



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CONCLUSÃO DE CURSO –
ARTIGO CIENTÍFICO

**ADOÇÃO À BRASILEIRA: o rigor da lei e desconstituição do poder familiar ou a
manutenção do melhor interesse da criança?**

Grace Keli da Silva Fernandes

Prof^a Orientadora Msc. Luciana Rodrigues Passos Nascimento

Aracaju

2018

GRACE KELI DA SILVA FERNANDES

ADOÇÃO À BRASILEIRA: o rigor da lei e desconstituição do poder familiar ou a manutenção do melhor interesse da criança?

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo –
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Aprovado em ____/____/____.

Banca Examinadora

Professora Orientadora
Msc. Luciana Rodrigues Passos Nascimento
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

ADOÇÃO À BRASILEIRA: o rigor da lei e desconstituição do poder familiar ou a manutenção do melhor interesse da criança?

Grace Keli da Silva Fernandes¹

RESUMO

O presente artigo busca analisar as mudanças em relação ao tratamento dado à adoção à brasileira. Tal adoção é ilegal no ordenamento jurídico, porém é praticada no país. Observa-se que, após o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, do princípio do melhor interesse da criança e do advento do novo Código Civil de 2002 e da Lei nº 12.010/09, houve uma grande mudança no sistema da adoção, graças a uma prevalência do vínculo afetivo em detrimento do biológico, que corrobora significativamente para a ocorrência de tal prática ilegal. Assim, o presente artigo visa demonstrar que o melhor interesse da criança, e a boa-fé dos adotantes deve ser levada em consideração quando praticada a adoção, ainda que ilegal. Investigar-se-á se existe a possibilidade de reversão da “adoção à brasileira” para uma adoção legal no Brasil, tendo como base uma análise da legislação e da doutrina.

Palavras-chave: Adoção à brasileira. Princípio do melhor interesse da criança. Estatuto da Criança e do adolescente.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the changes in relation to the treatment given to adoption in Brazil. Such adoption is illegal in the legal system, but is practiced in the country. After the advent of the Child and Adolescent Statute, the principle of the best interests of the child and the advent of the new Civil Code of 2002 and Law 12.010/09, there was a great change in the system of adoption, thanks to to a prevalence of the affective bond in detriment of the biological, which corroborates significantly to the occurrence of such illegal practice. Thus, this article aims to demonstrate that the best interest of the child and the good faith of the

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: graceksfernandes@gmail.com

adopters should be taken into account when practicing adoption, albeit illegal. It will be investigated whether there is a possibility of a reversal of "Brazilian adoption" for a legal adoption in Brazil, based on a legal and doctrinal analysis.

Keywords: Brazilian adoption. Principle of the best interest of the child. Statute of the Child and the adolescent.

1 INTRODUÇÃO

A adoção pode ser conceituada como o ato jurídico que legitima civilmente a admissão como filho de uma pessoa que não é gerada biologicamente pelos adotantes.

Seu procedimento legal prevê o cumprimento de uma série de exigências previstas na Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) e, depois de finalizado positivamente, o ato torna-se irrevogável, gerando todas as consequências da filiação, não podendo haver, nos termos do direito brasileiro, nenhuma distinção entre os filhos biológicos e os adotados.

Mas, como o direito não pode negar a realidade, ele nasce exatamente dos fatos sociais, os juristas se deparam em nosso país diante de um fenômeno social chamado adoção à brasileira. Essa forma de “adoção” 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.

A adoção à brasileira vem a ser a adoção feita de forma “irregular”, ocorrendo quando uma pessoa declara como seu, um filho de outra pessoa, sem o respeito aos procedimentos estabelecidos na legislação, mantendo o menor adotado sob sua guarda como se seu filho biológico fosse.

Os motivos pelos quais se recorre a esta forma de adoção são vários, o temor da 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.

Diante deste problema, enfrentado pela sociedade, 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 sócio afetiva, 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.

Tendo em vista a temática, este artigo remonta a história do direito a respeito da adoção, podendo servir de incentivo para esclarecer que a adoção à brasileira apesar de ser tipificada como crime no Código Penal, evidenciando que o processo para adotar uma criança com segurança no Brasil, perpassa por um caminho extremamente árduo, que nem sempre é saudável para ambas as partes. Isso se dar, diante da burocracia enfrentada pelos adotantes no anseio de adotar um menor a fim de constituir uma família.

