



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ - UESPI
CAMPUS DE PARNAÍBA
BACHARELADO EM DIREITO

WALLACE DOS SANTOS ALVES

**ADOÇÃO À BRASILEIRA E O PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DO MENOR**

PARNAÍBA
2010

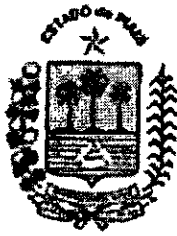
WALLACE, DOS SANTOS ALVES

**ADOÇÃO À BRASILEIRA E O PRINCÍPIO DO MELHOR
INTERESSE DO MENOR**

Monografia apresentada como parte dos requisitos para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Estadual do Piauí - UESPI, Campus Parnaíba.

Orientador: M.Sc. Roberto Cajubá da Costa Brito.

**PARNAÍBA
2010**



GOVERNO DO ESTADO DO PIAUÍ
FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ
UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO



MONOGRAFIA

ADOÇÃO À BRASILEIRA E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO
MENOR

de

WALLACE DOS SANTOS ALVES

Resultado: APROVADA

Professor Orientador Róberto Cajubá da Costa
Britto

Professor Examinador Emmanuel Rocha Reis

Professora Examinadora Zulmira do Espírito
Santo Correia

Dedico aos meus pais, Mariano e Cristianne, a quem devo tudo, pois deles sempre recebi os melhores incentivos, demonstrados com todo amor e atenção que as melhores palavras não saberiam expressar.

Agradeço, em primeiro lugar a Deus, que sempre me iluminou e me guiou neste caminho, e sempre me deu forças para superar todas as adversidades, ao meu orientador, Roberto Cajubá da Costa Brito e a todas as pessoas que de alguma forma me ajudaram nessa caminhada.

**“Há homens que lutam um dia e são bons
Há outros que lutam um ano e são melhores
Há os que lutam muitos anos e são muito bons
Porém, há os que lutam toda a vida
Esses são os imprescindíveis”.**

Bertolt Brecht.

RESUMO

O tema abordado neste trabalho é de suma importância para muitas famílias em nosso país, pois, mesmo sendo irregular, a “Adoção à Brasileira” é comumente realizada no Brasil. Esta prática é tipificada no Código Penal Brasileiro e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Porém, os tribunais de todo país têm decidido no sentido de que, uma vez concretizada, a “Adoção à Brasileira” não deve ser desfeita. Isto porque, com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio da afetividade passou a ser norteador do Direito de Família e, juntamente com o princípio do melhor interesse do menor, busca dar maior proteção e atender aos interesses de crianças e adolescentes, que são pessoas em desenvolvimento e que não têm capacidade de gerir a própria vida. Assim, existindo um caso de “Adoção à Brasileira” já concretizado, onde a criança já criou laços afetivos com aqueles que considera seus verdadeiros pais, é importante que esta “adoção”, mesmo sendo irregular, não seja desfeita, pois isso traria enormes prejuízos para essas crianças.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Adoção à Brasileira. Ilegal. Laços afetivos. Pais.

ABSTRACT

The theme approached in this work is of addition importance for a lot of families in our country, because, same being illegal, the "Adoption to the Brazilian" is commonly accomplished in Brazil. This practice is typified in the Brazilian Penal code and in the Child's Statute and of the Adolescent. However, the tribunals of every country have been deciding in the sense that, once rendered, the "Adoption to the Brazilian" should not be undone. This because, with the coming of the Federal Constitution of 1988, the beginning of the affectivity started to be norteador of the Right of Family and, together with the beginning of the smallest's best interest, search to give larger protection and to assist the children's interests and adolescents, that you/they are people in development and that you/they don't have capacity to manage the own life. Like this, existing a case of "Adoption to the Brazilian" already rendered, where the child already created affectionate bows with those that you/he/she considers their true parents, is important that this "adoption", same being illegal, don't be undone, because that would bring enormous damages for those children.

KEYWORDS: Family. Adoption to the Brazilian. Illegal. Affectionate bows. Parents.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – CONCEITO E BREVE RELATO HISTÓRICO DE ADOÇÃO	11
1.1 Conceito	11
1.2 Relato Histórico.....	12
1.2.1 Período pré-romano.....	12
1.2.2 Período romano	13
1.2.3 Importância da adoção para os povos antigos.....	13
1.2.4 Idade média	14
1.2.5 O direito francês.....	14
1.2.6 Adoção no Brasil a partir do código civil de 1916.....	15
CAPÍTULO II – O ABANDONO DE CRIANÇAS NO BRASIL	18
2.1 Motivações Socioeconômicas para o Abandono.....	18
2.2 Diferença entre o Abandono e a Entrega de uma Criança	20
CAPÍTULO III – A FAMÍLIA NA ATUAL CONSTITUIÇÃO FEDERAL	22
3.1 A Importância do Afeto.....	22
3.2 A Proteção Integral da Criança e do Adolescente.....	25
3.2.1 O Princípio do Melhor Interesse do Menor.....	27
3.3 A Tutela Jurídica da Adoção	28
CAPÍTULO IV – ADOÇÃO DE FILHO ALHEIO REGISTRADO EM NOME PRÓPRIO	30
4.1 Determinantes da “Adoção à Brasileira”	30
4.2 Criminalização dos Pais Biológicos e Adotivos	31
4.3 A Perspectiva dos Interesses do Adotado	33
CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS	39

INTRODUÇÃO

É comum na realidade social brasileira a adoção realizada através de registro de criança em nome de pessoas que não são seus pais biológicos, sem atender ao procedimento estabelecido em lei. É o registro de filho alheio em nome próprio, vulgarmente conhecido como “adoção à brasileira”, pela alta incidência em nosso país.

O registro de filho alheio em nome próprio é motivado por razões históricas, culturais e sociais. Em contra partida, essa prática é contrária à legislação civil e tipificada pelo Estado como crime.

É, portanto, necessária e importante uma investigação dessa contradição, abordando a família e a filiação na modernidade, através de uma análise mais detalhada do assunto.

Partindo desta premissa, no primeiro capítulo dá-se o conceito e um breve relato histórico do instituto da adoção, analisando o tema desde o período pré-romano até os dias atuais.

No segundo capítulo, o trabalho trata do problema social do abandono de crianças no Brasil. As motivações socioeconômicas para o abandono são analisadas dentro do contexto histórico, cultural e social. O abandono e a entrega de crianças são relacionados à maternidade e à paternidade através da compreensão da realidade social e emocional das mães e dos pais biológicos.

O terceiro capítulo está voltado para os novos valores trazidos pela Constituição Federal de 1988, em especial o afeto, que é apontado como determinante para alterações das relações familiares. Demonstra-se que a existência do elemento afetivo recebe proteção constitucional por força da valorização das pessoas e de sua dignidade, que passam a caracterizar o sistema jurídico, substituindo a tutela anterior voltada para o patrimônio.

Identifica-se, no segundo subtópico deste capítulo, a doutrina da proteção integral da criança nas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No quarto e último capítulo expõem-se as determinantes da “adoção à brasileira”, correlacionando-as a fatores históricos, culturais e sociais.

Veremos que a criminalização dos pais adotivos e biológicos se mostra necessária para resguardar a família e os institutos dela decorrentes.

Em contrapartida, através da perspectiva dos interesses do adotado, procura-se justificar a necessidade de regularizar a adoção consolidada, apesar de realizada por registro de filho alheio em nome próprio.

Enfim, neste estudo procura-se ressaltar os aspectos relevantes da prática da “adoção à brasileira”, suas razões e as possíveis consequências para as crianças caso ela seja desfeita.

CAPÍTULO I

CONCEITO E BREVE RELATO HISTÓRICO DE ADOÇÃO

Desde a Antiguidade, para que um clã se perpetuasse, uma civilização não perecesse, ou até mesmo para que os deuses fossem aplacados, as pessoas tinham a necessidade de ver o nome da família se estender pelo tempo.

