¹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 296.

⁸² BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 297.

O art. 42, § 2º do ECA, acrescentado pela nova lei de adoção exige a comprovação da estabilidade da família. Porém, é imprescindível que essa avaliação seja feita pela equipe interprofissional “a fim de que venham a colher subsídios que possam indicar a existência desta correta exigência legal”. Como também, é necessário que a coleta de informações seja realizada em dois momentos: no procedimento da habilitação dos interessados na adoção e no decorrer do processo judicial de adoção.⁸³

B) Diferença de idade entre adotante e adotado

O adotante há de ser dezesseis anos mais velho que o adotando (art. 42, § 3º do ECA). Essa diferença de idade na adoção é para que se assemelhe ao fundamento da natureza biológica da condição humana, uma vez que a mulher pode ser mãe aos 16 anos de idade. A própria lei autoriza a mulher casar-se com dezesseis anos de idade, e, por conseguinte, ser mãe. No entanto, a Lei não estabelece a idade máxima para o adotante e nem diferencia a idade máxima entre adotante e adotando.⁸⁴

Eunice Ferreira Rodrigues Granato comenta:

Lamenta-se apenas que o legislador não tenha estabelecido, em contrapartida, limite máximo de idade entre adotante e adotado. Em outros países entre a adoção somente poderá se concretizar se não houver diferença muito grande de idade entre adotante e adotado. No Brasil, infelizmente, isso não ocorre, o que implica dizer que, em tese, um casal octogenário pode adotar uma criança recém-nascida sem que haja restrição legal. Ora, se adoção tem em mira imitar a natureza, como repetidas vezes dissemos neste estudo, causa estranheza o fato de a lei não obstá-la, antes permitindo-a a pessoas que, em razão da idade, mais estariam para avós do que propriamente para pais dos adotados.⁸⁵

C) Consentimento do adotando e dos pais biológicos ou do representante legal

Na adoção há o rompimento do vínculo parentesco com a família biológica, passando o adotado a ter um novo vínculo com a família substituta, por isso a Lei

⁸³ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 298.

⁸⁴ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 79.

⁸⁵ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 80.

exige que os pais biológicos consentam na adoção (art. 45, ECA)⁸⁶. Só é dispensado o consentimento dos pais se forem desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. Como também é necessário o consentimento do adolescente maior de 12 anos de idade para a adoção, uma vez que pode tornar a convivência melhor.⁸⁷

Eunice Ferreira Rodrigues Granato⁸⁸ relata que vários comentadores do ECA falam que este consentimento do adolescente não é condição absolutamente necessária, e cita o comentário de Omar Gama Bem Kauss:

Entretanto, esse consentimento deve ter um valor relativo na apreciação a ser feita pelo juiz na sentença.
A sua concordância ou discordância, por si só, não deve representar o deferimento ou indeferimento da adoção.
O § 2º do art. 45 não pode ter uma interpretação divorciada daquela que se deve dar ao art. 43 que representa o ideal do sistema. Portanto, a concordância ou discordância do menor deve ser confrontada com as vantagens ou desvantagens para si, da adoção.
Pode concordar e a adoção merecer indeferida e, ao contrário, pode discordar, e ser ela deferida.
Não se pode esquecer a cautela com que sempre se houve a Justiça, nas causas de família, com relação a depoimentos de menores, nem se deve considerá-los isoladamente, mas em conjunto com as outras provas ou elementos formadores de convicção.
A adoção moderna é sempre conferida de acordo com os altos interesses dos menores, que eles nem sempre sabem aquilatar.

Comenta a autora que “melhor teria andado o legislador se, ao invés de “consentimento”, tivesse se referido apenas à oitiva obrigatória do adotando”⁸⁹. E faz uma crítica ao art. 197 do ECA. Este artigo colide com o direito do adolescente de consentir ou não com a sua adoção, ele poderá desejar ser adotado por um casal que esteja em último lugar na fila, com o qual melhor se adéqua. E se os candidatos que estão em primeiro lugar são um casal sexagenário, o qual aceita a criança independentemente da idade, é justo que se entregue a este um recém-nascido, que também é desejado pelo casal novo que não pode ter filhos? Por fim, a autora

⁸⁶ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 300.

⁸⁷ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 74.

⁸⁸ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 74-75.

⁸⁹ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 75.

conclui: “mal andou, portanto, o legislador, em estabelecer uma fila de pretendentes a ser obedecida”.⁹⁰

D) Reais benefícios para o adotando

Este requisito está disposto no art. 43 do ECA e representa a concretização da doutrina da proteção integral e do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. O que se busca com a colocação da criança ou do adolescente na família substituta é o melhor para o mesmo. Daí a necessidade da avaliação pela equipe interprofissional, se os adotantes possuem a condição necessária para que a criança seja acolhida e amada. O que mais o adotando precisa é de uma família que o ame e o ampare, já que vem de uma situação de desamor. A situação financeira do adotante não deve ser o norte para verificar a família real, muito embora, é um ponto também a ser analisado. Mas a principal vantagem é se essa família tem condições de dar um lar com amor ao adotando.⁹¹

2.8 ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

O ECA, no art. 46, já previa que “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” (ECA, 1990). Porém, foram acrescentados parágrafos a este artigo 46, pela Lei 12.010/09 no sentido de melhorar a regulamentação do estágio de convivência. Este estágio é o período de avaliação da nova família do adotando, acompanhado pela equipe técnica do juízo, a qual observará à adequação entre o adotando e o adotante. Essa equipe vai verificar o comportamento da família do adotante no enfrentamento dos problemas do dia a dia, que poderão surgir com o adotando. Além disso, o § 4º desse mesmo

⁹⁰ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção: doutrina e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 87.

