

ADOÇÃO INTUITO PERSONAE E ADOÇÃO À BRASILEIRA: ASPECTOS LEGAIS E CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

Karina Barbosa de Lima¹

Raquel Gutierrez de Azevedo²

RESUMO: O presente artigo tem como escopo trazer questionamentos sobre o espírito da Lei de Adoção e suas consequências práticas, ou seja, se este instituto conseguiu delimitar o procedimento para a adoção a fim de trazer reais vantagens ao adotante. Com este intuito, o artigo analisa o histórico da adoção no direito pátrio, bem como os seus atuais requisitos e efeitos legais para, após, trazer ao debate os institutos da adoção *intuitu personae* e adoção *à brasileira*, relacionando a sua ocorrência, possível cabimento legal e consequências práticas, sempre considerando o melhor interesse e os benefícios à criança para efetivar a adoção, quer seja a regular, quer seja um desses dois casos à margem da lei.

ABSTRACT: This article bring questions about the spirit of the Law of Adoption and their practical consequences, namely if this institute was able to delimit the procediment for adoption intending to bring real advantages to the person that was adopted. Therewith the article analyses the historical of Brazilian adoption as well its actual requirements and legal purposes for, after that, bring to discussion the institutes of adoption *intuitu personare* and adoption *a brasileira*, relating its occurrence, possible legal adequacy und practical consequences, always considering the best interest and benefits to the children for carry out the adoption either legal or one of this two cases there are illegal.

Palavras chave: Adoção; Adoção intuitu personae; Adoção à brasileira; Proteção integral; Afeto.

Keywords: Adoption, Adoption intuit personare, Adoption a brasileira, Integral protection, Affect.

Palabras-clave: Adopción, Adopción intuit personare, Adopción a brasileira, Protección integral, afecto.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Adoção do direito brasileiro. 1.1 Histórico. 1.2 Entendimento atual sobre a necessidade da adoção. 1.3 Requisitos para adotar e ser adotado. 2 Adoção consensual. 2.1 Definição e incidência legal. 2.2 Sua justificativa conforme o melhor interesse da criança. 3 Adoção à brasileira. 3.1 Definição e Incidência Legal. 3.2 Tipificação penal: falsidade de registro. 3.3 Filiação Socioafetiva: um debate a se fazer. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

¹ Graduanda do 2º ano do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP.

² Graduanda do 4º ano do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP.

INTRODUÇÃO

A adoção é hoje um dos atos humanos mais nobres, a saber, admitir um estranho e torná-lo filho, que é o laço de parentesco mais íntimo entre duas pessoas. Contudo, o ato de adotar nem sempre teve esse teor altruísta, visto que até o advento da Constituição Federal fora um instituto preocupado apenas com questões sucessórias e suscetíveis apenas à vontade das partes.

Com a proliferação de princípios humanistas, o ato de adotar e a concepção de infância passaram a ganhar maior importância, o que justifica a presente interferência do Estado em todo o processo, procurando selecionar a criança certa para a família certa, garantindo-lhe o melhor desenvolvimento possível, uma vez que todas as tentativas de mantê-la com a família biológica restaram frustradas.

Muito embora as adoções conforme a lei funcionem no Brasil, em um país no qual os seus costumes estão arraigados, é comum que muitas adoções sejam feitas de maneira irregular, as chamadas adoção *intuito personae* e *adoção à brasileira*, que consistem no pedido direto de adoção pela família após a mãe a ter escolhido e no ato de registrar filho alheio como próprio, respectivamente.

De forma que fica a indagação: em se tratando do crescimento e educação de crianças que não possuem o afeto de seus pais, até quando o formalismo da lei deve ser seguido à risca, mesmo que tendo o intuito de evitar fraudes? Como seria a melhor forma de enquadrar o princípio do melhor interesse da criança com as formalidades do ato solene da adoção?

1 ADOÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 Histórico

Impossível entender o atual instituto da adoção sem um breve apanhado de suas disposições pelo decorrer do tempo no direito brasileiro, sendo explícita a mudança ideológica que envolve o ato de adoção, que passou paulatinamente, de uma medida que visava solucionar exclusivamente o problema de famílias sem descendentes, para hoje se preocupar em inserir uma criança em um ambiente familiar, que lhe possibilite um desenvolvimento completo e digno.

A adoção só foi expressamente regulamentada no Direito brasileiro com o Código Civil de 1916, que utilizou institutos do direito romano para fundamentá-la, o que justifica sua comparação a um contrato, no qual bastava a vontade das partes e eventual registro para que fosse concretizada, com o simples intuito de garantir a linhagem sucessória aos adotantes.

