

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

ADERLINDO GOMES DA SILVA FILHO

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

ADOÇÃO NO BRASIL

RUBIATABA - GO

2011

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO



ADERLINDO GOMES DA SILVA FILHO

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

ADOÇÃO NO BRASIL

Monografia apresentada à Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – Facer, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da professora Fabiola de Melo Silva, especialista em Direito Previdenciário.

5-35908

Tombo nº	184.07
Classif.:	
Ex.:	1.
Origem:	d
Data:	09-02-12

RUBIATABA – GO

2011

FOLHA DE APROVAÇÃO

ADERLINDO GOMES DA SILVA FILHO

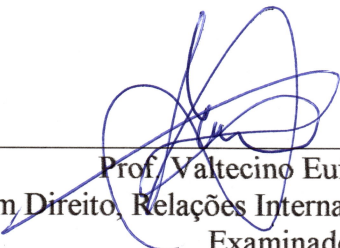
ADOÇÃO NO BRASIL

COMISSÃO JULGADORA

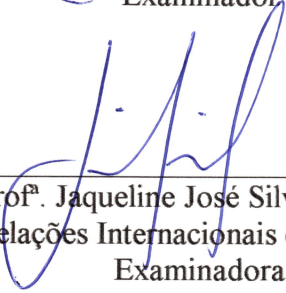
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER.

RESULTADO: _____

Profª. Fabíola de Melo Silva
Especialista em Direito Previdenciário
Orientadora



Prof. Valtecino Eufrasio Leal
Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento
Examinador.



Profª. Jaqueline José Silva Oliveira
Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento
Examinadora

Rubiataba, 2011.

DEDICATÓRIA

À minha família, principalmente, aos meus pais e filha que sempre estiveram do meu lado dando total apoio.

AGRADECIMENTOS

Em primeira mão agradeço, a Deus por ter me fornecido a oportunidade de cursar uma faculdade de Direito, a todos os professores, que participaram da minha vida acadêmica, em especial à professora Fabíola.

Quero também agradecer a todos os colegas que comigo estiveram nesses cinco anos de luta, para alcançar este objetivo esperado; e por todos que aqui passaram uma boa parte de seu tempo.

“A mente que se abre a uma nova idéia jamais voltará ao seu tamanho original”.

(Albert Einstein)

RESUMO: Este estudo vem esclarecer o processo de adoção no Brasil, com base no Código Civil Brasileiro e no Estatuto da Criança e Adolescente, demonstrando como é demorado e doloroso para as famílias que desejam ter um filho através do instituto da adoção. O tema pesquisado, a adoção e seus aspectos jurídicos no Brasil e adoção à brasileira, está apresentado sob uma análise com muito afinco. Não podendo deixar de fora as práticas do direito de família em face da adoção. Este analisa também a adoção por homossexuais, explorando o preconceito que ainda existe entre as pessoas em razão da adoção por estes. Mas o presente trabalho não deixa de citar em nenhum momento que, o melhor interesse da criança é o princípio da proteção integral juntamente com princípio da dignidade da pessoa humana. A metodologia utilizada para a realização deste trabalho é basicamente bibliográfica, mais precisamente de pesquisas doutrinárias bibliográfica, jurisprudencial e pesquisa de *websites*.

Palavras-chaves: Adoção; criança; homoafetivo; interesse; paternidade; maternidade.

ABSTRACT: This study will clarify the adoption process in Brazil, based on the Civil Code and the Statute of Children and Adolescents, showing how time consuming and painful for families who wish to have a child through the institution of adoption. The research topic, adoption and its legal adoption in Brazil and the Brazilian is presented in an analysis very hard and cannot leave out the practice of family law in the face of adoption. It also examines the adoption by homosexuals exploring the prejudice that still exists between people due to the adoption by the present work, it failed to cite any moment the child's best interest and the principle of full protection with the principle of dignity the human person. The methodology used for this work is basically literature, more precisely doctrinal research literature, case law and research websites.