Para compreender melhor esta questão, o presente artigo desenvolve no primeiro tópico o tema da família desde a antiguidade até os dias atuais. Assim, aborda-se a evolução do instituto da adoção, desde a Grécia e Roma antiga até os dias atuais no Brasil. 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; a origem da adoção, sua evolução, conceito, efeitos, requisitos, habilitação e procedimento para adoção.

Posteriormente, trata-se 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 a jurisprudência mais modernas, considera-se a paternidade sócio afetiva na relação com a criança.

Por último, aborda-se a desconstituição do poder familiar e o melhor interesse da criança, onde a burocratização do processo de adoção perpassa pela etapa de quebra de laços com a família biológica e a reconstrução de vínculos com os adotantes. Diante disso, o que teve que ser levado em conta é o melhor interesse da criança, pois tudo que ela precisa é de um lar onde possa ter amor, respeito e uma família para chamar de sua.

A metodologia utilizada neste artigo é a pesquisa da doutrina, neste caso recorrendo a autores com obras contundentes em relação ao tema, tanto no aspecto histórico da evolução do direito da criança e do adolescente, quanto no aspecto conceitual da adoção. Nesta seara, os principais autores que norteiam o presente artigo são Maria Berenice Dias, Carlos Roberto Gonçalves e Maria Helena Diniz, entre outros. O presente artigo visa

demonstrar que o melhor interesse da criança, e a boa-fé dos adotantes deve ser levada em consideração quando praticada a adoção, ainda que ilegal. Investigar-se-á se existe a possibilidade de reversão da “adoção à brasileira” para uma adoção legal no Brasil, tendo como base uma análise da legislação e da doutrina.

2 BREVE HISTÓRICO DA ADOÇÃO

Na Grécia e na Roma antiga a adoção era uma expectativa de cunho religioso, onde o pai transmitia ao filho a sua crença e a maneira de fazer as orações e era por meio dela que o homem sem filhos encontrava a solução para que a família não acabasse. Contudo, este instituto só era permitido para quem não tinha filho do sexo masculino, com intuito de garantir a perpetuidade da família. (GRANATO, 2012, p. 33-34)

Na Idade Média a adoção foi ameaçada, pois as regras que disciplinavam tal instituto contrastavam aos interesses do adotante que vislumbravam a ideia de perpetuação da família e do seu patrimônio “cair por terra”. Nesse período os filhos adotados não se beneficiavam com a herança deixada por seu pai, sendo que se o adotante morresse sem deixar filhos biológicos todos os seus bens seriam transferidos para os senhores feudais ou para a igreja. 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. (GRANATO, 2012, p. 35-36) Portanto, passou-se a utilizar a adoção apenas como um recurso cristão de paternidade, carecendo o adotado de muitos direitos.

Após a Revolução Francesa o instrumento da adoção tornou contornos mais robustos e próximos aos interesses dos envolvidos nesse processo. Destaca-se a Lei de 1939, da França, que fixou a legitimação adotiva dando mais amplitude ao direito do adotado que se aproximou da filiação legítima. (VENOSA, 2018, p. 315)

No Brasil, a evolução desse instituto se assemelha ao ocorrido nos períodos citados. Antes do Código Civil de 1916 a adoção não vinha sendo sistematizada havendo várias possibilidades de adoção permitida. Em 1957 foi criada a Lei nº 3.133 que trouxe uma melhora as condições de vida do adotado, que já eram regulamentadas pelo Código Civil de 1916, proporcionando maiores condições materiais e morais. A referida lei permitiu que a adoção por pessoas de 30 anos, tendo elas filhos naturais ou não, onde anteriormente só era aceita a adoção por pessoas com 50 anos. A mesma ainda trazia a permissão aos casais com cinco anos de casados, bem como aos tutores ou curadores.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 houve a equiparação para quaisquer efeitos dos filhos de natureza biológicos ou de qualquer outra, inclusive os adotados. (VENOSA, 2012, p. 277-279)

Posteriormente o Estatuto da Criança e do Adolescente previu em seu artigo 41 que:

“A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.”