No Brasil, no início do século XX, a adoção apresentava reminiscências no Direito Romano, base de todo o pensamento civilista ocidental. Arnaldo Wald explica que em Roma a adoção era uma espécie de *paliativo* utilizado por casais estéreis para dar continuidade ao nome da família, exigindo-se para tanto uma idade já madura por parte dos adotantes, quando já não haveria mais esperanças do nascimento de filhos naturais nem do risco do arrependimento.³

A adoção foi tratada pelo Código Civil de 1916 em seus artigos 368 a 378 e, como visto no trecho acima, era vista como uma forma de solucionar o problema relativo à continuidade do nome de família. O adotado não auferia nenhuma vantagem com este instituto, pois não havia indício algum no espírito da lei de inseri-lo em um contexto familiar necessário para seu efetivo desenvolvimento.

É possível provar essa afirmação ao descrever os aspectos que tutelavam a adoção no Código Civil de 1916, o qual definiu que apenas pessoas maiores de 30(trinta) anos de idade e casadas há pelo menos cinco anos poderiam adotar, sendo a adoção por marido e mulher o único meio de duas pessoas diferentes adotarem.⁴ Percebe-se nitidamente o caráter da adoção clássica: garantir a casais sem filhos biológicos sua descendência, após não haver mais chances de terem seus próprios descendentes.⁵ Não havia nenhuma preocupação com as necessidades do adotado em crescer em um ambiente harmônico e saudável, mas os motivos eram pura e simplesmente patrimoniais.⁶

O caráter contratual de manifestação de vontade era notado quando o Código disciplina que o consentimento das partes deveria ser observado e que a adoção se completaria com simples escritura pública. O fato de as partes poderem se arrepender e dissolver a adoção por vontade ou motivos que justificassem a deserção também mostrava o caráter privado do instituto que não possuía vínculo algum com o poder público.

Mais ainda, por não pretender reinserir a criança em um ambiente familiar, já que foi privada do convívio com sua família biológica, o parentesco era formado apenas entre adotante e adotado, não havendo ligação alguma com os outros parentes, exceto no que se referia a impedimentos matrimoniais. Tampouco rompia o vínculo existente com os pais biológicos, apenas se extinguido o poder familiar, chamado de “pátrio poder” à época, e mantendo, por exemplo, os respectivos direitos sucessórios.

³ TAKAHASHI, Estela Mayumi. **Adoção no Brasil**. Grandes Temas de Direito das Famílias e Sucessões, 2011. p 270.

⁴ A mudança da idade mínima do adotante veio com a Lei 3.133/57, que alterou os dispositivos referentes à adoção no presente código.

⁵ BRASIL. Código Civil (1916). Artigos 268 e 270. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro:1º de janeiro de 1916.

⁶ Ibid, p. 271.

E, finalmente, não havia igualdade perante filhos biológicos e adotivos, pois estes apenas tinham direitos sucessórios caso os adotantes não tivessem descendentes ou, se nascidos após a adoção, concorriam com metade da herança.

O direito brasileiro se modificou ao longo do século XX, adotando uma postura em prol dos direitos humanos, trazida pela Constituição de 1988. De forma que a concepção de família e a visão da infância foram alteradas, tornando o espírito da adoção obsoleto quando comparado às inovações trazidas pela nova Carta Magna no que tange à consolidação das liberdades e direitos fundamentais, trazendo com isso um novo entendimento do conceito de ter e ser criado por uma família.

1.2 Entendimento atual sobre a necessidade da adoção

A Constituição Federal de 1988 inovou ao trazer em seu artigo 226 reconhecimento e proteção por parte do Estado a todos os arranjos familiares que fossem diferentes do casamento entre homem e mulher, conferindo a todas as famílias brasileiras proteção constitucional, não importando se monoparental, formada por união estável ou por casamento.

Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como a união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não fora do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico.⁷

Com a ideia de que a família é um instituto fundamental para a vida digna, passou a ser obrigação do Estado garantir a manutenção das relações familiares, investindo em políticas públicas para amenizar as dificuldades enfrentadas especialmente por pais de baixa renda, tornando-lhes possível criar seus filhos, ao invés de simplesmente os privarem do poder familiar e disponibilizarem essas crianças para abrigos e adoção.

Assim, a adoção passa a ter natureza jurídica de ato complexo, por precisar de sentença judicial e caráter de medida excepcional, apenas sendo realizada quando sanadas todas as tentativas de manter a criança em sua família de origem ou na chamada família extensa.

Junto com a evolução do conceito de família, a criança e o período da infância foram mais valorizados a partir da nova constituinte. Quando antes era vista como um adulto em

⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**, 2011, p. 31.

miniatura, que se divergia apenas no tamanho e eram como marionetes a serviço da vontade de seus pais, na nova constituinte não só são sujeitos de direitos, mas merecem atenção redobrada do legislador, pelo seu caráter peculiar de pessoa em desenvolvimento, o que justifica a necessidade imposta ao Estado, à sociedade e aos pais de olharem em conjunto pela sua proteção integral, como está disciplinado no artigo 227, Constituição Federal.