⁹¹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 307.

artigo reforça este acompanhamento do estágio de convivência pela equipe interpessoal (assistentes sociais e psicólogos).⁹²

Diz ainda o art. 46 do ECA, em seu § 3º, que “em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 (trinta) dias” (ECA, 1990). Porém, a Lei apresenta uma exceção ao estágio de convivência no § 1º deste mesmo artigo: “O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo”.⁹³

Torna-se relevante enfatizar que o estágio de convivência é um período em que o adotando convive com os adotantes com a finalidade de adaptação à família, como também para a compatibilidade desta com a adoção, possibilitando a afinidade e a afetividade dos dois lados, como também afasta possíveis adoções precipitadas, pois a adoção é irreversível.⁹⁴

Com isso, a seguir, abordar-se-á a respeito das espécies de adoções existentes no Brasil.

2.9 ESPÉCIES DE ADOÇÃO

Conforme Bordallo há quatro modalidades de adoção nacional, que são: *intuitu personae*, unilateral, póstuma e bilateral.

A) *Intuitu personae*

Esta forma de adoção não submete ao regime geral do cadastro, como também, não observa a ordem cronológica de inscrição. Normalmente os pais biológicos direcionam a adoção, ou seja, os pais biológicos elegendo o adotante como seu substituto. É dispensado que caracterize o vínculo de afetividade entre

⁹² BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 310.

⁹³ BRASIL. Lei n. 8.069. 13/07/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. In: **Vade Mecum**. 20. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1053.

⁹⁴ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 87-88.

adotante e adotando. Este instituto não é para regularizar a situação fática anterior, no entanto, o adotante deve ser submetido, antes da pronúncia de adoção, à avaliação psicossocial por uma equipe interdisciplinar, a fim de assegurar o efetivo atendimento dos interesses prioritários do adotando. Essa modalidade de adoção só acontece na adoção nacional, é vedada à adoção internacional.⁹⁵

Eunice Ferreira Rodrigues Granato comenta que “antes do Estatuto ainda havia a possibilidade da adoção do Código Civil, que era uma forma de o casal garantir a adoção para si. Agora, essa via está proibida”. E continua a autora: “observa-se que a Lei 12.010/09, conhecida como a nova Lei da Adoção, veio impossibilitar a adoção *intuitu personae*, em relação a crianças com menos de três anos de idade”⁹⁶. O art. 50, § 13 do ECA, acrescido pela Lei 12.010/2009, cita os casos de exceção para candidatos não cadastrados previamente:

§ 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

I - se tratar de pedido de adoção unilateral;

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.⁹⁷

O parágrafo único do art. 13 dispõe que “as gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude”.⁹⁸

E ainda dispõe o art. 258-B, também do ECA:

Art. 258-B. Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de efetuar imediato encaminhamento à autoridade judiciária de caso de que tenha conhecimento de mãe ou gestante interessada em entregar seu filho para adoção.

Pena - multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 3.000,00 (três mil reais).

⁹⁵ KUSANO, Suely Mitie. **Adoção de menores: *Intuitu personae***. Curitiba: Juruá, 2011, p. 137-138.

⁹⁶ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 142.

⁹⁷ BRASIL. Lei n. 8.069. 13/07/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. In: **Vade Mecum**. 20. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1054.

⁹⁸ BRASIL. Lei n. 8.069. 13/07/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. In: **Vade Mecum**. 20. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1050.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena o funcionário de programa oficial ou comunitário destinado à garantia do direito à convivência familiar que deixa de efetuar a comunicação referida no caput deste artigo.⁹⁹

Agora todas as adoções são determinadas pelo Estado, não havendo mais possibilidade de os detentores do poder familiar escolherem uma família para o filho que não podem criar. Assim, evita-se que alguém leve alguma vantagem indevida com a adoção, o que faz com que o poder do Estado se sobreponha ao poder familiar dos pais, cabendo àquele, e não a estes, dizer quem deve adotar a criança¹⁰⁰. Portanto, a situação em que a futura mãe promete o filho que vai ter a um casal que passa a acompanhá-la e assisti-la, torna-se impossível diante desses dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Com isso, a adoção *intuitu personae* não tem mais razão de ser.