Desde então não há qualquer distinção entre filhos biológicos ou adotados. A partir do Código Civil de 2002 começou a disciplinar de forma ordenada o instituto da adoção, isto é, como instituição destinada a dar filhos, ficticiamente, àqueles a quem a natureza os tinha negado. (NADER, 2016, p. 364-366)

Dessa maneira, vislumbra-se que a evolução desse instituto dentro do ordenamento jurídico pátrio tem-se voltado principalmente em acolher os benefícios das crianças e dos adolescentes. Servindo, dessa forma, como meio de solucionar ou suavizar a dificuldade de crianças órfãs e abandonadas as quais vivem nas ruas, orfanatos, instituições ou em más condições de sobrevivência.

3 INSTITUTO DA ADOÇÃO

A doutrina dá vários conceitos para adoção. Para Maria Berenice Dias (2018) “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 sócio afetiva, tomando por base o fator sociológico.

Para Maria Helena Diniz (2018, p. 591) a “adoção é um ato judicial pelo qual, observados os requisitos legais, se estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para uma família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha”.

Já para Venosa (2018, p.311), a adoção é modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural”. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois, não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade, conforme o sistema do Código Civil de 1916, ou de sentença judicial, no atual sistema.

Sendo assim, é evidente que adotar é muito mais do que criar e educar uma criança que não possui o mesmo sangue ou a mesma carga genética, é antes de tudo uma questão de valores, uma filosofia de vida. (DIAS, 2016, p. 818-821)

A adoção é uma questão de consciência, responsabilidade e comprometimento com o próximo. É o ato legal e definitivo de tornar filho, alguém que foi concebido por outras pessoas. É o ato jurídico, que tem por finalidade criar entre duas pessoas relações jurídicas idênticas às que resultam de uma filiação de sangue. (DIAS, 2016, p. 818-822)

Portanto, atualmente a concepção acerca do seu conceito e da sua natureza jurídica foge aquela prevista no Código Civil de 1916 onde apresentava um caráter meramente contratual ao instituto, sendo que este era um negócio jurídico bilateral e solene formalizado por meio de escritura pública. (GONÇALVES, 2018, p. 374-376)

Tal ideia deve ser afastada porque as relações contratuais são fundamentalmente de conteúdo econômico, ao passo que o vínculo que a adoção estabelece é essencialmente espiritual, moral e familiar. Assim, a CF/1988, disciplina a adoção como um ato complexo exigindo sentença judicial prevista expressamente no artigo 47, do ECA, e no artigo 1.619 do Código Civil de 2.002 para a sua formalização. (GONÇALVES, 2018, p. 374-376)

Dispõe ainda que adoção é matéria de ordem pública, onde cada caso particular dependerá única, pura e exclusivamente de um ato jurídico individual, onde prevalecerá a vontade das partes, entre um acordo gerado entre as mesmas, em uma situação jurídica permanente, do qual, surgirão direitos e deveres para ambos, tudo em acordo com o artigo 227, §5º da Carta Magna:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

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

Por consequência, a adoção exige o consentimento de ambas as partes não se concretizando por um acordo unilateral ou contratual. Além do que a adoção é muito mais que um acordo de vontade das partes, sendo a relação sócio afetiva entre adotante e adotado o elemento mais importante para que ambos possam constituir uma verdadeira família.

4 A LEI DE ADOÇÃO

O instituto da adoção talvez seja o ramo do Direito de Família que mais tenha sido objeto de alterações estruturais e funcionais ao longo dos anos, diante de varias leis que o regulamentaram (anteriormente, Código Civil de 1916, Lei nº 3.133/1957, Lei nº 4.655/1965, Código de Menores – Lei nº 6.697/1979, e Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990), o que acabou por gerar uma colcha de retalhos legislativa a respeito do tema. (TARTUCE, 2018, p. 41-44)

A lei nº 12.010 foi editada em 2009, onde reformulou o instituto da adoção, revogando os artigos de 1.620 a 1.629 do Código Civil, que versavam sobre adoção. O Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe no seu capítulo III do Título VI da Seção VIII, tratando do procedimento para habilitação à adoção. Com o advento da Nova Lei de Adoção foi acrescentado ao artigo 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”. Assim, a quebra de vínculo da convivência familiar só acontece depois de esgotadas todas as possibilidades dessa convivência.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, antes da Lei 12.010, já previa no seu artigo 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 artigo 27, similarmente do ECA, previa que “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.”². Por consecutivo, a adoção é amparada pela Lei não faz restrição que o adotado tenha acesso às informações da sua origem.