Na sistemática anterior, eram vistos essencialmente como adultos em miniatura: quando muito, tinham alguns direitos da mesma natureza daqueles concedidos aos adultos. [...] crianças e adolescentes não eram reconhecidos como sujeitos de direitos especiais em face dos adultos e transformam-se eles em meros objetos de intervenção do universo das relações jurídicas entre essas outras pessoas humanas, ao poder de quem estavam despoticamente submetidos.⁸

A nova concepção de infância trazida pela Carta Magna fez com que a justificativa para a adoção também sofresse mudança, passando de um instituto puramente individualista, contratual e privado, que visava apenas aos interesses do adotante, para um dos atos mais grandiosos que um ser humano pode fazer por outro, que é ser uma família para aquela criança que viu todos os esforços de ser mantida com seus pais biológicos fracassados.

Assim, a Lei 12.010/09 (Lei da Adoção), adoção passou a ser tratada exclusivamente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), tendo como único propósito garantir o melhor interesse da criança na procura de uma família substituta que lhe dê todo o afeto, amor e carinho que seus pais biológicos não puderam oferecer. Pela adoção a filiação é criada de modo ficto, imitando em todos os sentidos a filiação biológica.

A adoção não existe apenas para atender casais ou pessoas solteiras, ainda que tenham os melhores dos interesses, mas, sim, para garantir que esse método realmente imite a vida, concedendo ao adotado pela família substituta tudo ou mais que uma família biológica pode proporcionar. (ZULIANI, 2011, p. 240)

Tendo como máxima a necessidade de trazer reais vantagens ao adotado, a adoção passou a ser de especial interesse do poder público, que impôs legalmente ao judiciário a acompanhar de perto o processo e realizar todos os atos importantes para a destituição do poder familiar, cadastramento dos interessados e prolação da sentença deferindo a adoção, acompanhado de uma equipe preparada de psicólogos e assistentes sociais, seguindo regras rígidas a fim de garantir que realmente não há mais a possibilidade de a criança ser mantida em sua família de origem e de que aquele que for adotá-la esteja preparado para receber e amar um filho.

⁸ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os Direitos Humanos**, 2003. p. 116.

Toda essa importância atribuída ao instituto pela Lei 12.010/09 incubiu ao poder público a obrigação de acompanhar o procedimento, que ganhou várias etapas, as quais devem ser preenchidas.

1.3 Requisitos para adotar e ser adotado

Importante salientar que a nova Lei de Adoção confirmou a igualdade entre filhos conferida pela Constituição Federal, não podendo mais ser feita nenhuma diferença entre os ditos legítimos e os adotados, de forma que os vínculos familiares não se formam mais apenas entre adotante e adotados, mas sim se estendem perante todos os familiares daqueles, sendo este seu efeito pessoal e o material se configura em não haver mais distinção quanto aos direitos sucessórios.

Com seu novo caráter de dar à criança uma família substituta, os vínculos com os pais biológicos também foram cortados de maneira definitiva, tendo a adoção um caráter irrevogável, o que justifica a atenção que o legislador dispendeu para que todas as tentativas de manter a criança com seus pais biológicos ou família extensiva fossem exauridas antes da necessidade de se aplicar a presente medida.

A lei abandonou de vez o paradigma tradicional, individualista e preconceituoso em matéria de adoção, segundo o qual a finalidade principal da adoção seria a de tirar a criança de pais carentes e entregar a quem não tivesse filhos. E, por escolha política, passou a incentivar a promoção de políticas públicas que visam a proteger a manutenção dos vínculos familiares originais, entendendo que esse seria o *melhor interesse da criança* e adolescente: sua permanência junto aos seus.⁹

Todo o processo de adoção é feito mediante o judiciário, com início no cadastramento dos interessados e registro de crianças aptas a serem adotadas, até a efetiva adoção, concedida mediante sentença judicial.¹⁰ As crianças aptas são aquelas que não possuem pais ou familiares conhecidos, por isso órfãs, ou que seus pais perderam o poder familiar mediante sentença ou desistência homologada por sentença.

Salienta-se que a perda do poder familiar só acontece em casos extremos, quando se verifica que é a medida necessária para o melhor interesse da criança, após exauridas todas as tentativas de sua manutenção com os pais biológicos, permanecendo com famílias substitutas enquanto esperam a colocação em uma família definitiva.

⁹ TAKAHASHI, Estela Mayumi. Adoção no Brasil. Grandes Temas de Direito das Famílias e Sucessões, 2011, p. 292.

¹⁰ Sobre o cadastro de crianças e interessados em adotar, ver o Artigo 50 e parágrafos do estatuto da Criança e do Adolescente.

Pessoas interessadas em adotar devem se inscrever nos cadastros estaduais e nacionais, fiscalizados pelas Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional (CEJAI), que realizam a efetiva fiscalização nos moldes dispostos pela Convenção de Haia. A lei não faz mais a exigência excludente e retrograda de que apenas pessoas heterossexuais casadas e acima de trinta anos possam se inscrever, possibilitando a todos o direito de proporcionar um lar cheio de afeto a uma criança, desde que maior de idade (18 anos) e no mínimo dezesseis anos mais velho que àquele a ser adotado.