Keywords: Adoption; Child; Homoaffective; Interest; Paternity, Maternity .

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros

Art. – artigo

CC. – Código Civil

CF. – Constituição Federal

ed. – edição

ECA – Estatuto da Criança e Adolescente.

Ex. – Exemplo

f. – folha

nº. – número

p. – Página

§ – Parágrafo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 A ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SEUS ASPECTOS.....	14
1.1 Histórico da adoção.....	14
1.2 O instituto da adoção.....	15
1.3 A atual disciplina da adoção – a Constituição Federal, ECA e o Código Civil Brasileiro.....	17
1.4 Os efeitos da adoção.....	18
1.5 Requisitos da adoção.....	20
1.6 A adoção de crianças brasileiras por estrangeiros não residentes no país (adoção internacional).....	22
2 ASPECTOS JURÍDICOS DA ADOÇÃO À BRASILEIRA.....	25
2.1 Considerações iniciais.....	25
2.2 Conceito de adoção à brasileira.....	25
2.3 Principais motivos que levam à adoção “à brasileira”.....	28
2.4 Adoção à brasileira: crime ou ato de amor.....	30
2.5 Desconstituição da adoção após vínculo de sócio afetividade.....	32
2.6 Reversão da adoção à brasileira para adoção legal no Brasil.....	33
3 DAS PRÁTICAS DO DIREITO DE FAMÍLIA FACE À ADOÇÃO.....	36
3.1 Da adoção irregular.....	36
3.2 Da adoção unilateral.....	37
3.3 Dos magistrados e a equipe multidisciplinar.....	42
3.4 Da insuportabilidade social do processo de adoção judicial.....	45
4 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS.....	46
4.1 Requisitos e exigências indispensáveis: avanço normativo.....	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca esclarecer e entender a adoção no Brasil, onde milhares de crianças são abandonadas todos os anos, sejam em cestas de lixos, em rios, no meio da rua, dentre vários lugares, que são deixadas sem o menor remorso de quem as deixam.

Este trabalho analisa como o assunto é tratado com grande demora no processo de adoção, fazendo com que aqueles que não aguentam enfrentar e esperar tal processo parta para outra opção de ter filho como a inseminação artificial ou até mesmo de cometer um crime que é a adoção à brasileira.

Observa-se que as crianças brasileiras vão crescendo em abrigo sem nenhum interesse da sociedade em adotá-las, e dessa forma ficando numa idade avançada para um casal que deseja ter uma criança de colo para adotá-las, ou seja, quanto mais velhas mais difíceis de serem adotadas.

A problemática está enfocada na adoção de forma geral, mas dá-se uma atenção um pouco acentuada para adoção à brasileira, sendo pesquisada se ela é uma forma de facilitar o processo de adoção no Brasil, ou seja, a grande demora nos processos de adoção faz com que os casais pratiquem este ato.

A justificativa embasa-se na polêmica que adoção quando não segue os trâmites legais é feita da forma brasileira e é muito utilizada pela sociedade, entretanto, atribui-se a este ato o termo crime. Devendo ressaltar, que muitos quando resolvem adotar já estão convivendo com a criança.

O objetivo geral está voltado em analisar os aspectos jurídicos controversos existentes na adoção, seja ela pelos trâmites legais, seja pela adoção à brasileira.

Já os objetivos específicos analisam e pesquisam de forma detalhada os seguintes temas: Adoção no Ordenamento Jurídico Brasileiro, Aspectos Jurídicos a Adoção à Brasileira, Das Práticas do Direito de Família ante a adoção e Proteção Constitucional à Luz do Princípio

da Igualdade: Possibilidade Jurídica de Adoção por Famílias Homoafetivas. Sendo que esses objetivos se transformam na divisão do trabalho em quatro partes.