Como não é diferente hoje, a infertilidade já existia, e para que as pessoas dessem continuidade ao nome da família, satisfazendo, assim, seus anseios religiosos e sociais, passaram a criar o hábito de adotar alguém, trazendo para dentro de casa e tornando membro da família uma pessoa estranha, não importando, naquela época, se era adulta ou criança. Ao aceitar um novo indivíduo como parte do grupo, a família cumpria vários objetivos de uma só vez: garantia-se, assim, a projeção do nome do clã para o futuro, mantinham-se os poderes políticos, cumpriam-se os deveres religiosos.

Com o passar dos anos o perfil da família se aprimorou e foram afastados os objetivos primitivos da adoção, deixando-se de lado a esfera religiosa e os anseios relativos ao clã. Porém, as pessoas ainda têm necessidade de constituir família, de ter filhos, de dar e receber desses filhos, carinho, amor, afeto e, quando por infertilidade do homem ou da mulher, ou por qualquer outro motivo, um filho natural não pode ser concebido, a adoção se torna, muitas vezes, o único meio eficaz de se constituir uma família.

Como se vê, a adoção é uma medida de proteção e uma instituição de caráter humanitário, que tem, por escopo, dar filhos àqueles a quem a natureza negou, e, por outro lado, uma finalidade assistencial, constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotado.

1.1 Conceito

A doutrinadora Diniz (2008, p. 506) dá o seguinte conceito para adoção:

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

A adoção é, portanto, um vínculo de parentesco civil, em linha reta, que estabelece entre adotantes e adotado, um liame legal de parentesco e filiação civil. Tal posição de filho será definitiva e irrevogável para todos os efeitos legais, uma vez que desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais de sangue, salvo os impedimentos para casamento (CF, arts. 227 §§ 5º e 6º), criando verdadeiros laços de parentesco entre adotado e a família do adotante. (CC, art. 1626). É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre o adotante e o adotado um laço de parentesco de 1º grau em linha reta.

1.2 Relato Histórico

1.2.1 Período pré-romano

O instituto da adoção surgiu já durante o período da antiguidade, como comprovam os primeiros textos legais de que se tem notícia.

O Código de Hamurabi, do período de 1728 a 1686 a.C., já ditava as regras relativas à adoção na Babilônia.

O assunto era tratado nos parágrafos 185 a 195 do referido Código, os quais demonstravam a maior preocupação dos escribas do rei Hamurabi, que era estabelecer em quais casos seria possível, ao adotado, voltar à casa dos pais biológicos.

Outro importante fato que se conclui, ao analisar o modo pelo qual a adoção é tratada pelo código em questão, é o de que, uma vez adotado de modo irrevogável, tinha o filho adotivo os mesmos direitos hereditários do filho natural. Observa-se aí, mais uma vez, o forte senso de justiça que possuía o Código de Hamurabi.

Da mesma forma que na sociedade babilônica, a hindu também previa em sua legislação o instituto da adoção. Segundo as Leis de Manú, IX, 10, “aquele a quem a natureza não deu filhos, pode adotar um para que as cerimônias fúnebres não cessem” (ALVIM, 2004). Percebe-se aqui o caráter religioso do instituto da adoção àquela época.

Em Esparta, embora haja relatos a respeito de existência da prática da adoção, esta era diferente do modo pela qual vemos o instituto em questão. De fato, o modelo de organização espartana em família e sociedade determinava que os filhos somente poderiam permanecer em companhia da mãe até os sete anos de idade quando tinham obrigatoriamente de ser entregues ao treinamento militar, no contexto de uma cidade-estado eminentemente beligerante. A adoção deveria ser confirmada na presença do rei.

Em Atenas, somente os cidadãos poderiam adotar e serem adotados, daí o instituto não se aplicar a estrangeiros nem a escravos.

1.2.2 Período romano

Já na civilização romana, a forma pela qual ela se organizava religiosa e socialmente favoreceu o desenvolvimento e a plenitude dos efeitos da adoção que era vista como uma instituição de direito privado, simétrica à da naturalização do direito público. Assim como a naturalização incorporava um estrangeiro no Estado outorgando-lhe a cidadania, também a adoção agregava um estranho na família romana, concedendo-lhe os direitos e deveres de filho.

No direito romano eram praticados dois tipos de adoção: a *ad-rogatio* e a adoção propriamente dita ou em sentido estrito.

Para adotar através da *ad-rogatio* era necessário que o adotante tivesse mais de sessenta anos e ser, pelo menos, dezoito anos mais velho que o adotado. Como muitas vezes o adotado era um chefe de família, até então *sui juris*, que sofria uma *capitis diminutio*, porque se convertia em *alieni júris*, a sua família inteira extinguiu-se, passando ao pátrio poder do adotante, em cuja família se integrava pela linha agnata, como todos os seus descendentes e bens. Como se pode ver, por ser medida de suma gravidade e importantíssimos efeitos, a *ad-rogatio* somente se realizava por força de uma lei, com o concurso sucessivo da religião e do Estado. Para a efetivação da *ad-rogatio* era necessário, ainda, a concordância das partes interessadas, ou seja, do adotante e do adotado.

A adoção em sentido estrito ou propriamente dita do direito romano é a que mais se assemelha à concepção moderna do instituto e possuía os seguintes requisitos em relação à pessoa do adotante: deveria ser *sui júris* (homem), ser dezoito anos mais velho que o adotado, e não possuir filhos legítimos ou adotados.

Uma diferença importante entre a *ad-rogatio* e a adoção propriamente dita é que enquanto a primeira era instituto de direito privado, a segunda, em contraste, pertencia ao ramo do direito público.

1.2.3 Importância da adoção para os povos antigos

Para os povos antigos, de uma forma geral, o homem, após a morte, deveria ser considerado um ser divino e feliz, necessitando para tal, da oferenda de banquetes fúnebres

em sua homenagem pelos seus descendentes vivos, sem as quais ele não poderia ser feliz e divino. Assim, sua felicidade após a morte dependia não de sua conduta em vida, mas sim da de seus descendentes para consigo nos cultos fúnebres.

Desta forma, adotar um filho significava velar pela continuidade da religião doméstica, tendo a adoção sua razão de ser apenas na necessidade de se evitar a extinção de um culto, e como a adoção não tinha outro objetivo a não ser este, seguia-se daí que, geralmente, não era permitida senão a quem não tinha filhos.

1.2.4 Idade média

Com as invasões bárbaras e o início da Idade Média o instituto da adoção passa a cair em desuso.

De fato, tanto para os senhores feudais como para a Igreja Católica o instituto em questão não convinha. Aos primeiros, porque muitas vezes se contrariava seus direitos hereditários sobre seus feudos, sendo somente admitida a adoção quando lhes interessava do ponto de vista sucessório. À igreja Católica por ser a adoção considerada contra os princípios que se formavam de família cristã e do sacramento do matrimônio, que, àquela época tinha como única finalidade de existir a procriação.

1.2.5 O direito francês

O instituto da adoção passa por um processo de renascimento com o início da Idade Moderna, destacando-se, nesse contexto, o Código Civil Francês de 1792, o chamado Código de Napoleão. Possuía este, no entanto, fortes propósitos políticos ao restaurar a adoção na França, uma vez que Napoleão necessitava de um sucessor.