Outra exigência feita é que os interessados passem por um acompanhamento psicológico e jurídico feito pela equipe técnica da Vara da Infância e da Juventude, antes de entrarem efetivamente no cadastro, justificada pela irrevogabilidade do instituto, que faz com que os candidatos à adoção estejam cientes de seu ato e preparados para possibilitar ao adotado as melhores condições para um crescimento sadio e digno, o qual não teria em sua família de origem.

De forma que a adoção só é possível se os envolvidos estão devidamente cadastrados e habilitados, preenchendo todos os requisitos necessários. Mais ainda, no momento em que a adoção for efetivada, é preciso que os seguintes requisitos subjetivos sejam provados: motivo legítimo por parte dos adotantes e as reais vantagens ao adotado.

Essas exigências foram feitas para realmente transformar a adoção como medida institucional, visto que a criança só é habilitada se fracassadas todas as tentativas de mantê-la com os pais biológicos ou com guarda de sua família extensa e de se evitar fraudes como tráfico de crianças, pois o controle judicial é feito tanto na manutenção da criança com seus pais quanto na entrega respeitando a fila de cadastro.

Contudo, mesmo com todas essas exigências e requisitos a serem preenchidos, o costume brasileiro fez com que a doutrina definisse mais duas espécies de adoção, a adoção à brasileira e a adoção consensual, que não são previstas pelo ordenamento nacional, mas que são recorrentes e, pela importância cotidiana que os vínculos familiares criam, bem como seus reflexos em todo o desenvolvimento humano, devem ser analisados de maneira crítica, a fim de tentar achar uma solução que melhor se enquadre no melhor interesse da criança e na sua proteção integral.

2 ADOÇÃO CONSENSUAL

2.1 Definição e incidência legal

A adoção consensual não está legitimada no direito brasileiro, o que não obsta sua elevada incidência prática. Ela consiste no ato de a mãe decidir não criar o seu filho e escolher

uma família para confiar esta tarefa, não respeitando a fila daqueles efetivamente cadastrados, confundindo o seu dever em consentir com o procedimento da adoção com o de escolher os pais substitutos.

Como define Maria Berenice Dias, “chama-se adoção *intuitu personae* quando há o desejo da mãe de entregar o filho a determinada pessoa. Também é assim chamada a determinação de alguém a adotar uma certa criança.”¹¹

De forma que o poder público perde o controle do início deste ato solene, pois uma família não cadastrada pode não preencher os requisitos dispostos pela lei, tanto os subjetivos (interesses legítimos e melhor interesse), quanto os objetivos (idade e cadastro) que são avaliados por equipe de assistentes sociais e psicólogas. Não há como saber o preparo destas famílias e muito menos, se para a criança vai ser a melhor solução.

É perceptível neste instituto a permanência do caráter contratual da adoção clássica, já que é feita mediante a simples entrega da criança pela mãe biológica àqueles a quem escolheu, que ficam com a guarda irregular até que se passe um tempo considerável para que criem laços afetivos, justificando uma sentença favorável à adoção.

Embora não prevista expressamente em lei, muitos defendem sua legalidade por analogia e interpretação extensiva dos Artigos 50, §13 e 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais dispõem respectivamente sobre as hipóteses em que a adoção pode ser deferida sem cadastro e o consentimento dos pais para a colocação da criança em família substituta.

Os casos que admitem a adoção sem cadastro são os três expressos na lei: adoção unilateral, adoção por parente que tenha afinidade com a criança e adoção por aquele que já tenha a guarda ou tutela de fato de criança com mais de três anos, desde que comprovado os vínculos de afetividade e que não haja má-fé ou fraude entre as partes.¹²

Em nenhum momento o legislador permitiu que o pai entregasse criança recém nascida a terceiros não cadastrados, sem a intervenção do poder público. Essas três exceções baseiam-se na existência de laços afetivos entre criança e adotado, por ser companheiro de seu genitor, já ser parente ou já estar com a guarda a tempo considerável. Não há como definir que a pronta entrega de um bebê a uma família escolhida pela mãe representaria seu melhor interesse ou manteria seus vínculos afetivos – que ainda não se formaram.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**, 2011. p. 498

¹² BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: 13 de julho de 1990

A segunda analogia feita é com o artigo 166, que regula a colocação em família substituta. O presente regulamenta que crianças com pais falecidos ou suspensos do poder familiar ou com o simples consentimento dos pais, sejam colocadas em famílias substitutas mediante formulação expressa em cartório, precisando apenas de uma orientação judicial.¹³

Colocação em família substituta e adoção são medidas distintas em sua essência, que não podem ser confundidas, visto que a guarda não é definitiva e pode ser alterada conforme a situação, já a adoção cria um novo estado de filiação, rompendo todos os laços com a família antiga e criando novos, como já analisados. Não há como justificar a flexibilização do processo de adoção comparando com as medidas permissivas da simples colocação em família substituta que não traz à criança os mesmos efeitos patrimoniais e pessoais, não sendo nem sequer semelhantes.