No primeiro capítulo, antes de adentrar no tema em si, é apresentado um breve histórico sobre adoção, quando e onde surgiu e como era feita na antiguidade. Logo após, relata-se como funciona o instituto adoção nos dias atuais, analisando o texto referente à adoção no Estatuto da Criança e Adolescente e no Código Civil Brasileiro fazendo um paralelo com a Constituição Brasileira de 1988, demonstrando também quais são os requisitos para adoção.

O segundo capítulo analisa os aspectos jurídicos da adoção sendo ela um escopo para formação de família, observando com bastante atenção a adoção à brasileira, e analisando o que leva uma pessoa a cometer esse ato que é considerado crime.

Dando continuidade, no terceiro capítulo, trabalha-se o tema adoção perante o direito de família, esclarecendo os termos adoção irregular, adoção unilateral, da insuportabilidade do processo de adoção no Brasil que é bastante demorado, relatando o papel do judiciário e seus assistentes no processo de adoção.

O quarto capítulo trabalha a questão da adoção por homossexual, colocando na balança o melhor interesse da criança, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da proteção integral, deixando de lado o preconceito e observando que nos dias atuais já existe uma formação de uma nova família, que tem o direito de ter um filho adotivo, não importando se é formada por pessoas do mesmo sexo.

Para desenvolver este trabalho utilizaremos de pesquisas doutrinárias bibliográfica, jurisprudencial e pesquisa de *websites*.

Segundo Lakatos e Marconi (1987, p. 68), pesquisa doutrinária é aquela feita com obras de mestres jurista e especialistas do Direito e pareceres jurídicos. Jurisprudência é um conjunto de julgados que versam sobre determinado assunto.

De acordo com Gil (1991, p. 48), a pesquisa bibliográfica é aquela desenvolvida com base em material já elaborado, constituídos principalmente de livros e artigos científicos.

Esta pesquisa adota o método de compilação, pois visa questionar e esclarecer o assunto de forma mais específica do que se observa de início. Já o método dedutivo tem a meta de esclarecer de forma geral até se chegar ao particular, determinando uma conclusão objetiva.

Nesse sentido, pode-se dizer que a adoção feita de forma legal é melhor para todos os envolvidos no processo, principalmente para a criança, a parte mais sensível desta relação.

1 A ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SEUS ASPECTOS

1.1 Histórico da adoção

Estabelece o artigo 185 do Código de Hamurábi: “Se um homem adotar uma criança e der seu nome a ela como filho, criando-o, este filho crescido, não poderá ser reclamado por outrem.

A adoção teve seu prenúncio na antiguidade como forma de perpetuar o culto doméstico. Muito utilizada entre povos orientais, como podemos verificar junto aos códigos de Manu e o de Hamurábi, teve na Grécia seu uso regular, como forma de perpetuar o culto familiar pela linha masculina, ou, se houvesse a hipótese de falecimento do pai, sem deixar herdeiro, pessoa capaz de continuar o culto aos deuses-lares, a adoção supria essa finalidade.

Então deve ressaltar que adoção já existe há milhares de anos, mas somente no período contemporâneo, surgiu lei para tentar regulamentá-la, e assim, solucionar os conflitos jurídicos trazidos com ela.

A Bíblia também nos dá notícia de sua aplicação pelos hebreus. Entretanto, foi no direito romano que este instituto difundiu-se, encontrando disciplina e ordenamento jurídico sistemático, pelo qual, um chefe de família sem herdeiros podia adotar como filho um menino de outra família. O adotado deveria receber o nome do adotante e herdar seus bens. O princípio basilar da adoção na antiguidade que foi absorvido pelo direito civil contemporâneo era o de que a adoção não poderia se afastar da filiação natural.

Assim, a adoção afastaria a filiação natural e, com isso, cortaria todo vínculo dos pais biológicos com aquela criança, e assim, nasceria novo vínculo com os pais adotivos.

Na Idade Média, sob a influência do Direito Canônico que entendia ser a família cristã apenas aquela oriunda do sacramento matrimonial, a adoção caiu em desuso até desaparecer completamente.