A Lei supracitada também traz a previsão do período de adaptação para adotantes e adotados, conceituado por ela como ‘estágio de convivência’³. Porém, existe a possibilidade da dispensa desse estágio, nos casos em que o menor adotando esteja sob a tutela ou a guarda do adotante em tempo hábil à constatação da avaliação de convivência, o que de fato não faria o menor sentido e apenas tornava mais burocrático e dificultoso o

² BRASIL. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009.

³ “Art. 46.

§ 1o 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.

processo de adoção (Art. 46, §1º). Esse estágio de convivência deve ser avaliado por uma equipe multiprofissional, composta, p.ex.: por assistentes sociais, psicólogos, e visa emitir um parecer técnico avaliativo, com vistas a auxiliar o magistrado condutor do processo de adoção no deferimento ou não da adoção requerida.)

Maria Berenice Dias (2017), traz um comentário bastante pertinente a este instituto onde “A Lei Nacional da Adoção (12.010/2009) deformou o Estatuto da Criança e do Adolescente e merecia ser chamada de “Lei contra a Adoção”. Ao que pode perceber, que tal lei não simplifica o processo da adoção, mas traz, sim, uma série de imposições que o amarram até mais os procedimentos internos.

Assim, importante se faz analisar os requisitos necessários para a habilitação no processo de adoção, onde foram estabelecidos alguns critérios: a) idade mínima de 18 anos para o adotante, ECA artigo 42, *caput*; b) consentimento dos pais ou representante legais e concordância do adotando se tiver mais de 12 anos; c) vantagens para o adotando artigo 28, §2º; d) Estágio de convivência; e) processo judicial artigo 47, *caput*”. (GONÇALVES, 2018, p. 384-390)

a) Idade mínima do adotante

A idade mínima para adotar conforme ECA é a mesma estabelecida no Código Civil para os atos da vida civil.

O ECA no seu artigo 42, § 2º, traz a exigência da 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 de habilitação dos interessados na adoção e no decorrer do processo judicial de adoção.

Portanto o adotante deverá 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 (VENOSA, 2018, p. 326-336).

b) Consentimento dos pais ou representante legal e concordância do adotando se tiver mais de 12 anos

Na adoção há a quebra do vínculo parentesco com a família biológica, passando o adotado a ter um novo vínculo com a família substituta, dessa forma, a Lei necessita de que os pais biológicos consentam na adoção, com fundamento no artigo 45 do ECA (VENOSA, 2018, p. 326-336) .

Apenas é desobrigado da aprovação dos pais se forem desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder família. Assim como também é preciso à concordância do adolescente maior de 12 anos de idade para a adoção, uma vez que pode tornar o convívio melhor (GONÇALVES, 2018, p. 384-389).

c) Vantagens para o adotando

Esse requisito está prescrito no artigo 43 do ECA, que representa a concretização da ideologia da proteção integral e do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. O que se procura é a recolocação da criança ou do adolescente na família substituta é o melhor para o mesmo. Daí a urgência da análise pela equipe interdisciplinar, se os adotantes contem com requisito essenciais para que a criança seja protegida e amada. O que mais o adotando necessita é de uma família que o ame e o ampare, já que vem de uma situação de desconstituição do poder familiar. A situação financeira do adotante não precisa ser o norte para afirmar o ambiente ideal, porém é um ponto de bastante relevância o qual merece ser analisado. Porém o ponto mais importante é se essa família possui condições de permitir um lar com amor ao adotando (GONÇALVES, 2018, p. 384-389).

d) Estágio de convivência

Conforme previsto no artigo 46 do ECA, que traz “a adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo tempo que o poder judiciário fixar, observadas as peculiaridades do caso”. No entanto, foi acrescentado o parágrafo a esse texto pela Lei 12.010/09 no intuito de aumentar a lei do estágio de convivência. Esse estágio é o tempo de análise da nova família do adotando, enriquecido pela equipe técnica do judiciário, o qual observará à conformidade entre o adotado e o adotante.