B) Adoção unilateral

Adoção unilateral acontece quando um dos pais biológicos reconstrói sua vida, em que o novo companheiro(a) passa a auxiliar o outro na criação do filho. Surge por meio desse convívio, o sentimento paternal ou maternal, fazendo com que ambos desejem tornar a relação socioafetiva legal judicialmente, tornando de direito o que já era de fato. No registro do adotando passa a constar o nome do adotante, porém, mantém intacto o assentamento referente ao pai biológico.¹⁰¹

Vale ressaltar que se o pai biológico estiver presente na vida dessa criança, visitando-o ou acompanhando o seu desenvolvimento, não pode ser ele destituído do poder familiar; como também não pode ser justificativa para a desconstituição desse poder a condição financeira desfavorável do pai biológico em relação ao pretense adotante.¹⁰²

A Lei admite (ECA, art. 41, § 1º) que o cônjuge ou companheiro adote a prole do outro, o que não interfere no vínculo de filiação com relação ao pai ou mãe biológica. Maria Berenice Dias explica que “trata-se de forma especial de adoção,

⁹⁹ BRASIL. Lei n. 8.069. 13/07/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. In: **Vade Mecum**. 20. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1079.

¹⁰⁰ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 144.

¹⁰¹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 320.

¹⁰² BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 320.

que tem caráter híbrido, pois permite a substituição de somente um dos genitores e respectiva ascendência”. No caso do abandono da criança pelo pai biológico, de acordo com o art. 1.638, inciso II do Código Civil, é possível requerer a destituição do genitor do poder familiar.¹⁰³

Nesse sentido, Dias comenta¹⁰⁴:

Muitas vezes abandonado pelo pai, o filho passa a ter estreita vinculação com o companheiro ou marido da mãe. Como o abandono serve de causa para a perda do poder familiar (CC 1.638, II), possível ser requerida a destituição do genitor e a adoção do filho pelo novo cônjuge ou companheiro. Dispõe de legitimidade ativa para a ação o padrasto, que ao pedido de adoção cumula o pedido de destituição do poder familiar. Esta é a única solução quando injustamente o pai se insurge contra a adoção.

Para Maria Berenice Dias, existem três possibilidades para fazer adoção unilateral:

- a) Quando o filho foi reconhecido por apenas um dos pais, a ele compete autorizar a adoção pelo seu parceiro;
- b) Reconhecido por ambos os genitores, concordando um deles com a adoção, decai ele do poder familiar;
- c) Em face do falecimento do pai biológico, pode o órfão ser adotado pelo cônjuge ou parceiro do genitor sobrevivente.¹⁰⁵

C) Adoção póstuma

É a concedida após a morte do adotante, desde que ele tenha manifestado a sua vontade de adotar. Nestes casos a criança já está em estágio de convivência com o casal. Antes da previsão legal da adoção póstuma, mesmo que o processo estivesse em andamento, se o pretendente à adoção viesse a falecer, a criança ficaria sem o reconhecimento da paternidade, podendo acarretar frustração e danos irreparáveis para ela, uma vez que já tinha vínculo afetivo entre eles (adotando e adotantes). Com a implantação da adoção judicial pela Constituição Federal de 1988, deu-se suporte para que esta modalidade se tornasse prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 42, § 6º. Com a previsão legal, essa situação mudou, sendo que hoje bastará inequívoca manifestação de vontade do adotante;

¹⁰³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 489-490.

¹⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 490.

¹⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 491.

se acontecer a morte deste depois de iniciado o processo, continua seu trâmite normal de adoção.¹⁰⁶

A ação prevista antes da morte do autor já configura a vontade expressa dele. Os efeitos da sentença (art. 47, § 7º, do ECA) retroagirão no momento da morte do autor, de modo a não haver qualquer rompimento no vínculo já estabelecido entre adotante e adotando. Ademais, “a adoção é ato de amor, que acontece no coração do adotante e do adotado, ocorrendo anterior e independentemente do ato judicial que faz produzir os efeitos jurídicos”.¹⁰⁷

Comenta Maria Berenice Dias que “a lei aqui abre uma exceção na hipótese do falecimento do adotante, no curso do processo: o efeito da sentença retroage a data do falecimento”. E ainda citando Paulo Lôbo, a doutrinadora afirma que “o óbito faz cessar a personalidade e nenhum direito pode ser atribuído ao morto, sendo a retroatividade excepcional, no interesse do adotando”.¹⁰⁸

D) Adoção bilateral ou conjunta

É aquela em que o casal para adotar uma criança deve comprovar sua estabilidade familiar, condição esta prevista no art. 42, § 2º do ECA: “§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”.¹⁰⁹

Para Bordallo¹¹⁰, a exigência de que o requerente da adoção tem que ser casado ou conviva em uma união estável dificulta a adoção nessa modalidade, porque não se pode ter como pressuposto à postulação da adoção o estado civil do requerente.

Luiz Antônio Miguel Ferreira posiciona dizendo:

¹⁰⁶ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 321.

¹⁰⁷ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 321.

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 495.

¹⁰⁹ BRASIL. Lei n. 8.069. 13/07/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. In: **Vade Mecum**. 20. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1053.

¹¹⁰ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 318-319.