O cadastro tem como função além de organizar, garantir que apenas crianças que não tenham mais esperanças com suas famílias de origem sejam adotadas por famílias previamente preparadas para recebê-las, além de evitar fraudes como comércio de crianças e tráfico internacional. Nesse sentido, a adoção *intuito personae* vai contra o espírito da nova lei de adoção, pois facilita aos pais que efetuem o rompimento do vínculo com seus filhos.

2.2 Sua justificativa conforme o melhor interesse da criança

Muito embora não haja previsão legal, a chamada adoção *intuito personae* não é expressamente vetada pelo ordenamento jurídico brasileiro, chegando a ser admitida sua aceitação quando o caso for realmente favorável à criança.

Aqui incumbe destacar que os pretendentes à adoção não incorreram no crime de registrar filho alheio como próprio, apenas mantiveram a guarda irregular, querendo agora transformá-la em definitiva e, posteriormente firmar a efetiva adoção. Há, portanto, uma tentativa de burlar a burocracia exigida pela lei brasileira e passar na frente de candidatos que estão há anos devidamente cadastrados e esperando por uma criança.

APELAÇÃO CÍVEL - ADOÇÃO CONSENSUAL - VINCULOS DE AFINIDADE E AFETIVIDADE INEXISTENTES - ART. 50, § 13, II DO ECA - MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - SENTENÇA MANTIDA. PRECEDENTE DO STJ. - "(. .) 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

¹³ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: 13 de julho de 1990

existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro; (...) ¹⁴

A justificativa é que muitas vezes a mãe apenas consentiu em entregar seu filho por conhecer e confiar naqueles que o criariam, acreditando que com esta família o seu filho estaria devidamente amparado.

De forma que o consentimento jamais viria para a simples entrega a um orfanato ou família substituta, condenando tanto a mãe quanto a criança a uma convivência forçada e sem afeto, excessivamente prejudicial a seu desenvolvimento. Neste caso a mãe também deseja consentir com quem criará seu filho, dando-lhe a possibilidade de ter uma família verdadeira, pautada no afeto.

É o princípio da afetividade que possibilita o reconhecimento da adoção *intuito personae*, já que os vínculos entre adotante e adotados já foram formados e a criança os enxerga como pais. Não seria justo incumbir-lhe uma segunda perda apenas para favorecer um cadastro.

Apenas para argumentar, a imediata retirada da criança de sua família “adotiva” a encaminharia para um abrigo, no qual ficaria esperando por tempo indeterminado até que fosse encontrado no cadastro aqueles que possuíssem os requisitos “completos” para sua criação. Esse processo poderia durar de meses até anos, fazendo com que a criança não fosse mais desejada pelos candidatos na fila.

O reconhecimento judicial desta modalidade de adoção não deve ser conferido sem critérios, deve-se efetivamente auferir em cada caso se já foram formados os laços de afeto entre adotante e adotado, bem como se não houve má-fé, visto que a prioridade da adoção é auferir reais vantagens à criança, que devem ser mantidas mesmo se conquistadas mediante a não observância do cadastro nacional de adoção.

Nesse sentido, a posse do estado de filiação é a **exteriorização da convivência familiar e dos laços de afeto**. A afetividade, produzida e estudada inicialmente pelos psicólogos, sociólogo e pedagogos, na modernidade, foi sendo assimilada e assumida pelos juristas, como argumento para justificar ou desqualificar determinadas relações familiares e sociais. ¹⁵ (Grifo nosso)

Pois é necessário atentar ao espírito da lei de adoção, que é manter a criança ao máximo em sua família natural e, não o podendo, proporcionar lhe uma família que supra todas as suas necessidades. O cadastro nacional de adoção foi uma forma encontrada pelo legislador de facilitar a colocação dessas crianças em famílias preparadas para amá-las. Se a

¹⁴ STJ - REsp 1172067/MG RECURSO ESPECIAL 2009/0052962-4 Relator (a) Ministro MASSAMI UYEDA (1129) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 18/03/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 14/04/2010). APELAÇÃO NÃO PROVIDA.(TJ-PR 8285636 PR 828563-6 (Acórdão), Relator: Gamaliel Seme Scaff, Data de Julgamento: 14/03/2012, 11ª Câmara Cível.

¹⁵ AYRES, Ligia Santa Maria. **Adoção** – de menor a criança, de criança a filho, 2009. p.10.

própria mãe já achou essa família e o laço de afeto está efetivamente formado, pode-se concluir que a intenção do legislador ganhou efetividade e eficácia bem maior do que se essa criança ainda estivesse em um abrigo, esperando sua família cadastrada.