O Código Civil Francês previa quatro tipos de adoção:

1º) - Adoção ordinária: realizada através de contrato, sujeita à homologação por parte do magistrado, a qual concedia direitos hereditários ao adotado, era permitida somente a pessoas maiores de cinquenta anos que não tivessem filhos, exigindo-se uma diferença de idade mínima de quinze anos entre adotante e adotado;

2º) - Adoção remuneratória: concedida a quem tivesse salvado a vida do adotante, caracterizando-se pela irrevogabilidade;

3º) - Adoção testamentária: feita através de declaração de última vontade, permitida ao tutor somente após cinco anos de tutela;

4º) - adoção provisória ou tutela oficiosa: criada em favorecimento a menores, regulando questões de tutela da criança.

Durante o século XIX a adoção cai novamente em desuso, voltando a ser novamente utilizada e difundida durante o século XX em vários países, sendo objeto de estudo e regulamentação em diversos congressos, acordos e tratados internacionais.

1.2.6 Adoção no Brasil a partir do código civil de 1916

Com a introdução do Código Civil de 1916, nos termos dos artigos 368 a 378, somente poderiam adotar os maiores de cinquenta anos, pelo menos dezoito anos mais velho que o adotado, que não possuíssem prole legítima ou legitimada. Desta forma, havia vários obstáculos impostos àqueles que tivessem a intenção de adotar. Quanto a esse aspecto, é interessante observar que a adoção possuía, à época, a função primordial de dar a oportunidade àquela pessoa que não pode ou não quis ter um filho, adotar uma criança, mantendo-se o caráter que a adoção já possuía desde suas origens.

A Lei 3.133 de 8 de maio de 1957 veio mudar os requisitos indispensáveis para que a adoção fosse possível: diminuiu a idade mínima para trinta anos, e a diferença de idade entre o adotante e o adotado para dezesseis. Deixou de existir a necessidade do casal adotante não possuir filhos, passando-se apenas a exigir a comprovação de estabilidade conjugal por um período de pelo menos cinco anos de matrimônio.

Em se tratando de sucessão hereditária, a referida Lei dizia que o adotante tinha direito apenas a metade do quinhão a que tinham direito os filhos biológicos.

Mais tarde, em 2 de junho de 1965, entra em vigor a Lei 4.665, cuja única modificação importante que trouxe ao instituto da adoção foi a de permitir que fosse cancelado o registro de nascimento primitivo e substituído por outro, com novos dados.

Em 1979, veio a lume o Código de Menores, como ficou conhecida a Lei 6.697 de outubro daquele ano. Este Código previa dois tipos de adoção: a plena e a simples.

Para haver adoção plena era necessário que os cônjuges fossem casados há mais de cinco anos, tendo um deles idade igual ou superior a trinta anos e pelo menos mais que dezesseis anos em relação ao adotado; fossem casados há cinco anos ou mais, exceto se um deles fosse estéril, tivesse o adotado não mais de sete anos, a não ser que este já se encontrasse, à época em que completou tal idade, sob a guarda dos adotantes, e houvesse estágio de convivência entre adotantes e adotado de, ao menos, um ano, salvo se o adotado fosse recém nascido. Não se permitia aos solteiros, estrangeiros, viúvos ou separados adotar, nestes dois últimos casos, se já iniciado o estágio de convivência de três anos antes da morte sobrevinda ou da separação, era permitido. A adoção plena prevista pelo Código

de Menores extinguiu todos os vínculos do adotado com sua família biológica, mantendo-se apenas os impedimentos matrimoniais.

A adoção simples, apesar de possuir trâmite judicial, assemelhava-se à adoção prevista no Código Civil, salvo no que tange a algumas diferenças como o uso dos apelidos da família substituta, a possibilidade de mudança de prenome, de destituição do pátrio poder e a concorrência em igualdade na sucessão hereditária.

Em 13 de julho de 1990, a Lei 8.069, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), veio confirmar o que o Código de Menores já fazia, ou seja, proteger, acima de tudo, o interesse da criança e do adolescente. Além disso, foram implementadas algumas mudanças com o intuito de causar menos entraves à adoção, sempre tendo em vista o bem-estar do adotado. A idade máxima do adotado passa de sete para dezoito anos à época do pedido, salvo se, antes de completá-la já estivesse em companhia dos adotantes, e a idade mínima dos adotantes passou de trinta para vinte e um anos, independentemente da diferença de idade ao adotando e seu estado civil.

Ao se estudar a evolução histórica da adoção é preciso ter-se em mente os diversos aspectos da sociedade em que ela se insere (aspectos religiosos, sociais, econômicos, e até mesmo políticos).

Assim, nas sociedades antigas de um modo geral, em que a religião impunha a necessidade de culto doméstico aos mortos, sob pena de tornar atormentadas as almas de seus antepassados, a adoção tinha como objetivo o de garantir a existência ou continuidade da família daqueles que não podiam gerar seus próprios filhos.

Com as invasões bárbaras e o advento da Idade Média, principalmente por influência da Igreja Católica, que defendia a família cristã e o matrimônio como o único objetivo de procriação, o instituto cai em desuso.

O período de dominação de Napoleão Bonaparte na França constitui outro marco na história da adoção. Primeiro código moderno a regulamentar o instituto, nele a adoção possui um forte caráter político, vez que Bonaparte, não possuindo filhos, precisava de um sucessor para seu trono.

No que diz respeito à evolução da adoção no Brasil, esta adquiriu muitas feições. Inicialmente prevista no Código Civil de 1916, o objetivo do instituto era o de dar a oportunidade aos casais estéreis de terem filhos.

Com o passar do tempo, porém, o legislador, percebeu a importância que a adoção poderia ter para a proteção da criança e do adolescente. Assim, a adoção deixa de privilegiar a figura do adotante e passa a proteger, acima de tudo, os interesses do adotado.

De fato, em um país como o nosso, em que impera o completo desrespeito às suas crianças e adolescentes carentes, não se poderia esperar outro posicionamento do legislador. Com a entrada em vigor do ECA, o Brasil se posicionou como um dos países mais evoluídos no que diz respeito à proteção do menor. Basta saber até quando seremos os mais adiantados apenas no plano teórico e quando, efetivamente, na prática, protegeremos nossas crianças e adolescentes.

CAPÍTULO II

O ABANDONO DE CRIANÇAS NO BRASIL

2.1 Motivações Socioeconômicas para o Abandono

O abandono de crianças é um fenômeno comum a todos os tempos e lugares e, embora se alterem as motivações, as circunstâncias, as causas e as atitudes, é mais intenso e acentuado quando há crise econômica.

Historicamente, a presença de uma gravidez não desejada passou a ser resolvida com o infanticídio ou o abandono. Quando isso não acontecia, as mulheres que permaneciam com seus filhos eram marginalizadas nas sociedades a qual pertenciam.

Na Grécia Antiga, a fecundidade e a mortalidade eram controladas de modo que não fosse necessário criar muitos filhos, sendo, inclusive, aprovado o abandono como forma de controle do tamanho da família e da população. O pai tinha poder absoluto sobre os filhos. A ele era permitido matar ou vender os filhos indesejados. A deformidade da criança e a pobreza da família bastavam para que se decretasse a morte ou abandono da criança.

Na Idade Média, os grandes senhores ocupavam-se da defesa das crianças desamparadas no território sob sua autoridade. Porém a gravidade da prática de infanticídio e abandono na alta Idade Média foi tão elevada que a Igreja precisou recorrer a sanções para controle. Também na Igreja que se suscitaram e desenvolveram as iniciativas mais relevantes a favor das crianças abandonadas e desamparadas, sobretudo por ordens religiosas femininas que frequentemente acolhiam crianças abandonadas.

Já na baixa Idade Média, matar um recém-nascido era um delito severamente sancionado pela legislação civil e religiosa. Somente a pobreza da mãe, em certas ocasiões, era admitida como atenuante do delito.

No século XIX, com o advento das idéias liberais que trouxeram uma nova concepção de Estado e com uma maior responsabilização deste nos problemas de assistência, observou-se o empenho direto dos poderes públicos na criação de instituições e organização de sistemas de proteção às crianças.