Apesar de posicionamentos contrários, esta adoção pode ser requerida, desde que um dos requerentes tenha mais de 18 anos de idade e que seja mais velho 16 anos do que o adotando. Nessa situação, outros requisitos devem ser analisados, como os benefícios que a adoção trará ao adotado, se se funda em motivos legítimos, se há relação de afinidade ou afetividade. O legislador não admite a adoção conjunta quando formulada por casais formados por pessoas do mesmo sexo e reforça o que já estava previsto na Constituição Federal (art. 226, § 3º), que a proteção do Estado somente é reconhecida na união estável entre o homem e a mulher. No entanto, vale registrar que existem decisões reconhecendo a adoção conjunta para casais homossexuais (união homoafetiva) com reconhecimento dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.¹¹¹

No mesmo sentido o autor comenta ainda que como exceção esta modalidade de adoção pode ser requerida pelos divorciados, judicialmente separados ou ex-companheiros (art. 42, §§ 4º e 5º do ECA), mas é preciso atender alguns requisitos:

- a) Estabeleçam acordo com relação à guarda da criança ou adolescente adotado. Nesta hipótese, desde que demonstrado o efetivo benefício em favor do adotando, a guarda deve ser compartilhada, nos termos do artigo 1.584 do Código Civil;
- b) Garantam o direito de visita àquele que não ficar com a guarda;
- c) A criança ou o adolescente deve ter convivido com as partes antes da separação, ou seja, o estágio de convivência deve ter sido iniciado na constância do período de convivência comum;
- d) Devam-se comprovar os vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda.¹¹²

Existe, portanto, um aparato legal que garante os direitos dos menores quando legalmente adotados.

No próximo capítulo, o tema da “adoção à brasileira” é apresentado.

¹¹¹ FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **Guia prático doutrinário e processual** (com as alterações da Lei nº 12.010 de 03/08/2009). São Paulo: Cortez, 2010, p. 69.

¹¹² FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **Guia prático doutrinário e processual** (com as alterações da Lei nº 12.010 de 03/08/2009). São Paulo: Cortez, 2010, p. 70.

3 ADOÇÃO À BRASILEIRA

Tem ocorrido na realidade social brasileira a adoção realizada através do registro da criança em nome de pessoas que não são seus pais biológicos, fugindo ao procedimento estabelecido em lei. É o registro de filho alheio em nome próprio, que tornou-se conhecido como “adoção à brasileira”.

“Adoção à brasileira” é o ato de registrar o filho dos outros como se fosse filho biológico, não atendendo aos trâmites legais da adoção¹¹³. Para Bordallo, essa prática não pode ser considerada uma modalidade de adoção, pois se trata de registrar filho alheio como próprio. Essa denominação de “adoção à brasileira” é dada pela jurisprudência e pela doutrina devido ao fato de configurar a paternidade socioafetiva, por assemelhar à adoção neste ponto.¹¹⁴

Ao receber filhos de pais que não querem criá-los, as pessoas vão ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais e os registram como seus filhos. Vários motivos levam a esta prática: por não desejarem se expor em um processo judicial, preferem que o filho pense que é filho biológico; por receio que a criança lhes seja tomada ao proporem a ação de adoção, pois existe o cadastro que deve ser respeitado; por medo de não lhes ser concedida a adoção mediante o processo judicial, devido as entrevistas às quais os candidatos se submetem com assistentes sociais e psicólogos, e, posteriormente, com a decisão do juiz que pode concluir que a família não é adequada para aquela adoção. Por conseguinte, optam assumir o risco e cometer um ato que o ordenamento jurídico tipifica como crime.¹¹⁵

Um exemplo de uma prática muito recorrente é quando uma mulher tem um filho e passa a conviver em união estável, e o seu companheiro registra o filho dela como seu descendente. Em muitos casos, quando se rompe o vínculo afetivo do casal, com a obrigatoriedade desse pai arcar com alimentos em benefício do filho, ele busca a desconstituição do registro mediante ação anulatória ou negatória da paternidade. A jurisprudência entende que este é um ato praticado de modo espontâneo, por meio da adoção à brasileira, não admitindo a anulação do registro

¹¹³ GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 138.

¹¹⁴ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 328-329.

¹¹⁵ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 328.

de nascimento, considerando-o irreversível¹¹⁶. Isso sob o fundamento do art. 1.604 do Código Civil “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”¹¹⁷. Contudo, não se pode aceitar a alegação de falsidade do registro levada a efeito pelo autor do delito, uma vez que ao “registrar filho alheio como próprio, sabendo não ser verdadeira filiação, impede posterior pedido de anulação”.¹¹⁸

Existem as sanções de ordem civil. Ao se registrar uma criança por meio da adoção à brasileira, tal registro pode ser anulado a qualquer momento, uma vez que contém uma declaração falsa. Inclusive a pedido dos pais biológicos, o registro poderá ser anulado, pois a legislação brasileira trata com muita importância a família natural. Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência mais modernas consideram a importância do afeto na constituição da família, e isso tem implicação para se considerar à paternidade socioafetiva na relação com a criança, mesmo no caso da adoção à brasileira, de tal maneira que o registro não poderá ser simplesmente desconstituído sem antes se considerar essas implicações de ordem afetivas na família.¹¹⁹

No entanto, registrar filho de outrem como próprio é uma situação ilegal e não deve ser aceita pelos argumentos de que é menos dificultoso a adoção à brasileira do que propor uma ação de adoção legalmente amparada. As pessoas podem evitar estas situações procurando nas varas da infância os meios corretos para regularizar a situação de afeto que já possuem com relação a uma criança.¹²⁰

Com a adoção à brasileira é frustrado o direito do jovem, assegurado pelo art. 48 do ECA, de saber a sua origem genética, a sua filiação, após completar 18 anos de idade. Além do mais, o direito ao reconhecimento da origem genética é personalíssimo, indisponível e imprescritível, como prevê o art. 27, também do

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 496-497.