Essa equipe vai afirmar o comportamento da família do adotante no enfrentamento dos problemas do dia a dia, que poderão manifestar-se com o adotando. Além

disso, o § 4º desse mesmo texto reforça essa orientação do estágio de convivência pela equipe interpeçoal (assistentes sociais e psicólogos) (VENOSA, 2018, p. 336-337).

Este mesmo artigo no seu § 3º ressalta, que “em caso de amparo por indivíduo ou casal que more fora do País, o estágio de convivência, será cumprido no território nacional, e terá pelo 30 (trinta) dias”.

No entanto, a Lei traz uma exceção no seu § 1º “o requisito acima mencionado só dispensado se o adotando já estiver sobre a tutela ou guarda do adotante, durante tempo suficiente para avaliar a convivência e constituição do vínculo”. (ECA, 1990)

Diante do exposto, a finalidade do estágio de convivência é comprovar a compatibilidade entre as partes e a probabilidade de um futuro sucesso da adoção.

3.1 Cadastro, habilitação e procedimento para adoção

O Estatuto da Criança e Adolescente determina que cada comarca ou foro regional mantenha dois registros: um de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de candidatos à adoção, isso conforme o artigo 50 do ECA. O cadastramento no sistema deve ocorrer em 48 horas, conforme o artigo anteriormente citado em seu § 8º, no artigo 197-A, está elencado os documentos necessários para a adoção; enquanto que no artigo 197-B, fala-se do encaminhamento do processo ao Ministério Público, que pode requerer designação de audiência para oitiva dos requerentes e requerer diligências se houver necessidade.

O artigo 197-C traz que o processo será encaminhado para a equipe interdisciplinar 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 cronológica. Este cadastro é para evitar que pessoas façam adoção direta.

Tendo em vista, uma melhor forma de controle das pessoas cadastradas, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe no seu artigo 50, § 5º que “serão criados e implementados cadastros estadual e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção”.

Com intuito de 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, onde 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.

O objetivo do cadastro é 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, onde poderá aumentar o número de adoções. (DIAS, 2016, p. 844-846)

O cadastramento das crianças e dos adolescentes é possível, visto que a equipe interdisciplinar da Vara da Infância de crianças e adolescente faz uma listagem baseada em informações nos processos e procedimentos em andamento no juízo, assim como também informações colhidas nos abrigos sobre a situação de cada criança e adolescente assistidos. (DIAS, 2016, p. 844-846)

Esse registro ou cadastramento poderá abranger as crianças e adolescentes institucionalizados e aqueles em situação de risco pessoal atendidos pelo serviço técnico do Juizado da Infância e da Juventude, que estão aptos a ser inseridos num contexto familiar alternativo. (DIAS, 2018, p. 529-535)

Construir um banco de dados, com o cadastramento de crianças e adolescentes, facilitará a busca de pessoas interessadas em adotar, para tender uma necessidade das comarcas. Diante dessa necessidade o Conselho Nacional do Ministério Público – CNJ já aprovou o projeto de criação de um cadastro nacional de adoção, para que os processos se tornem mais eficazes e para facilitar a procura pela criança desejada. (DIAS, 2018, p. 529-535)

Haja vista, que a forma de viabilizar este cadastramento será por meio de sistema unificado que sintetizará todas as comarcas do país, onde os próprios juízes serão responsabilizados pelas informações. Sem dúvida, isso representa um avanço na viabilização do processo de adoção, pois permitirá uma interação nacional na concretização do processo de adoção, o que representa uma oportunidade para tantas crianças e adolescentes que permanecem a margem do processo social. Além disso, significa a realização do exercício da

maternidade e paternidade buscada por tantas pessoas que, não podem ou não desejam gerar filhos.