A partir do fim da primeira guerra mundial, medidas jurídicas de proteção e defesa das crianças, diante do elevado número de órfãos abandonados, vítimas do conflito bélico, foram implementadas com maior intensidade e urgência.

Nas Américas, a prática do abandono foi introduzida pelo branco. A situação de miséria, exploração e marginalização levaram os indígenas e depois os africanos e mestiços a seguir o exemplo de espanhóis e portugueses de abandonar seus filhos.

No Brasil, a história social do abandono está diretamente ligada a fatores como pobreza, marginalidade social, colonização, mestiçagem, entre outros.

No Brasil Colônia, o sistema implantado de escravidão e de concentração de riqueza em torno de uma grande propriedade monocultora determinou o surgimento de uma linha de pobreza grave. Esse sistema permaneceu durante séculos e com o fim da escravidão uma faixa considerável da população passou a conviver com a exclusão e marginalização. A grande maioria das crianças abandonadas vinha dessa faixa de miseráveis e excluídos. Famílias pobres, já com muitos filhos para criar e sem condições financeiras, viam no abandono uma forma de se "livrar do problema" que era o nascimento de mais uma criança.

Porém, não só a pobreza explica a prática do abandono de crianças no Brasil Colônia. O modelo de família imposto pelos portugueses - monogamia, condenação do divórcio, indissolubilidade do matrimônio e principalmente a proibição do aborto - juntamente com a prática do casamento chocavam-se com a cultura indígena e propiciaram o adultério. Para diminuir o número excessivo de filhos a população local foi levada ao infanticídio e ao abandono.

Outro fator determinante para a prática do abandono no Brasil colonial foi o culto da Igreja Católica à virgindade da mulher, que determinou o pensamento da sociedade brasileira sobre a atividade sexual feminina. A mulher solteira deveria manter-se virgem até o casamento. Assim, uma mulher solteira que perdesse a virgindade ou uma esposa adúltera tinha reduzida toda possibilidade de respeito, particularmente entre as camadas mais ricas da sociedade, a dos proprietários das terras. Dessa forma, a preservação da honra da mulher de elite e de sua família forma fatores determinantes responsáveis pelo abandono de muitas crianças naquela época.

A partir do começo do século XX, outros fatores favoreceram o abandono de recém-nascidos no Brasil. Entre eles, a urbanização crescente, a migração das zonas rurais para as zonas urbanas e a entrada da mulher pobre na força de trabalho nas cidades como operária. Esses fatores marcaram o descompasso dos valores morais e religiosos, e de costumes que as moças do campo traziam. Juntam-se a isso a falta de controles sociais por parte do Estado e a falta de apoio familiar.

Na atualidade, o abandono de crianças continua ligado a fatores como a pobreza, a miséria e a falta de planejamento familiar. A gravidez na adolescência também contribui para tal fato. Outro motivo para o abandono é quando as crianças nascem com alguma anormalidade, física ou mental. Grande parte dos pais abandona os filhos quando têm consciência da anormalidade.

Outro motivo que leva ao abandono é o comportamento indesejado de crianças não apenas pelas famílias biológicas, mas também pelas famílias que estavam com a criança em situação de guarda ou adoção. Nesses casos, essas crianças acabam sendo “devolvidas”.


Atualmente, a doutrina também considera abandonadas as crianças que vivam em companhia de pai, mãe, tutor ou pessoa que se entregue à prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, e também as crianças que, devido à crueldade, negligência ou exploração dos pais, tutores ou encarregados de sua guarda, sejam vítimas de maus tratos físicos habituais ou castigos imoderados, privadas habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensáveis à saúde, empregadas em ocupações proibidas ou manifestadamente contrárias à moral e aos bons costumes e aquelas excitadas habitualmente para a gatuñice, mendicidade ou libertinagem.

2.2 Diferença entre o Abandono e a Entrega de uma Criança

Existem duas situações parecidas, porém distintas no tocante ao abandono de crianças: uma é a entrega do filho e a outra é o abandono propriamente dito.

A primeira tem motivações socioeconômicas e revela mais sobre a sociedade a qual a família pertence do que sobre a própria mãe. Geralmente, as mães que entregam seus filhos para adoção, além de serem jovens desamparadas ou migrantes, pertencem ao setor mais desfavorecido da sociedade, com salários baixos e necessidades básicas insatisfeitas. Na maioria das vezes, a intenção dessas mães é protegê-los da vida precária que as cerca. A doação se dá por ser a única saída de proteger o filho do desamparo vivido por elas. O principal motivo para essa atitude é acreditar que outra pessoa cuidará melhor de seu filho. As mães abrem mão de seu poder familiar, permitindo encaminhamentos definitivos como a busca de famílias substitutas e adotivas.

Outras vezes, de fato a mãe não está interessada no filho e o abandona. Este abandono não é apenas físico, mas também moral, afetivo. Neste caso percebe-se que, diferentemente do que ocorre com a entrega de uma criança, há, por parte da mãe, uma



total falta de sentimento para com seu filho. Essa situação é criada pela falta de perspectivas em melhorar de vida. Nas palavras de Weber (1998, p. 33):

Talvez exista no Brasil uma certa dualidade histórica. Talvez a parcela da população submetida à exclusão, à miséria e à violência pense estar fazendo o melhor para seus filhos. Como alguns animais que sacrificam sua prole quando existe a ameaça iminente de um predador. Talvez a organização psíquica de uma mãe que não vê perspectivas em melhorar de vida e que não tem espaço nem para o sofrimento, comece a desmoronar. Esta mãe que a todo momento está recebendo claras mensagens sociais de que ela não tem como sair do seu estado de miséria, cujas necessidades básicas e direito como cidadã estão fora do seu alcance e que está sob uma doutrina de dominação, tem grande probabilidade de fazer coisas violentas e primitivas. Talvez esta mãe esteja, anacrônica e emocionalmente, vivendo há séculos atrás. É uma perpetuação de um ciclo cruel: o abandono abandona. Não lhe foram proporcionadas chances de construir laços sócio-afetivos em sua existência.

Devido à tamanha miséria, essas mães, que em muitos casos não têm condições de sustentar sequer a si mesmo, não criam laços socioafetivos com seus filhos e preferem abandoná-los.

CAPÍTULO III

A FAMÍLIA NA ATUAL CONSTITUIÇÃO FEDERAL

3.1 A Importância do Afeto

O Código Civil Brasileiro de 1916 trazia o modelo de família patriarcal, monogâmica, parental e patrimonial, da tradicional família romana, que veio a ser recepcionada pelo cristianismo medieval, consagrando como família modelo o pai, a mãe e o filho. O aspecto patrimonial muito se destacava nessa época, de modo que o Código Civil fazia clara opção pelo ter, deixando o ser em posição secundária.

O homem tinha que ser mais alto, mais velho e ganhar mais que a esposa. A ela, bastava manter-se virgem até o casamento. Além de recatada e obediente, era desde criança preparada para ser uma boa dona de casa. Não precisava ter nenhuma preocupação de ordem intelectual ou material, pois ao casar, se tornaria rainha do lar. Sua única obrigação era cuidar do marido e dos filhos.

Com o casamento, a mulher era obrigada a adotar o sobrenome do marido, fazendo com que sua identidade desaparecesse. O regime de bens que prevalecia era o da comunhão universal, cabendo ao chefe da sociedade conjugal (o marido) a administração total dos bens.