¹¹⁷ BRASIL. Lei n. 10.406. 10/01/2002. Código Civil. In: **Vade Mecum**. 20. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 264.

¹¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 497.

¹¹⁹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 328.

¹²⁰ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 328-330.

Estatuto da Criança e do Adolescente¹²¹. Para Suely Mitie Kusano: “o filho e seus pais biológicos ou genéticos possuem o sagrado natural e constitucional direito de conhecer a sua identidade, a sua ancestralidade, a sua origem. É direito personalíssimo, que não é dado a ninguém fruir em lugar de outrem”.¹²²

Portanto, com a adoção à brasileira esse jovem possivelmente perderia a possibilidade de exercer o seu direito de saber a sua origem, pois talvez ele nem chegasse a ter conhecimento de sua condição de “adotado”. Por outro lado, como não foi observado os trâmites legais da adoção, se os pais biológicos passarem a ter melhores condições de vida e chegarem a pedir o filho de volta, os “adotantes” não terão nenhuma proteção legal para defenderem a sua condição de “pais adotivos”.

3.1 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA “ADOÇÃO À BRASILEIRA”

As relações familiares, a paternidade, a maternidade e a filiação têm o merecimento da proteção estatal. À vista disso, não pode o Estado deixar de reprimir as condutas que possam violar o estado de filiação. Desse modo, “a tutela sobre a família, específica para a filiação, evita que sejam alteradas situações que poderiam prejudicar o estabelecimento de vínculos jurídicos entre a criança e seus pais e seu desenvolvimento sadio e completo”.¹²³

Mesmo que a adoção à brasileira seja uma infração à lei, tratada como crime no caput do art. 242 do Código Penal brasileiro, ela pode ser revestida de intenção nobre, como se constata no parágrafo único desse mesmo artigo.¹²⁴

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único: Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

¹²¹ BRASIL. Lei n. 8.069. 13/07/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. In: **Vade Mecum**. 20. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1051.

¹²² KUSANO, Suely Mitie. **Adoção de menores: intuitu personae**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 26.

¹²³ PAULA, Tatiana Wagner Lauand de. **Adoção à brasileira: registro de filho alheio em nome próprio**. Curitiba: J.M., 2007, p. 77.

¹²⁴ BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal brasileiro. **Vade Mecum** (com mudança pela Lei 6.898, de 1981).

Portanto, esse parágrafo único do referido artigo reconhece a nobreza do ser humano, podendo, a critério do juiz, a pessoa que fez a adoção à brasileira ganhar o perdão judicial¹²⁵. A nobreza referida aqui pode ser o amor daquela que adota o filho de outrem como se fosse seu próprio filho.

Luiz Regis Prado¹²⁶, no seu livro “Curso de Direito Penal Brasileiro”, comentando o art. 242 do Código Penal diz:

O delito de falsidade ideológica do art. 299, do CP é absorvido pelo delito de registro de filho alheio como próprio, conforme o critério de consunção. 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 tipicidade 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 a aplicação da forma privilegiada ou a extinção da punibilidade pelo perdão judicial desde que praticado o delito por motivo de reconhecida nobreza.¹²⁷

Para Tatiana Wagner Lauand de Paula, o art. 299 que trata de falsidade ideológica completa “a tipicidade da prática de registro de filho alheio em nome próprio”, pois o legislador além de proteger a garantia do estado de filiação, preocupou-se com a autenticidade e veracidade dos documentos¹²⁸:

Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou adversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato judicialmente relevante:
Pena: reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.¹²⁹

¹²⁵ BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal brasileiro. **Vade Mecum** (com mudança pela Lei 6.898, de 1981).

¹²⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte Especial. 9. ed. revista atual e ampliada. 2º. Vol., p. 754-755.

¹²⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte Especial. 9. ed. revista atual e ampliada. 2º. Vol., p. 754-755.

¹²⁸ PAULA, Tatiana Wagner Lauand de. **Adoção à brasileira: registro de filho alheio em nome próprio**. Curitiba: J.M., 2007, p. 77-78.

¹²⁹ BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal brasileiro. **Vade Mecum** (com mudança pela Lei 6.898, de 1981)

A criminalização da adoção à brasileira é uma forma do Estado exercer o seu dever de amparar a família, por meio da proteção às crianças e adolescentes, uma vez que dela depende a subsistência da sociedade.¹³⁰

Por outro lado, o filho adotivo é uma dádiva, como diz Sávio Bittencourt:

“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, é caso de adoção”.¹³¹

A adoção à brasileira não é um ato lícito juridicamente, pois a criança tanto pode ficar vulnerável a situações de risco (violência sexual e tráfico de órgãos, por exemplo), bem como a mesma pode ficar abstraída do conhecimento de sua ancestralidade biológica; no entanto, existem pessoas que são verdadeiros pais adotivos, que dão amor incondicional à criança de outrem, tida como sua.

O próximo subcapítulo apresenta o entendimento jurisprudencial dos tribunais brasileiros a respeito da adoção à brasileira.