4 ADOÇÃO À BRASILEIRA

O Supremo Tribunal Federal vislumbrou um fenômeno no qual casais registram filhos alheios, recém-nascidos, como próprio, com o intuito de constituir uma família, sendo que este está de acordo com a mãe biológica não tendo a intenção de tomar-lhe o filho. A esse fenômeno deu-se o nome de adoção à brasileira ou simulada, pois apesar de não atender aos trâmites legais da adoção possui um ponto em comum uma vez que configura a paternidade baseada na sócio afetividade. (GRANATO, 2012, p. 34-37)

Nesse fenômeno estão envolvidos, de um lado, uma criança e seus pais biológicos, que não tem a pretensão de criá-la, e, de outro lado, pessoas que desejam constituir ou ampliar a sua família e dar aquela criança a sua paternidade. (GRANATO, 2012, p. 34-37)

Tal pode ser explicado por vários motivos dentre os quais destacam-se: incerteza de sucesso, dificuldade de acesso e morosidade trazida pelos processos judiciais de adoção, omitir para a criança o fato de que ela foi adotada. Dessa forma, ao receber filhos de pais que não querem criá-los, os “adotantes” vão ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais e os registram como sendo seus filhos. Portanto, os novos “pais” enxergam na adoção à brasileira um meio seguro e acessível de se estabelecer a sua paternidade sócio afetiva e não se submetem a ação de adoção por receio de que a criança lhes seja tomada no ato da sua propositura, quando já desfrutam de laços afetivos. (LISBOA, 2013, p. 307-311)

Por conseguinte, optam assumir o risco e cometer um ato que o ordenamento jurídico tipifica como crime, pois o Código Penal Brasileiro, traz a infração à lei, especificada no caput do artigo 242 da referida lei, porém ela pode ser revestida de intenção nobre, como se percebe no parágrafo único desse mesmo artigo.

“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”.

Então, esse parágrafo único do artigo reconhece a grandeza do ser humano, podendo, a critério do juiz, o indivíduo que fez a adoção à brasileira adquirir o perdão

judicial. Dessa forma, GONÇALVES (2016, p.378) traz o entendimento da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, onde decidiu que a maternidade sócio afetiva deve ser reconhecida, mesmo na hipótese da chamada “adoção à brasileira”, em que criança recém-nascida foi registrada como filha pela adotante. Tendo em vista, que a atitude da mãe foi de livre e espontânea vontade, sem quaisquer vícios de consentimento e má-fé, a filiação deverá prevalecer, pois o mais importante é a proteção integral à criança. Haja vista, que a maternidade que nasce de um acordo de vontades com base no afeto, deve ser preservada pelo Direito de Família.

Em caráter ilustrativo, registra-se a decisão proferida pelo Tribunal do Estado de Sergipe, que assim decidiu:

APELAÇÃO CRIMINAL. PARTO SUPOSTO ART. 242 DO CÓDIGO PENAL, PERDÃO JUDICIAL. MOTIVO DE RECONHECIDA NOBREZA. SÚMULA 18 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DECISÃO QUE DECRETA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. Recurso Provido. Anulação do julgamento. Unanimidade.
(TJ-SE – ACR: 2010305863 SE, Relator: DES. Luiz Antônio Araújo Mendonça. Data de julgamento: 10/08/2010, CÂMARA CRIMINAL).

A adoção à brasileira, embora caracterize ilícito penal, é uma prática corriqueira utilizada pela sociedade brasileira no afã de suprir o desejo da maternidade e por consequência a constituição de uma família.

As adoções ilegais são vulgarmente chamadas, de “adoção à brasileira ou simulada” se faz presente na maioria dos casos de adoção ilegal. Ocorre que a maioria dos casos em que acontece esta adoção, os adotantes levam em consideração afetividade, e o vínculo estabelecido entres eles, e o medo de que lhes sejam tirados o filho tão amado, os levam ao registro ilegal da criança (TARTUCE, 2018).

Diante de tais fatos, ao perceber a boa fé dos adotantes, em consonância com princípio do melhor interesse da criança, tem se convertido esta adoção irregular em adoção legal.

Em caráter ilustrativo, registra-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que assim decidiu:

RECURSO ESPECIAL - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NAO CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO

DE CRIANÇA - NAO VERIFICACAO - FATOS QUE, POR SI, NAO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro; II - E incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo; III - Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o conseqüente vínculo de afetividade;

IV - Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente;

V - O argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda. Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança;

VI - Recurso Especial provido.

(STJ – RESP: 1172067 MG 2009/0052962-4, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de julgamento: 18/03/2010, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJE 14/04/2010)

Dessa maneira, para converter a “adoção à brasileira” em adoção legal, deverá ser avaliado se os adotantes são indivíduos que preenchem os requisitos contidos no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, e avaliados pela figura da norma jurídica, a fim de se apurar o caso, tangível e afirmar a eventualidade da criança ficar na família que já havia reconhecido, e caracterizado os laços de afetividade e o melhor interesse do adotando, tanto da adoção de menores como da adoção de maiores de dezoito anos.