A virgindade da noiva era um atributo ligado à sua própria identidade, tanto que o cônjuge, caso descobrisse que a noiva não era virgem ao casar, tinha o direito de pedir a anulação do casamento. Tratava-se de verdadeiro erro essencial quanto à pessoa, apesar de tal circunstância não ser uma qualidade em si da mulher. Era exigida somente para dar ao homem a certeza de que os filhos que viessem a nascer eram mesmo dele.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, novos valores foram trazidos a tona e representaram as modificações da forma de viver da família diante da renovação das tendências sociais. Abandonou-se a idéia principal de hierarquia e a afetividade passou a ser função basilar, responsável pela visibilidade e continuidade das relações familiares.

A antiga visão da família como sendo uma instituição, uma unidade de produção e reprodução de valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, cede espaço à tutela da dignidade dos membros da família. Assim, a nossa atual Constituição, que é banhada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, desloca os pontos de referência da

nova família do patrimônio para o indivíduo, buscando novas relações fundadas no humanismo.

O Direito de Família passa, então a ser guiado por novos princípios, como:

- 1) Princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF).
- 2) Princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, e art. 226, parágrafo 5º da CF);
- 3) Princípio da solidariedade (art. 3º, inciso 1º da CF);
- 4) Princípio da paternidade responsável (art. 226, parágrafo 7º da CF);
- 5) Princípio do pluralismo das entidades familiares (art. 226, parágrafos 3º e 4º da CF);
- 6) O dever de convivência familiar (art. 227, *caput*, da CF);
- 7) A proteção integral da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, da CF);
- 8) Princípio da isonomia entre filhos (art. 227, parágrafo 6º da CF).

Do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem a despatrimonialização e a repersonalização das relações de família, valorizando-se, assim, os aspectos existenciais e procurando garantir, acima de tudo, os direitos da personalidade de cada membro da entidade familiar.

Com o princípio da igualdade, marcou-se a democratização da entidade familiar. Cada um de seus membros, agora, tem sua personalidade própria respeitada e oportunidade de desenvolver seus interesses e opiniões. Fachim (1996, p. 60) dispõe o seguinte sobre o tema:

A unidade que assim se vê resulta da diversidade, do respeito à individualidade, e a comunhão das particularidades não é a soma aniquiladora daquele que participa; antes, é ambiente propício ao desenvolvimento de potencialidades. Sem um padrão que imponha modelos preestabelecidos, o que se encontra é mais uma união de afeto e menos uma junção parental esquemática e fria.

O princípio da solidariedade, por sua vez, é característico dos tempos contemporâneos, e encontra nas famílias as entidades mais capazes e adequadas para sua perfeita concretização.

A paternidade responsável se expressa através do direito ao planejamento familiar e da obrigação dos pais em respeitar, educar, criar, e auxiliar material e imaterialmente seus filhos. A autoridade paterna deixou de ser um poder que os pais já recebem pronto. Eles a conquistam pela sua dedicação, ajuda e amor aos filhos. Trata-se de uma autoridade com o objetivo de ajudar os filhos a se tornarem pessoas adultas e responsáveis, dotadas de valores éticos e morais.

O princípio da tutela especial da família obriga o Estado a protegê-la na forma de cada membro e não a uma abstrata comunidade familiar.

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente, tema que será abordado de forma mais detalhada adiante, foi consagrado com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90).

O princípio da isonomia entre filhos, por sua vez, proíbe designações discriminatórias, vedando distinções em razão da origem da filiação.

O artigo 226, *caput*, ao estabelecer que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, reconhece a importância do organismo familiar para a manutenção da sociedade, sendo que o modelo unitário da família matrimonial foi ampliado para vários modelos de famílias que não se esgotam no rol previsto constitucionalmente.

Existe também o princípio da afetividade, que apesar de não está explícito no ordenamento jurídico, é reconhecido pela Constituição Federal, quando esta estabelece a pluralidade das entidades familiares. Este princípio possui papel imprescindível para a formação das famílias atuais, sendo capaz de explicar a necessidade do pluralismo das entidades familiares para a sociedade contemporânea.

Deve-se ressaltar, também, que o dever de convivência valorizou ainda mais o afeto nas relações familiares, vez que assumiu relevância jurídica e se expressa, por exemplo, no reconhecimento da paternidade socioafetiva, onde o vínculo sentimental criado pelo convívio entre pais e filhos, pode, em alguns casos se sobrepor às relações de consanguinidade, como veremos mais adiante.

Percebe-se, então, que a função econômica cedeu espaço à afetividade e à dignidade dos membros da família, que substituíram a feição patrimonialista da família para fins de identificação do indivíduo. O tradicional modelo de família, matrimonializado, voltado para o patrimônio e que se baseia nas antigas funções econômica, política, religiosa e procriativa, perde espaço para o atual modelo de família, baseado na afetividade para o desenvolvimento de cada um dos seres envolvidos na relação.

Esses novos traços são consequências de um fenômeno jurídico-social denominado por Lôbo (2000) de “repersonalização das relações civis”, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. O citado doutrinador diz o seguinte:

A tendência contemporânea de ver a família na perspectiva das pessoas que a integram, e não de seus patrimônios, para regulação de seus direitos, constitui o fenômeno que apropriadamente se denomina de repersonalização. É na pessoa, enquanto tal, que reside a dignidade humana.

Enfim, a família tornou-se um ambiente propício para realização do ser humano. Ou seja, somente se justifica a proteção da família para se efetivar a tutela da própria pessoa humana. Consequentemente, a família passa a servir como instrumento para a realização da pessoa humana e não mais com simples instituição jurídica e social, voltada para fins patrimoniais e reprodutivos. Afinal, a nossa Constituição garante-a não como portadora de um interesse superior e individual, mas sim, como um local de realização de exigências humanas, onde se desenvolve a pessoa.

3.2 A Proteção Integral da Criança e do Adolescente

Com o advento da nossa atual Constituição Federal foi incorporado ao nosso direito o Princípio do Melhor Interesse do Menor, que reconheceu às crianças e aos adolescentes o seu lugar na família e na sociedade, declarando os direitos que lhes são próprios como pessoas em desenvolvimento. Esse princípio foi posteriormente confirmado pelo Decreto nº 99.710/90, que ratificou a Convenção Internacional do Direito das Crianças, que foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989.

O princípio ora referido está envolvido em um contexto mais complexo, o da doutrina da proteção integral, expressa no art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece “esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

Essa doutrina gerou uma mudança no paradigma no que diz respeito à legislação destinada à população infanto-juvenil. O antigo Código de Menores considerava as crianças e adolescentes objetos de direito, seres sem vontade própria que dependiam do arbítrio do magistrado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por outro lado, passa a considerar crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, ou seja, deixam de ocupar o pólo passivo para ocupar o pólo ativo.

Outros dois aspectos que refletiram a proteção integral no Estatuto da Criança e do Adolescente estão elencados nos arts. 4º e 6º do referido diploma, e são,

respectivamente, a prioridade absoluta no atendimento das necessidades psico-sociais e o respeito à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, sendo que a preocupação do legislador com a prioridade absoluta foi tão grande que ele não se restringiu a apenas explicitá-la, elencando as maneiras de assegurar o seu cumprimento, como veremos a seguir:

Art. 4º é 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.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude

...

Art. 6º na interpretação dessa Lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Com a inserção da prioridade absoluta, o legislador teve a intenção de fazer com que a população infanto-juvenil tivesse primazia no atendimento de suas necessidades, considerando para tanto a sua imaturidade e consequente vulnerabilidade, ou a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, ou seja, não tratando de forma igual os indivíduos que se encontram em situação distinta

Além da prioridade absoluta e da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, há uma série de outros direitos que devem ser observados a fim de que se efetive a proteção integral. Exemplificadamente, destacam-se o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, elencados, respectivamente, nos arts. 16, 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente, abaixo transcritos:

Art. 16 o direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

- I – ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;
- II – opinião e expressão;
- III – crença e culto religioso;
- IV – brincar, praticar esportes e divertir-se;
- V – participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;
- VI – participar da vida política, na forma da lei;
- VII – buscar refúgio, auxílio e orientação.