3.2 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS

É importante dispor como os tribunais estão decidindo acerca da desconstituição do vínculo parental nas adoções à brasileira.

Pode-se concluir que a jurisprudência é pacífica em buscar o melhor interesse da criança, a garantia do direito à convivência familiar e com isso realizar a desconstituição do vínculo parental face ao vínculo socioafetivo.

¹³⁰ PAULA, Tatiana Wagner Lauand de. **Adoção à brasileira**: registro de filho alheio em nome próprio. Curitiba: J.M., 2007, p. 81

¹³¹ 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.

Os Tribunais, majoritariamente, entendem que a exemplo da adoção legal, a adoção à brasileira é irrevogável, lembrando que a relação criada pelos laços de afeto e os vínculos existentes entre pais e filhos se sobrepõe ao vínculo biológico.

O Acórdão a seguir transcrito trata de pedido de negatória de paternidade, o qual foi julgado improcedente, por estar reconhecido o vínculo socioafetivo entre as partes, vínculo este que se sobrepõe ao biológico. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE MATERNIDADE. ADOÇÃO À BRASILEIRA E FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. Incontroversa a adoção à brasileira do réu pelo autor, a exemplo da adoção legal aquela é irrevogável. A pretensão esbarra, também, na filiação socioafetiva que perdura até hoje entre o autor e réu, o qual vê no pai registral o seu verdadeiro pai. Improcedência da negatória de paternidade mantida. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. APELAÇÃO DESPROVIDA. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70034072439, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 11/08/2010).

André Luiz Planella Villarinho, afirma que mesmo havendo a inexistência de filiação biológica reconhecida nos autos, o reconhecimento livre e espontâneo da paternidade, sem qualquer vício de consentimento, caracteriza a denominada ‘adoção à brasileira’, a qual é irrevogável.

Em sua brilhante dicção, salientou o desembargador:

Conforme entendimento moderno do Direito de Família que foi se sedimentando no nosso País, acolhido pelas melhores doutrina e jurisprudência, as relações familiares devem se basear muito mais no afeto do que em outros aspectos. Assim, as relações parentais de filiação baseadas na afetividade, ou constituídas com base no afeto, devem se sobrepor à filiação biológica ou registral, exatamente porque, ninguém passa a ser pai/mãe na verdadeira acepção da palavra, só porque se descobriu que biologicamente é o pai/mãe, e também, não necessariamente alguém que descobre não ser o pai/mãe biológico, deixa de ser o pai/mãe afetivo. As relações de filiação, de fato, não se iniciam ou terminam apenas com base na verdade biológica.

Doutrina e jurisprudência não estão pacificadas nesse ponto. Diversamente do acima entendido, Granato entende que “por absoluta inconformidade com a lei, aquele registro é nulo e, como tal, a qualquer momento poderá ser declarado”, para a autora, adotante e adotado ficam expostos a possibilidade de uma mudança radical em suas vidas, se acaso venha-se a descobrir a falsidade e se anular o registro.

Esse posicionamento, todavia, não encontra respaldo nas decisões dos tribunais do país. Nesse sentido, verifica-se a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULATÓRIA DE REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO - ADOÇÃO À BRASILEIRA - ATO JURÍDICO PERFEITO - PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. - É improcedente o pedido de desconstituição da paternidade espontaneamente assumida, ausente vício de consentimento, restando incontroversa “a adoção à brasileira” praticada pelo autor e sua esposa, ou seja, o registro de filho alheio em nome próprio. - Deve prevalecer a paternidade socioafetiva, tendo em vista que o autor tinha ciência da ausência de filiação biológica, mas concordou com o registro civil, pretendendo a sua desconstituição trinta e oito anos depois do nascimento da ré. (Apelação Cível n.º 1.0024.11.290442-0/001. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator(a): Des.(a) Alyrio Ramos. Julgado em: 08/08/2013.¹³²

Verifica-se também a decisão do Tribunal de Justiça de Goiás:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO PÓSTUMA OU PÓS MORTEM. ADOÇÃO À BRASILEIRA. POSSE NO ESTADO DE FILHO. PARENTESCO CIVIL. RELAÇÃO SOCIOAFETIVA. PARÂMETROS DE DIREITO MATERIAL. CONFIGURAÇÃO. 1 - A posse de estado de filho de quem nesta condição permaneceu autoriza o reconhecimento da adoção, póstuma ou não, perante aquele que também em circunstância tais sempre o concebeu. Leitura do art. 1.593, caput, do art. 1.609, parágrafo único e do art. 1.619, caput, da Lei nº 10.406/02, c/c art. 42, § 6º e art. 47, caput e § 7º, da Lei nº 8.069/90, todos à luz da socioafetividade que tanto orienta o atual Direito de Família. Raciocínio que, por sua vez, enxerga eco nos enunciados nº 256, 339 e 518, da III, IV e V Jornadas de Direito Civil, respectivamente. 2 - Logo, há de ser reconhecida em juízo a adoção à brasileira pós morte do demandante que, ao longo de anos a fio, comprovou que na posse do estado de filho com os genitores já falecidos dos requeridos conviveu. Jurisdição em segundo grau concluída com fundamento nas provas hospedadas nos autos e, outrossim, com fulcro nas promoções ministeriais, estas, inclusive, utilizadas como razão de decidir. APELAÇÃO CONHECIDA PORÉM DESPROVIDA.¹³³

No Estado do Rio Grande do Sul, não é recente a concessão de Perdão Judicial nos casos de Adoção à brasileira, quando, por não ter condições de prover sozinha o sustento do filho, a mãe entrega a criança a uma filha interessada e capaz

¹³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 10024112904420001. Relator: Desembargador Alyrio Ramos. Publicado no DJ de 19/08/2013. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116344848/apelacao-civel-ac-10024112904420001-mg/inteiro-teor-116344891?ref=juris-tabs>. Acesso em 21 de novembro de 2016.