Assim, defende-se que se ao avaliar o caso concreto for concluído de que a adoção *intuitu personae* trouxe efetivas vantagens ao adotado, ela deve ser sim legalizada, para conceder à criança os efeitos patrimoniais e pessoais da adoção, atendendo sua dignidade em ser criada no seio de uma família, pois o direito deve servir à sociedade, e não o contrário.

3 ADOÇÃO À BRASILEIRA

3.1 Definição e Incidência Legal

Mostrou-se muito presente no Brasil um tipo de adoção em que os pais não seguem o rito legal necessário para tal; convencionou-se chamá-la de “adoção à brasileira” que consiste na adoção de filho alheio em nome próprio. Nessa espécie, os pretensos adotantes se furtam de comparecer à justiça, através de um processo judicial, e apenas registram a criança no Cartório, muitas vezes com documentos falsos.

A adoção à brasileira, no conceito de Eduardo Oliveira Leite consiste em:

[...] registrar o filho de outra pessoa como sendo próprio sem passar pelos trâmites adotivos legais, o que, além de constituir crime de falsidade ideológica punível por lei, de fato expõe os pais adotivos à ausência de proteção legal no caso de os pais ou mãe biológicos desejar ter seu filho de volta.¹⁶

Por ser extraoficial, não há maneiras de regular a ação dos pais que pretendem adotar e nem dos biológicos que cedem o filho. Dessa forma o processo de adoção dá margens a inseguranças e até a um “mercado negro” aumentando o risco de chantagens e ameaças; e a criança, que é a parte mais vulnerável da relação, carece de uma tutela jurídica plena.

No Brasil a adoção existiu, principalmente, marginal aos processos legais e escapando às estatísticas. A prática, denominada “Adoção à Brasileira”, ocorria em 90% as adoções que se concretizavam no país até 1988, ou seja: pessoas de qualquer estado civil registravam como próprias filhos de outros.

Um tipo peculiar de adoção à brasileira é quando a mãe genitora deseja constar no registro do filho o nome do pai não genitor. Nesse caso, existe amplo reconhecimento da paternidade socioafetiva pela doutrina e jurisprudência, bem como a possibilidade de ela prevalecer sobre a verdade biológica. Trata-se do fenômeno denominado pela doutrina como a “desbiologização da paternidade”, o qual leva em consideração que a paternidade e a

¹⁶ LEITE, Eduardo Oliveira. **Direito Civil Aplicado: Direito de Família**, 2005. p. 255.

maternidade estão mais estreitamente relacionadas à convivência familiar do que ao mero vínculo biológico.

PROCESSO CIVIL E CIVIL. ECA. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO E DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR C/C BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. CRIANÇA ENTREGUE AO RÉU LOGO APÓS O NASCIMENTO. REGISTRO DE PATERNIDADE IRREGULAR. PEDIDOS JULGADOS PROCEDENTES. APELO DO PAI REGISTRAL E DA MÃE BIOLÓGICA DA CRIANÇA. [...] EXAME DE DNA NEGATIVO PARA PATERNIDADE. ADOÇÃO À BRASILEIRA CONFIGURADA. EXISTÊNCIA DE FORTE VÍNCULO AFETIVO ENTRE O PAI REGISTRAL E O MENOR. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CARACTERIZADA. PREDOMÍNIO DO PRINCÍPIO DO SUPERLATIVO INTERESSE DA CRIANÇA. ANULAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO. MEDIDA PREJUDICIAL AO INFANTE. REFORMA DA SENTENÇA PARA RESTABELECER A FILIAÇÃO PATERNA NO REGISTRO DE NASCIMENTO DO MENOR [...] (ECA, ART. 24 E CC, ART. 1.638). PREQUESTIONAMENTO DESNECESSÁRIO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.¹⁷

Por outro lado se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico, não é razoável que seja imposta a ele a prevalência da paternidade socioafetiva para impedir sua pretensão.

O adotado ilegalmente, mesmo usufruindo de uma relação socioafetiva com o pai registrário, tem direito, se quiser, a tomar conhecimento de sua “real história” e ter acesso à sua “verdade biológica”, pois o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, assentado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se afasta, porém, a importância residual do critério biológico para aqueles filhos que não dispõem de uma filiação socioafetiva constituída, para fins de atribuir-se a paternidade e, principalmente, a responsabilidade civil.

3.2 Tipificação penal: falsidade de registro

O artigo 50, § 13 do ECA prevê exceções para abarcar candidatos que não forem cadastrados, , que são: a) adoção unilateral; b) formulação do pedido por um parente com o qual a criança tenha vínculo de afetividade; e c) formulação do pedido de quem detém a tutela ou guarda de criança maior de três anos, desde que com lapso de vivência e comprovado o vínculo de afetividade. Importante destacar que, para a aplicação de tal dispositivo, o melhor interesse da criança deve sempre ser considerado.