Art. 17 o direito ao respeito consiste na inviolabilidade de integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da

imagem, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18º é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Vê-se, nos artigos acima, a preocupação do legislador não apenas em enumerar os direitos, mas também em defini-los, evitando a alegação de que para a aplicação dos mesmos seria necessária regulamentação através de outra lei, o que implicaria em evidente prejuízo para crianças e adolescentes.

3.2.1 O princípio do melhor interesse do menor

Este princípio decorre da grande importância que a Constituição Federal de 1988 assegura à família, que passa a ser vista não mais como uma simples instituição que por si só deveria ser preservada, mas como um espaço de afetividade, desenvolvimento e realização de seus membros.

O legislador passou a reconhecer que crianças e adolescentes deveriam desfrutar de maior proteção, pois a sua pouca maturidade e inabilidade para gerir a própria vida as tornam mais vulneráveis. Logo, além dos direitos e garantias constitucionais assegurados a todas as pessoas, existem direitos especiais a eles assegurados em virtude de sua condição especial de pessoas em desenvolvimento, conforme o disposto no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 3º, a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, 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

Embora faça parte do nosso atual ordenamento jurídico, o princípio do melhor interesse do menor não se encontra enunciado de modo expresso nos diplomas legais que tratam da proteção da criança e do adolescente. Porém, sua aplicação é assegurada pelo art. 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, que diz o seguinte: “§ 2º os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

De acordo com o disposto acima mencionado, o fato de não existir menção de forma explícita de normas ou princípios no texto constitucional, não significa que os

mesmos não tenham sido por ele contemplados, principalmente quando oriundos de Tratados Internacionais de que o Brasil seja parte.

É o que ocorre com o princípio do melhor interesse da criança, visto que ele é abarcado pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, da qual o Brasil é país signatário. Diz o citado texto, em seu art. 3º:

ARTIGO 3

1 – Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, deve considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança.

2 – Os Estados Partes comprometem-se a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários ao seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

3 – Os Estados Partes certificar-se-ão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado e da proteção das crianças cumpram os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de proteção adequada.

Vê-se a preocupação do legislador em fazer da criança o alvo principal das ações públicas ou privadas a serem executadas, assim como a necessidade dos Estados Partes exercerem uma atividade de fiscalização no intuito de assegurar a proteção e o bem-estar das crianças e adolescentes, verificando, inclusive, se os responsáveis por elas estão agindo de acordo com a lei ou violando-a, usurpando, assim, os seus direitos.

Pode-se, então, caracterizar o princípio do melhor interesse como consideração primária de todas as medidas direcionadas à população infanto-juvenil. Ou seja, em qualquer situação, toda decisão referente a uma criança ou um adolescente, deve-se escolher a melhor solução para elas.

No mesmo sentido, quando da elaboração de novas leis atinentes à população infanto-juvenil, deve-se analisar se essas normas estão de fato atendendo as necessidades dessa população, se representam realmente a melhor solução para ela.

3.3 A Tutela Jurídica da Adoção

O Estatuto da Criança e do Adolescente passou a tratar a adoção como tema de suma relevância, já que eleva o adotado à condição de filho, com absoluta igualdade de direitos e em caráter irrevogável, além de representar a expressão de um direito fundamental da criança e do adolescente: o direito de ter uma família.

As regras jurídicas específicas da adoção visam à prevalência dos direitos e necessidades do adotado. Os artigos 39 a 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente determinam todo o procedimento para adoção. O Código Civil de 2002 trata da adoção nos artigos 1618 a 1629, extinguido a distinção entre adoção restrita e adoção plena. A adoção passa a ser sempre plena independentemente de o adotando ser maior ou menor de 18 anos.

A harmonização entre o Código Civil e o ECA nos dá as seguintes regras:

- 1) O filho adotivo desliga-se de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, ressalvados os impedimentos matrimoniais (art. 1626, *caput*, CC e art. 41, *caput*, ECA)
- 2) Podem adotar os maiores de 18 anos independentemente de seu estado civil, sexo ou nacionalidade (art. 1618, CC e art. 42, ECA)
- 3) Deve existir uma diferença mínima de 16 anos entre adotante e adotado (art. 1619, CC e art. 42, § 3º, ECA)
- 4) É obrigatório um estágio de convivência quando a adoção for de menor de 18 anos (art. 1622, parte final do parágrafo único do CC e art. 46, ECA)
- 5) A adoção tem caráter irrevogável (art. 1621, § 2º, CC e arts. 48 e 49, ECA)
- 6) Depende do prévio consentimento dos pais ou responsáveis (art. 1621, CC e art. 45, ECA).

Atualmente, adotar significa perpetuar laços jurídicos de filiação. Esses laços significam muito mais do que simplesmente adquirir vínculo hereditário e, de maneira alguma, constitui uma paternidade de segunda classe ou inferior à biológica, dado o seu teor de forma desejada e escolhida.

CAPÍTULO IV

ADOÇÃO DE FILHO ALHEIO REGISTRADO EM NOME PRÓPRIO

4.1 Determinantes da “Adoção à Brasileira”

É comum, no Brasil, a prática da adoção de modo informal, ou seja, a prática da chamada “adoção à brasileira”, justificada a terminologia pela alta incidência no país. É a adoção através de registro de filho alheio em nome próprio. Esse tipo de adoção possui varias determinantes.

Em alguns casos, quando se deseja adotar uma criança e se buscam os meios legais, por vezes não se encontra uma criança que possa ser adotada. Este fato causa uma certa surpresa na população, pois se tem a crença de que existem milhares de crianças abandonadas. Trata-se, porém, em muitos casos, de um abandono fático e afetivo, mas não jurídico. Existem, sim, crianças mal cuidadas, mal tratadas, mal alimentadas, explorada ou vítimas de violência. Porém, seus pais ou outros familiares próximos não estão dispostos a dar o consentimento que a lei exige para que as crianças possam ser adotadas.

Os pais ou familiares biológicos continuam tendo, perante a lei, o poder familiar se dele não desistirem, mesmo que seu contato com a criança seja pouco ou inexistente. Assim, essas crianças não estão legalmente abandonadas, o que é suficiente para que a possibilidade de adoção dessas crianças por outra família seja afastada, mesmo que haja uma ruptura dos vínculos afetivos causada pelo distanciamento e desinteresse ao desenvolvimento delas.

As crianças que efetivamente estão liberadas para adoção são aquelas cujos pais são desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar depois de um procedimento judicial. Na prática, as crianças que se encontram nessas condições já não são mais bebês, não se enquadrando nas exigências feitas pelos candidatos à adoção. É a diferença entre a criança real e a criança “idealizada” para a adoção.

Além da espera pela criança que esteja legalmente liberada para adoção, outro fator que determina a prática da “adoção à brasileira” é o burocrático procedimento para se adotar uma criança. Os candidatos à adoção devem obedecer todos os rigores da lei, submetendo-se a critérios objetivos e subjetivos de condições pessoais, sociais e econômicas para satisfazer os requisitos exigidos.