¹³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Apelação Cível. Processo nº 212449-17.2006.8.09.0051. Relator: Desembargador Alan S. de Sena Conceição. Publicado no DJ de 17/01/2014. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/64856028/djgo-secao-i-17-01-2014-pg-262>. Acesso em 21 de novembro de 2016.

de proporcionar a criança um lar, baseado no afeto, no respeito, garantindo-lhe um ambiente saudável.

EMENTA: PARTO SUPOSTO. ARTIGO 242 DO CÓDIGO PENAL. ADOÇÃO À BRASILEIRA. PERDÃO JUDICIAL CONCEDIDO. SENTENÇA MANTIDA. Mãe do menor é prostituta e diante da impossibilidade de criar adequadamente o recém nascido o entregou aos réus. Para adequarem a realidade à certidão de nascimento, os réus se declararam pais do nascituro e lograram êxito em registrá-lo. Sentença concessiva de perdão judicial mantida. APELO NÃO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70037954229, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 23/09/2010) ¹³⁴

Conforme referido por Cláudio Baldino Maciel, no acórdão acima, apesar do agir ilícito dos acusados, trata-se do chamado “dolus bonus”, ou seja, suas intenções foram no sentido de receber o menor e dar a ele a família que sua mãe biológica assumidamente não poderia proporcionar.

Em casos análogos, para a concessão do perdão Judicial é invocado o art. 242 do Código Penal, o qual faz a seguinte previsão:

Parto suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido
 Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)
 Pena - reclusão, de dois a seis anos. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)
 Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)
 Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Acerca do perdão Judicial o ilustre Julio Fabrini Mirabete explica que quando o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza, confira-se a forma privilegiada em que a pena é a de um a dois anos de detenção. Reconhecendo-se a motivação nobre, é necessário que o juiz a leve em consideração na aplicação da pena.¹³⁵

Da mesma forma Guilherme de Souza Nucci, afirma que o Perdão judicial é a clemência do Estado para determinadas situações expressamente previstas em lei,

¹³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação nº 0008-70037954229. Publicado no DJ de 17/01/2014. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/20443179/pg-187-capital-2-grau-diario-de-justica-do-estado-do-rio-grande-do-sul-djrs-de-13-10-2010>. Acesso em 21 de novembro de 2016.

¹³⁵ MIRABETE, Julio Fabrini. **Código Penal Interpretado**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2009.

quando não se aplica a pena prevista para determinados crimes, ao serem preenchidos certos requisitos objetivos e subjetivos que envolvem a infração penal. Trata-se de uma autêntica escusa absolutória, que não pode ser recusada pelo réu.¹³⁶

¹³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 6. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 495.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma parcela da sociedade age de forma irregular, promovendo, portanto, a Adoção à Brasileira, que tem tomado grandes proporções com o passar do tempo, em razão do longo e demorado processo de adoção pela via legal.

Além do processo de adoção já ser demorado, em razão de ser necessário buscar o melhor interesse da criança, com a garantia constitucional do devido processo legal, há diversos obstáculos para aquele que busca adotar uma criança de forma regular, como por exemplo, o estudo social, as exigências na característica da criança e o medo de não obter resultado, são os motivos considerados mais determinantes para buscar a adoção à brasileira.

Não se pode esquecer que, apesar da boa intenção daquele adotante, que busca uma criança para ser seu filho e dar a ela todo o necessário ao seu desenvolvimento e criação, o ato de registrar filho alheio como próprio continua tipificado no Código Penal Brasileiro como crime.

A nova lei de adoção (Lei 12.010/09), porém, tem como foco a garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, sendo uma resposta da sociedade em privilegiar as relações afetivas em detrimento do vínculo biológico. E a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente concretizada no Estatuto da Criança e do Adolescente, reafirma o princípio constitucional do melhor interesse da criança, refletindo a evolução pela qual a família passou com o reconhecimento da constituição familiar baseada na afetividade.

Com isso, como visto, o entendimento jurisprudencial vem sendo no sentido de dar preferência às paternidades socioafetivas, não prevalecendo apenas o laço sanguíneo existente entre a criança e aquele que a abandonou, na busca de sempre atender ao melhor interesse da criança.

Dessa forma, a não punição das adoções irregulares vem se tornando cada vez mais presente, seja no âmbito civil, pela não desconstituição do vínculo afetivo, seja no âmbito penal, pela não aplicação do Código Penal no que tange à tipificação do crime de registrar filho alheio em nome próprio, já que a busca e apreensão do adotado e a anulação do seu registro civil, com a consequente prisão daqueles que sempre teve como pais, seria prejudicial à criança ou adolescente não atendendo ao

objetivo maior do Estado que busca sempre o melhor para aquele ser em desenvolvimento.