Os indivíduos que se furtam do cadastramento, e não são enquadrados no quesito acima, são normalmente da classe média e pertencem a faixa de 40 a 50 anos. E como justificativa afirmam, segundo Ehrlich: a) a falta de celeridade do processo causando medo do

¹⁷ TJ-SC - AC: 20120120691 SC 2012.012069-1 (Acórdão), Relator: Luiz Carlos Freyesleben, Data de Julgamento: 19/09/2012, Segunda Câmara de Direito Civil Julgado.

envelhecimento e da frustração decorrente do tempo perdido e b) o receio de o Ministério Público rejeitar o perfil dos adotantes.

Infelizmente, constata-se que maioria das adoções no Brasil é feita de forma irregular. O registro de filho alheio em nome próprio é feito no Cartório de Registro Civil, obedecendo ao artigo 54 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73). Não há nenhum tipo de investigação para comprovar se os dados constantes no documento são verdadeiros, fato este propulsor desta prática.

O vínculo criado por uma adoção irregular é muito fraco: a extinção da relação de filiação pode ser feita com a simples anulação do registro, uma mãe biológica que deu o filho e o quer de volta, por exemplo, pode, com a apresentação de um exame de DNA, desconstituir a relação familiar criada.

A Adoção à Brasileira é ainda um crime segundo o artigo 242 do Código Penal, que diz que ao “registrar como seu o filho de outrem” o indivíduo fica sujeito a uma pena de reclusão de dois a seis anos. Nessa questão Cleber Masson se posiciona:

Esta conduta é conhecida como “adoção à brasileira”, em razão de tratar-se de atividade comum no território nacional, quase uma criação pátria, no mais das vezes cometidas por pessoas que buscam auxiliar amigos, parentes ou mesmo estranhos que não têm condições para cuidar do próprio filho, ou então para em conjunto criar, como se também seu filho fosse, o descendente de seu cônjuge ou companheiro.¹⁸

O parágrafo único de tal dispositivo, entretanto, à luz dos fins sociais do fato concreto, reduz a pena para um a dois anos podendo o juiz se furtar de aplica-la caso o ato fosse feito “por motivo de reconhecida nobreza”, como é visto na seguinte jurisprudência:

PENAL. ART. 242, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP, E ART. 125, XIII, DA LEI Nº 6.815/80. DECLARAÇÃO FALSA EM REGISTRO CIVIL, POR ESTRANGEIRO, DE FILHO DA COMPANHEIRA, COMO SENDO SEU FILHO. PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE FAMILIAR. ASSISTÊNCIA FINANCEIRA E AFETIVA AO MENOR. MOTIVO DE RECONHECIDA NOBREZA. APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 242, DO CÓDIGO PENAL. USO DA DECLARAÇÃO FALSA PARA A OBTENÇÃO DE VISTO DE PERMANÊNCIA PELO ESTRANGEIRO. AUSÊNCIA DE DOLO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. APELAÇÕES PROVIDAS. [...] (RSE nº 864/CE, Rel. Des. Federal Ridalvo Costa, julg. 20.09.2007, publ. DJU nº 194, Seção 2, págs.404/441, e 08/10/2007). 6. Apelações Criminais providas.¹⁹

As sanções de ordem civil vão desde a anulação do assento de nascimento maculado pelo vício acima mencionado, até a possível retirada do adotado do convívio do casal responsável pelo ato.

¹⁸ MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**. Parte Especial, 2013. p. 182.

¹⁹ TRF-5 - ACR: 3630 CE 0004556-30.2004.4.05.0000, Relator: Desembargador Federal Geraldo Apoliano, Data de Julgamento: 09/10/2008, Terceira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 13/11/2008 - Página: 219 - Nº: 221 - Ano: 2008.

3.3 Filiação Socioafetiva: um debate a se fazer

Na Constituição de 1988, ficou vedada a discriminação entre os filhos e sua origem, passando todos os filhos a serem iguais. Com isso o atual modelo de família exigiu uma nova roupagem da norma, sendo esta imprescindível no atendimento dos anseios e necessidades diversas advindas de uma nova realidade social e cultural.

A paternidade socioafetiva deve ser considerada como uma das novas manifestações familiares instituídas através do afeto, sem o qual nenhuma base familiar pode resistir. O vínculo de sangue tem o papel secundário na determinação da paternidade.

Surge, assim, um novo valor que se impõe a era biológica: o afeto. Entretanto, o legislador regulamentou as entidades familiares que estão presentes no ordenamento jurídico, mas esqueceu de normatizar de forma clara a filiação socioafetiva, dando meios a incessantes discussões judiciais, em busca de seu reconhecimento.

Vale mencionar, o manifesto do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a Adoção à Brasileira e a paternidade socioafetiva.