Apesar de o trâmite legal ser indispensável para o atendimento do melhor interesse da criança, com a garantia constitucional do devido processo legal, o processo de adoção é visto como demorado e burocrático. Sobre isso, Freitas (2001, p. 146) diz o seguinte:

Conseqüentemente, a burocracia imposta aos processos de adoção no país justifica, muitas vezes, a prática corriqueira de fraude à lei, na busca de registros civis de filiação, feitos de forma direta, como se a relação parental se desse pelo curso biológico, preferindo o caminho da fraude ao enfrentamento do longo tortuoso processo de adoção que se inicia com uma inscrição em juizados de menores ou entidades a eles ligadas, com preenchimento de fichas, entrega de documentos, entrevistas preliminares, filas imensas de candidatos, até o momento em que esse “candidato” é chamado ao encontro da criança para o início do processo de adoção que precede de um período de guarda provisória, audiências, provas, até decisão final sujeita a recurso. [...] Toda a estrutura jurídica, no entanto, mantém-se arrastada, morosa e pesada diante de tal situação, pouco fazendo para imprimir agilidade e segurança no processo de adoção. Continuam as longas filas, as dificuldades quase intransponíveis, a certeza de que sempre essa estrutura trabalhará para que os laços biológicos prevaleçam sobre os afetivos, trazendo uma situação de plena insegurança para as partes envolvidas no processo.

Dentre as fases do processo de adoção está o estudo psicossocial. Por ser a adoção irrevogável e para garantir a proteção integral e o bom desenvolvimento da criança e do adolescente, este estudo é determinado por lei. O art. 167 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que a autoridade judiciária “determinará a realização de estudo social ou, se possível, perícia por equipe interprofissional, decidindo sobre a concessão de guarda provisória, bem como, no caso da adoção, sobre o estágio de convivência”.

Porém, em alguns casos, os técnicos responsáveis pela seleção de pessoas cadastradas nos Serviços de Adoção dos Juizados da Infância e da Juventude demonstram uma postura preconceituosa e estereotipada. Os assistentes sociais e psicólogos e demais técnicos só consideram aptas para adotar aquelas pessoas pertencentes à família “modelo”, casados legalmente, centralizados na autoridade conservadora e tradicional do pai, estáveis economicamente. Esta “seleção” passa à ser temida pelos candidatos à adoção que, por receio de serem rejeitados, não se submetem a ela, burlando, assim, o procedimento legal.

4.2 Criminalização dos Pais Biológicos e Adotivos

Dentro das relações familiares, a paternidade, a maternidade e a filiação merecem especial proteção estatal, razão pela qual o Estado não pode deixar de tomar

medidas para reprimir as condutas que possam violar o estado de filiação. Por isso, existem normas com o intuito de evitar situações que poderiam prejudicar o estabelecimento do vínculo entre a criança e seus pais e seu desenvolvimento sadio e completo.

Embora comumente praticada, a “adoção à brasileira” trata-se de uma dissimulação e infração à lei, mesmo revestida de nobre intenção. Essa prática é tratada como crime no Capítulo II do Título VII do Código Penal Brasileiro, tipificada no art. 242:

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

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

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

Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

Além de dar proteção e garantia ao estado de filiação, o legislador procurou proteger a veracidade e a autenticidade dos documentos públicos. Protegem-se a segurança e a certeza do estado de filiação, evitando supressão e alteração de direito inerente ao verdadeiro estado civil da criança, que poderia ficar juridicamente vinculada a pais diversos de seus verdadeiros. O legislador o faz no art. 299 do Código Penal, a seguir transcrito:

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 juridicamente 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

O art. 243 traz a criminalização também dos pais biológicos ao cuidar do crime de sonegação do estado de filiação, visando a proteger a ordem jurídica da família e o verdadeiro e regular estado civil da criança:

Art. 243. Deixar em asilo de expostos ou outra instituição de assistência filho próprio ou alheio, ocultando-lhe a filiação ou atribuindo-lhe outra, com o fim de prejudicar direito inerente ao estado civil.

Pena – reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Se houver intuito de lucro ou a criança for enviada para o exterior, o fato é tipificado no § 1º do art. 245:

Art. 245. Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo
Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos
§ 1º - A pena é de 1(um) a 4 (quatro) anos d reclusão, se o agente pratica o delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior

Tendo como motivação a paga ou a recompensa, o legislador tipificou, também nos arts. 238 e 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente, esta modalidade criminosa:

Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filhos ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva paga ou recompensa
Art. 239. Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de crianças ou adolescentes para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com fito de obter lucro:
Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 6 (seis) anos, e multa.

A criminalização da prática da “adoção à brasileira” é a forma que o legislador encontrou de proteger a família, essencial na formação da dignidade de qualquer cidadão, principalmente das crianças e dos adolescentes. O Estado cumpre, assim, com o seu dever de proteger a família.

4.3 A Perspectiva dos Interesses do Adotado

Com vimos, a prática da chamada “adoção à brasileira” é ilegal, sendo tipificada na nossa legislação e passível de sanções penais. Porém, quando faticamente há um caso de “adoção à brasileira” consolidado, a regularização da situação se faz necessária e tem base no princípio constitucional do melhor interesse do menor, disposto no art. 227 da Constituição Federal e art. 39 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse caso, a regularização representa efetivo benefício à criança, que tem direito absoluto à convivência familiar e para quem, em muitas ocasiões, os únicos pais que conhece são os adotivos.

Mesmo que o encontro do adotado com os pais tenha se dado sem o preenchimento dos requisitos legais, a convivência diária e amorosa entre pais e filhos acaba criando laços afetivos que, se desfeitos ou pelos menos afrouxados, podem trazer horríveis consequências para a vida de uma criança.

No julgamento do recurso de apelação cível no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o Relator Desembargador Acássio Cambi afirmou que:

A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa, negando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular adoção à brasileira, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto.

Nos casos de “adoção à brasileira”, o vínculo familiar representa a verdade sócio-afetiva para a criança, e traz consigo uma estabilidade e segurança física e emocional a ela. Esta proteção é um bem jurídico de enorme relevância e reproduz claramente o princípio constitucional do melhor interesse da criança.

É na família que a criança encontra afeto, carinho, amor, segurança, respeito, ou seja, é o lugar mais propício para o seu desenvolvimento. Tirar uma criança do seio da família onde cresceu, onde, com o convívio diário, encontrou tudo que necessita para o seu melhor desenvolvimento, seria um ato que traria enormes traumas psicológicos para essa criança e que dificilmente poderiam ser reparados. É o que pensa o Desembargador Telmo Cherem, Também do Tribunal de Justiça do Paraná, na decisão do agravo de instrumento n.º 120570-5, a seguir transcrito:

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, ao tratar dos critérios para colocação da criança em lar substituto (art. 28, §2º), erige a afetividade e a afinidade como parâmetros relevantes a serem observados. Nos caso, já decorridos quatro meses de convivência, é natural que esses laços tenham se tornado tão fortes (inquebráveis até) que sua ruptura poderá produzir no menino traumas psicológicos cuja reparação deve ser posta em dúvida.

Esse também é o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina ao julgar a apelação cível n.º 2005.011189-6, cujo foi Relator o Desembargador Sérgio Izidoro Heil:

Tendo como foco a paternidade sócio-afetiva, bem como os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do melhor interesse do menor, cabe inquirir qual bem jurídico deve ser protegido em detrimento do outro: o direito da mãe biológica que pugna pela guarda da filha ou a integridade psicológica da menor, para quem retirada do seio do seu lardos cuidados de quem ela considera pais, equivaleria à morte dos mesmos. Não se busca legitimar a reprovável conduta daqueles que, mesmo justificados por sentimentos nobres como o amor, perpetraram inverdades, nem se quer menosprezar a vontade da mãe biológica em ver sob sua guarda criança cujo sangue é composto também do seu. Mas, tendo como prisma a integridade psicológica da menor, não se pode entender como

justa e razoável sua retirada do lugar que considera seu lar e com pessoas que considera seus pais, lá criada desde os primeiros dias de vida, como medida protetiva ao direito daquela que, nada obstante tenha emprestado à criança seus dados genéticos, contribuiu decisivamente para a consolidação dos laços afetivos supra-citados.