5 DESCONSTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O Estado moderno sente-se legitimado a entrar no reduto familiar, a fim de preservar os vulneráveis que aí vivem. Dessa maneira, arranja do direito de inquirir o

adimplemento das coisas decorrentes do poder familiar, podendo suspendê-la e até excluí-la, no momento em que um ou os dois mantenham comportamento que possa lesar o filho. É emergente atenção de conservar a honra física e psíquica da criança e adolescente, nem que para isto tenha Poder Público afastá-los do contato com seus pais. (DIAS, 2016, p. 782-784)

A dissolução do poder familiar dá-se por fatos naturais, de pleno direito, ou por decisão judicial. O artigo 1.635 do Código Civil⁴, como averiguado, menciona os seguintes motivos de dissolução morte dos pais ou filho, emancipação, maioridade, adoção e decisão judicial na maneira do art. 1.638⁵.

Como a adoção assegura todos os direitos decorrentes da filiação, são transferidos ao adotante, diante do acordo de vontade das partes este ato leva à destituição do poder familiar dos pais biológicos. Tal circunstancia é irreversível, de acordo com o que chancelamento dos tribunais, sendo ineficaz posterior arrependimento daquele se a criança foi entregue em adoção. (GONÇALVES, 2018, p. 426-429)

Mesmo não havendo o consentimento dos genitores com a adoção, não é essencial a prévia propositura de ação autônoma de supressão do poder familiar. Como a concessão da adoção implica, impreterivelmente, na perda do poder familiar (artigos 1.635, inciso IV do CC e 41 do ECA), mesmo não havendo o pedido expresso pedido de destituição, considera-se como implícito. A destituição do poder familiar é um efeito reflexo da sentença concessiva da adoção. A única exigência é a citação dos genitores como litisconsortes necessários. (DIAS, 2016, p. 782-784)

Diante deste, instituto em apreço não basta ser biologicamente genitor, mas sim alimentá-los, deixá-los crescer em ambientes saudáveis, educá-los e dirigi-los para uma vida.

⁴Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;II - pela emancipação, nos termos do art. 5o, parágrafo único;III - pela maioridade;IV - pela adoção;V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

⁵ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;II - deixar o filho em abandono;III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)

O ente humano necessita, “durante sua infância, de quem o crie e eduque, ampare e defenda, guarde e cuide dos seus interesses, em suma, tenha a regência de sua pessoa e seus bens.

Porém vivemos em uma realidade social onde a adoção é vista como uma forma de garantir a criança, um lar, este instituto é uma forma de satisfazer os anseios de quem busca um lar e das pessoas que almejam constituir uma família.

Ocorre que para uma pessoa comum é muito mais fácil e barato adotar à brasileira, ou seja, registrar como sendo sua uma criança que biologicamente não é. Na maioria dos casos as pessoa não tem ideia do risco, diante desse que é considerado um ato de nobreza, pois falta informação.

Nesse sentido, a adoção à brasileira acontece principalmente pelo rigor e a morosidade do procedimento comum. Some-se a isso o baixo poder aquisitivo das pessoas que doam seus filhos e a facilidade dos registros civis, onde basta comparecer em um Cartório de Registros Públicos para se ter uma certidão de nascimento.

Diante deste ato de adoção informal são geradas inúmeras consequências, jurídicas e psíquicas para as crianças que estabelecem um vínculo afetivo com as pessoas que as criam. Sendo assim, mesmo que tal atitude resulte em crime tipificado no artigo 242 do Código Penal, tendo como consequência natural a destituição do poder familiar e a nulidade do registro civil, tais são mitigadas atualmente devido ao impacto emocional para criança que teria que suportar o rompimento do convívio aconchegante da sua família afetiva. (GRANATO, 2012, p. 34-36)

Para Maria Berenice Dias (2016), não há questionamentos quanto à realidade ideal, qual seja, crianças e adolescentes crescerem junto a suas famílias de origem. Mas há uma realidade inevitável. Quando a convivência com a família natural se revela impossível ou é desaconselhável, melhor atende ao interesse desses indivíduos - rejeitados pelos pais que não podem ou não desejam cria-los - serem entregues aos cuidados de quem sonha reconhecê-los como filhos.