[...] Quem adota à moda brasileira não labora em equívoco. Tem pleno conhecimento das circunstâncias que gravitam em torno de seu gesto e, ainda assim, ultima o ato. Nessas circunstâncias, nem mesmo o pai, por arrependimento posterior, pode valer-se de eventual ação anulatória, postulando desconstituir o registro. Da mesma forma, a reflexão sobre a possibilidade de o pai adotante pleitear a nulidade do registro de nascimento deve levar em conta esses dois valores em rota de colisão (ilegalidade da adoção à moda brasileira, de um lado, e, de outro, repercussão dessa prática na formação e desenvolvimento do adotado). Com essas ponderações, em se tratando de adoção à brasileira a melhor solução consiste em só permitir que o pai adotante busque a nulidade do registro de nascimento quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de socioafetividade com o adotado. Após formado o liame socioafetivo, não poderá o pai adotante desconstituir a posse do estado de filho que já foi confirmada pelo véu da paternidade socioafetiva. Ressaltou o Min. Relator que tal entendimento, todavia, é válido apenas na hipótese de o pai adotante pretender a nulidade do registro. Não se estende, pois, ao filho adotado, a que, segundo entendimento deste Superior Tribunal, assiste o direito de, a qualquer tempo, vindicar judicialmente a nulidade do registro em vista da obtenção do estabelecimento da verdade real, ou seja, da paternidade biológica [...].²⁰

O voto do ministro deixa claro que a partir do momento que se estabeleceu um vínculo afetivo entre pais e filho, a adoção à brasileira, que além de ser ilegal é tipificada, passa a ser válida.

Para solucionar o impasse, faz-se mister que o legislador preencha as lacunas existentes no direito pátrio, utilizando-se da hermenêutica jurídica em favor dos interesses da criança, levando em consideração o afeto como princípio formador da família, em especial constituidor da relação paterno-filial, mesmo que para isso tenha que flexibilizar a norma

²⁰ STJ. REsp 833.712-RS, DJ 4/6/2007. REsp 1.088.157-PB, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 23/6/2009.

positiva em detrimento da prevalência desses interesses, efetivando-se o princípio da dignidade humana, respaldado no bem estar de cada indivíduo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova Lei de Adoção veio ao encontro do que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, que é dever dos pais, sociedade e Estado unirem seus esforços para atender primordialmente aos interesses das crianças, adotando como princípio que, salvo exceções, a criança deve ser criada e educada em sua família de origem.

É este entendimento que justifica o instituto da adoção como algo a ser feito com extrema cautela e em casos excepcionais, respeitando a lista de crianças disponíveis e candidatos aptos, pois para aquelas já não há mais esperanças em se ter um convívio saudável com seus pais biológicos, devendo ser entregues pelo Estado a uma nova família. Contudo a prática admite outras possibilidades.

A chamada adoção *intuito personae* deve ser admitida caso se prove que a convivência dos candidatos à adoção com a criança já criou laços afetivos, mesmo com a ausência desses no cadastro de adoção. O que eventualmente pode justificar a conduta é o fato de os pais ou responsáveis, mesmo de maneira irregular, disporem da criança. Se posteriormente for comprovado que não houve fraude ou má-fé, não é justo que se retire a criança do único lar ao qual ela conheceu para ser deixada em um abrigo esperando pela família cadastrada.

Ressalta-se que não há possibilidade de a criança permanecer com seus pais biológicos, que não a querem, estando apta à adoção. Não há lógica romper o afeto já formado, pois feriria o requisito intrínseco à adoção, que é a real vantagem ao adotado, pois não há maior vantagem do que ser criado por uma família que o ame, mesmo que não previamente cadastrada, quando pela lei estaria confinada a um abrigo e a espera sem certeza de resultados.

Já a adoção à brasileira, caracterizada somente pelo registro da criança, merece atenção dos operadores do direito, pois tal prática, apesar de ser tipificada no direito penal, é recorrente e legitimada por algumas decisões jurisprudenciais com base no atual conceito de vínculo familiar, o afeto. Esse fato deixa claro as contradições existentes no direito quanto ao tema e a necessidade de um debate sobre uma mudança na legislação, com o intuito de regularizar a situação trazendo mais segurança jurídica para o adotado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AYRES, Ligia Santa Maria. **Adoção** – de menor a criança, de criança a filho. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: 13 de julho de 1990

BRASIL. Código Civil (1916). Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: 1º de janeiro de 1916.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

EHRLICH, Eugen. **Introdução à sociologia do Direito**. Curitiba, Juruá, 2001.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Direito Civil Aplicado: Direito de Família**. V. São paulo: Revista dos Tribunais, 2005

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os Direitos Humanos**. Manole: Barueri, 2003

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado. Parte Especial**. Vol. 3, 3ª edição. São Paulo: Método, 2013.

TAKAHASHI, Estela Mayumi. Adoção no Brasil. **Grandes Temas de Direito das Famílias e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011

ZULIANI, Ênio Santarelli. A Adoção no Ordenamento Jurídico Atual. **Grandes Temas de Direito das Famílias e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011