Em maio do corrente ano, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu no sentido de que a maternidade sócio-afetiva deve prevalecer ao julgar o caso de uma austríaca, que, em 1980, aos 56 anos e mãe de um casal de filhos, pegou para criar e registrou como sua uma menina sem seguir o procedimento legal para adoção. Ao morrer, nove anos depois, a austríaca deixou 2/3 (dois terços) de sua herança para a menina.

Não satisfeita com a decisão da mãe, a irmã mais velha entrou com uma ação judicial pleiteando a anulação do registro de nascimento da criança, argumentando ser o registro um ato jurídico nulo. O Tribunal de Justiça de São Paulo não acatou o pedido e então a irmã mais velha recorreu ao STJ.

No julgamento, a Ministra Nancy Adrigli, relatora do caso, disse o seguinte:

[...] Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação. [...] Dessa forma, tendo em mente as vicissitudes e elementos fáticos constantes do processo, na peculiar versão conferida pelo TJ/SP, em que se identificou a configuração de verdadeira “adoção à brasileira”, a caracterizar vínculo de filiação construído por meio da convivência e do afeto, acompanhado por tratamento materno-filial, deve ser assegurada juridicamente a perenidade da relação vivida entre a mãe e a filha. Configurados os elementos componentes do suporte fático da filiação socioafetiva, não se pode questionar sob o argumento da diversidade de origem genética o ato de registro de nascimento da outrora menor estribado na afetividade, tudo com base na doutrina da proteção integral à criança.

A continuidade na vida de uma criança é algo a ser considerado. Diante de uma ruptura, a criança terá que aprender a lidar com uma nova realidade e com a perda de uma vida familiar, que já lhe é indispensável. Uma vez adaptada com sua família, a criança recebe satisfatoriamente o necessário para seu desenvolvimento. A alteração da guarda e de seu ambiente cotidiano implicará perda de referencial, desatendendo seu interesse, que deve ter proteção integral e prioridade.

CONCLUSÃO

No decorrer de toda a história da família o abandono esteve presente, alterando apenas as motivações, circunstâncias de acordo com o modelo vigente e as ideologias culturais e sociais: na Antiguidade a deformidade da criança e a pobreza da família bastavam para que as abandonassem. Na Idade Média e nos séculos posteriores o abandono esteve ligado à infidelidade.

No Brasil, o abandono de crianças sempre esteve relacionado com a realidade social: pobreza, marginalidade, concubinato, mestiçagem.

Atualmente, as razões para o abandono e a entrega de um filho também são de ordem social, histórica, cultural e emocional: mães adolescentes que têm medo de serem rejeitadas pela família e sociedade; gravidez fora do casamento ou dúvida sobre a paternidade, despreparo emocional e/ou econômico.

Outras crianças são abandonadas por serem vítimas de maus-tratos, negligência, espancamento, tortura e abuso sexual, ou por serem filhos de alcoólatras, drogaditos, prostitutas etc. São crianças carentes de meios materiais, econômicos, morais, emocionais e afetivos necessários para ter uma vida digna, com observância de seus direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente, trazidos pelos novos valores da Constituição Federal de 1988 refletem as modificações da forma de viver familiar.

A função econômica, política e religiosa da família foi substituída pela afetividade e pela dignidade de seus membros. Os pontos de referência da nova família se deslocaram do patrimônio para o homem através da valorização do afeto.

A real parentalidade não mais se identifica pela verdade biológica ou pela presunção legal, mas sim pela relação psicoafetiva estabelecida entre pais e filhos, com amor, carinho, dedicação, proteção.

A doutrina da proteção integral da criança, concretizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, reafirma o princípio constitucional do melhor interesse da criança, refletindo a evolução pela qual passou a família, com o reconhecimento da constituição familiar baseada na afetividade, igualdade e liberdade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente consagrou como direitos fundamentais o direito à convivência familiar respeitada a relação de afetividade ao se escolher uma família substituta e o direito ao reconhecimento de filiação sem discriminação e restrição.

A adoção atesta que não é o vínculo consanguíneo que determina a filiação. Os pais por opção e escolha demonstram na convivência baseada no amor a essência da parentalidade.

Uma modalidade de adoção muito praticada no Brasil é a chamada “adoção à brasileira”, pela qual as crianças são registradas em nome de pessoas que não são seus pais biológicos, sem atender ao procedimento exigido por lei e incidindo em crime.

A dificuldade, nesse caso, está em preservar os interesses da criança e, ao mesmo tempo, coibir a prática de registrar filho alheio como próprio, tipificada como crime no Código Penal.

A punição às pessoas que praticam essa modalidade de adoção se faz necessária para que o Estado assegure os interesses da criança e coíba atos atentatórios contra a família e a filiação e principalmente impeça que outros crimes gravíssimos sejam praticados, como tráfico, exploração, comercialização e sequestro de menores.

Porém, a sanção imposta, quando efetivamente necessária após minuciosa análise do caso concreto, deve ser branda e não deve servir para afastar os pais do adotado de maneira alguma, pois, caso contrário, representaria prejuízo à criança, já que a presença dos pais, para ela, é imprescindível.

Quando há interação afetiva entre todos os membros, a família é o lugar adequado para educação e criação de crianças, promovendo-lhes e garantindo-lhes a dignidade e o pleno crescimento. A vida humana começa e tem condições efetivas de viabilidade no ambiente familiar.

A regularização da adoção representa efetivo benefício à criança, que tem o direito fundamental à convivência familiar, com absoluta prioridade. A adoção de filho alheio em nome próprio consolidada e positiva deve ser reconhecida pelo motivo de ser o ambiente familiar sadio que garante a completa harmonia e a possibilidade de vida e de desenvolvimento físico, mental, moral e social para a criança.

A “adoção à brasileira”, embora ilegal, depois de consolidada assegura à criança o direito à convivência familiar e os demais direitos fundamentais, que prevalecem sobre os procedimentos legais que não foram atendidos. As normas inseridas no Estatuto da Criança e do Adolescente, diante de seu conteúdo especial de garantias, gozam de supremacia dentro da lógica da hierarquia legislativa.

Diante de um caso de “adoção à brasileira”, o Estado deve reconhecer a realidade fática e afetiva porque representa o princípio do melhor interesse da criança que, permanecendo no ambiente familiar e tendo sua filiação assegurada terá seus direitos

fundamentais contemplados através da construção de sua dignidade e personalidade em bases familiares sólidas, sem prejuízo da sanção penal cabível, se necessária.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Freitas. **A Evolução Histórica do Instituto da Adoção**. 2004. Disponível em: <<http://www.franca.unesp.br/A%20Evolucao%20historica%20do%20instituto>>. Acesso em: 16 fev. 2010.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 14724: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação**. Rio de Janeiro, 2006.

_____. **NBR 6024: Informação e documentação: numeração progressiva das seções de um documento escrito: apresentação**. Rio de Janeiro, 2003.

_____. **NBR 6023: informação e documentação: referências: elaboração**. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 10520: informação e documentação: citações em documentos: apresentação**. Rio de Janeiro, 2002.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n.º 0252697-5, da 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, Brasília, 25 de maio de 2010.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**. Apelação Cível n.º 2005.011189-6, da 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, Florianópolis, 06 de fev. de 2007.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Agravo de Instrumento n.º 120570-5, da 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Telmo Cherem, Curitiba, 18 de junho de 2002.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Apelação Cível n.º 108.417-9, da 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Acássio Cambi, Curitiba, 04 de fevereiro de 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 5. Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FACHIM, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FREITAS, Lucia Maria de Paula. Adoção – Quem em nós quer um filho? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, ano 3, n. 10, p. 146, jul. ago. set. 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em: 03 jun. 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil**: direito de família. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES Livia. (Colab.). **Vade Mecum**. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. **Laços de ternura**: pesquisas e histórias de adoção. Curitiba: Santa Mônica, 1998.