Por ou lado, consagração do princípio da dignidade humana como cláusula geral de proteção, bem como a afirmação da dignidade da criança e do adolescente e a positivação da doutrina na proteção integral resultam em uma ordem de princípios que privilegia o melhor interesse da criança como regra de interpretação. (DIAS, 2017, p. 82-90)

Não podemos negligenciar que adoção à brasileira é um fato social presente em nossa sociedade e a busca por meios legais para atingir o desejo de ter um filho são árduas e

emocionalmente desgastante, o que faz com esta prática torne-se ainda mais corriqueira, pois existe um acordo de vontade entre as partes. (TARTUCE, 2018, p. 451-453)

Diante dos argumentos apresentados, deverá ser aplicado o princípio do melhor interesse da criança para orientar os conflitos existentes onde possa envolver o menor. O posicionamento que os Tribunais vem tomando é a aplicação do princípio do melhor interesse da criança, mesmo que o ato tenha sido feito de forma irregular, pois o menor é o maior prejudicado neste conflito.

6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante a lei prever o procedimento correto a ser observado nos casos de adoção, certo é que o legislador ainda não conseguiu elaborar um protocolo que torne esse procedimento atrativo, eficaz e, principalmente, que se aplique às situações vivenciadas no cotidiano da sociedade brasileira.

Some-se a isso, o assoberbamento e a morosidade do Poder Judiciário, que em nada contribui ao atendimento célere de causas extremamente sensíveis como é o processo de adoção.

A lei tem como prioridade o interesse do menor. Em razão disso, é firme na assertiva de que a adoção à brasileira é um fato social não incomum, cujo ato não raramente é movido exclusivamente por uma intenção nobre de quem adota – o que inclusive é tratado pelo próprio Código Penal como uma causa de perdão judicial – há que observar cada caso se o interesse do menor está sendo atendido e, sendo a resposta afirmativa, o desejo de punir um ato ilegal, não deve ser levado a diante, pois a situação já esta consolidada, sob pena de, assim o fazendo, se punir não apenas aquele que praticou um gesto de amor e solidariedade humana, mas, sobretudo, de punir aquele que a lei manda proteger prioritariamente: o próprio menor adotado. Entre o rigor da lei, e o bom senso, que prevaleça esse.

As primeiras normas formais da adoção entraram em vigor com o código de 1916, as quais evidentemente eram provenientes de uma sociedade patrimonialista. A adoção não possuía caráter assistencialista e visava apenas à vontade de dar filhos a quem não os tinha. Ressaltando que o vínculo afetivo não tinha relevância jurídica alguma.

Tendo em vista, este contexto o campo jurídico-constitucional trouxe um reconhecimento da família como grupo social tendo como fundamento os laços afetivos e o

princípio da sócio afetividade passou a ser o norteador das decisões referentes à lide do Direito de Família.

Como resultado, a adoção à brasileira, dentro desse contexto de primazia das relações afetivas em detrimento dos laços biológicos e do princípio do melhor interesse da criança, começou a receber um tratamento mais flexível por parte dos operadores do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 06 out. 2018.

_____. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 07 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1172067 MG 2009/0052962-4 da Terceira Turma. Relator Ministro Massami Uyeda. Data da decisão: 18/03/2010. Disponível

em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9115155/recurso-especial-resp-1172067-mg-2009-0052962-4/inteiro-teor-14264225>. Acesso em: 06 out. 2018.

_____. Lei nº 3.133, de 08 de maio de 1957. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L3133.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

DIAS, Maria Berenice. O lar que não chegou. Disponível em:
<<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/527>>. Acesso em: 10/10/2018.

_____. Maria Berenice. **Filhos do Afeto**. – 2. Ed. ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família/Maria Helena Diniz. – 32 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. volume 6. 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018. EBOOK

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

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**, v. 5: Direito de Família e sucessões / Roberto Senise Lisboa. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, v. 5: direito de família/ Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forence, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. V. 5: Direito de Família/ Flavio Tartuce. – 13. Ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família**/ Sílvio de Salvo Venosa. – 18. Ed. – São Paulo: Atlas, 2018.