Por fim, é importante se considerar que existe toda uma evolução do direito brasileiro em relação à adoção, com o intuito de nortear e assegurar melhorias nas práticas sociais e institucionais, que muitos brasileiros desconhecem. É bem verdade que esse desenvolvimento do direito concernente ao tema da adoção respondeu a desafios historicamente enfrentados pela sociedade brasileira, assim como de outros países. Nesse mesmo sentido, o Brasil atual também tem os seus desafios relacionados à adoção - atrelado a noções atuais de família, saúde, violência, sexualidade, educação e realidades socioeconômicas -, oriundos de suas peculiaridades culturais recentes, que necessitam ser estudadas em suas nuances e pensadas juridicamente, a fim de avançar mais em seus ordenamentos com relação à adoção. Sendo também importante o investimento educativo no sentido de se informar mais a respeito da adoção e da ilegalidade da adoção à brasileira.

Reconhece-se aqui que é bastante pertinente e profícuo o diálogo permanente entre o Direito e outras ciências, como as ciências sociais, a psicologia e a pedagogia, a fim de buscarem entendimentos mais amplos e complexos acerca desse tema da adoção e do fenômeno da adoção à brasileira. Entende-se que a presente pesquisa pôde nortear as bases para um entendimento inicial a respeito do direito brasileiro referente à adoção e à ilegalidade da adoção à brasileira, bem como por problematizar que o ato de amor também pode está configurado em uma adoção á brasileira, para que, em outras oportunidades de pesquisa, se possa aprofundar e, quiçá, aproveitá-la para um diálogo enriquecedor com outras áreas de conhecimentos.

REFERÊNCIAS

BASSINI, Gustavo. **Estatuto das famílias**. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodefamilia.com.br/materia.asp?CodMater=277>> Acesso em: 12 set. 2016.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Clássicos da Literatura Jurídica**. Direito de Família. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Recife: Ramiro M. Costa, 1986.

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.

BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família**. Dissertação de Mestrado Interinstitucional nas Áreas de concentração em Direitos Humanos e Democracia. UFPR, Paraná. 2008.

BORDALLO, Galdino Augusto C. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Procedimento da habilitação para adoção**. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. In: **Vade Mecum**. 20. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal brasileiro. **Vade Mecum** (com mudança pela Lei 6.898, de 1981).

BRASIL. Lei n. 8.069. 13/07/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. In: **Vade Mecum**. 20. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015

BRASIL. Lei n. 10.406. 10/01/2002. Código Civil. In: **Vade Mecum**. 20. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 10024112904420001**. Relator: Desembargador Alyrio Ramos. Publicado no DJ de 19/08/2013. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116344848/apelacao-civel-ac-10024112904420001-mg/inteiro-teor-116344891?ref=juris-tabs>. Acesso em 21 de novembro de 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Apelação Cível. Processo nº 212449-17.2006.8.09.0051**. Relator: Desembargador Alan S. de Sena Conceição. Publicado no DJ de 17/01/2014. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/64856028/djgo-secao-i-17-01-2014-pg-262>. Acesso em 21 de novembro de 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 0008-70037954229**. Publicado no DJ de 17/01/2014. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/20443179/pg-187-capital-2-grau-diario-de-justica-do-estado-do-rio-grande-do-sul-djrs-de-13-10-2010>. Acesso em 21 de novembro de 2016.

DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. **O Ministério Público**. 2008. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/textos/307.htm>> Acesso em: 12 set. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: SAFE, 1992.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **Guia prático doutrinário e processual** (com as alterações da Lei nº 12.010 de 03/08/2009). São Paulo: Cortez, 2010.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 6. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

LÔBO, Paulo. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4752>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

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

MENEZES, Roberta Silva de. **“Adoção Irregular”: A inobservância do cadastro de pretendentes à adoção em razão da formação de vínculos afetivos do adotando com o adotante em Santa Catarina**. Monografia de graduação em Direito. UFSC, Santa Catarina, 2008.

MARMITT, Arnaldo. **Adoção**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Código Penal Interpretado**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, v. III, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. (Coleção temas jurídicos).

NEGRÃO, Theotônio, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, colaboração de João Francisco Naves da Fonseca. **Código civil e legislação civil em vigor**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 6. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PAULA, Tatiana Wagner Lauand de. **Adoção à brasileira**: registro de filho alheio em nome próprio. Curitiba: J.M., 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Universidade federal do Paraná – UFPR. Curitiba. Disponível em:
<http://www.dspace.c3sl.ufpr.br:8080/.../Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf?...> Acesso em: 12. set. 2016.

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

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Volume 6. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio do Direito Penal Juvenil. Adolescente e Ato Infracional**. 3ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARAIVA, Vicente de Paulo. **Expressões Latinas Jurídicas e Forenses**. São Paulo: Saraiva, 1999.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. volume 5. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VOLP, Mário. A proteção integral como contraposição à exclusão social de crianças e adolescentes. Prefácio. In: SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro. O Novo Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2004.