Nessa época, as pessoas eram muito influenciadas pela Igreja e viviam à mercê dela e não faziam nada que poderia manchar a reputação de sua religião.

Com a Revolução Francesa, porém, a adoção voltou à pauta e, posteriormente, mesmo que timidamente, o Código de Napoleão de 1804 incluiu-a em seu corpo. A legislação francesa influenciou diversas culturas, inclusive a brasileira.

De acordo com Santos (2008, p. 09), “no Brasil, a adoção é encontrada desde os primórdios do Descobrimento, herança dos colonizadores portugueses, cuja influência passou a regulamentar o instituto, que não parou de evoluir”.

Nesse sentido, Gonçalves (*apud* SANTOS, 2008, p. 09) dispõe: “No Brasil, o direito pré-codificado, embora não tivesse sistematizado o instituto da adoção, fazia-lhe, no entanto, especialmente as Ordenações Filipinas, numerosas referências, permitindo, assim, a sua utilização”.

Santos (2008, p. 09) explica que “[...] as autoridades judiciárias encontravam nas Ordenações Filipinas o respaldo necessário, para suprir a falta da legislação específica para a adoção”.

1.2 O instituto da adoção

A adoção é uma forma de inserir o menor em família substituta, seja pela perda do poder familiar dos pais, seja por abandono, seja qualquer outra forma em que o menor é privado do convívio familiar. Assim, estabelece laços de filiação e paternidade.

Segundo Santos (2008, p. 04),

O instituto da adoção é um ato decorrente de lei, pelo qual, institui a condição de filho para alguém estranho ao seio familiar, sem vínculo afetivo, que provocará os mais nobres sentimentos, e produzirá todos os efeitos jurídicos, como se filho consanguíneo fosse.

Fernandes (2006, p. 06) explica que “uma definição genérica de adoção é que esta é o ato jurídico que cria o parentesco civil, gera laços de paternidade e filiação, independentemente de fato natural de procriação”.

Segundo Beviláqua (*apud* FERNANDES, 2006, p. 06), a adoção é o “ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho”. Já para Gomes (*apud* FAGUNDES, 2006, p. 06), trata-se de “ato jurídico pelo qual se estabelecem, independentemente do fato natural da procriação, vínculos de filiação”.

Chaves (*apud* FERNANDES, 2006, p. 06), traz que a adoção é

Ato sinalagmático¹ e solene, pelo qual, obedecidos os requisitos da Lei, alguém estabelece, geralmente com um estranho, um vínculo fictício de paternidade e filiação legítimas, de efeitos limitados e sem total desligamento do adotando da sua família de sangue.

Diniz (*apud* FERNANDES, 2006, p. 06) define a adoção como:

Uma instituição de caráter humanitário, que tem por um lado, 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.

Pereira (*apud* FERNANDES, 2006, p. 06), explica: a “adoção é o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre eles qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”.

¹ De acordo com o dicionário informal, *sinalagmático* significa “contratos bilaterais em que existe uma reciprocidade entre as obrigações das partes”. Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/definicao.php?palavra=sinalagm%E1tico&id=3840>>. Acesso em 27 de junho de 2011.

1.3 A atual disciplina da adoção – a Constituição Federal, ECA e o Código Civil Brasileiro

A adoção é regulamentada pela Constituição Federal brasileira de 1988, o Código Civil Brasileiro e o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, o ECA. É importante ressaltar que a adoção deve priorizar as reais necessidades e interesses da criança a ser adotada.

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 227, § 6º: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Segundo Fernandes (2006, p. 26),

a Constituição Federal estabelece a adoção como ato complexo, que exige sentença judicial, destacando-se o ato de vontade e o nítido caráter institucional, conforme artigo 227, § 5º. Tem natureza jurídica de negócio bilateral e solene.

Visando ao bem-estar da criança e do adolescente, prevê o artigo 19 do ECA:

Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substância entorpecente.

O Código Civil traz a adoção nos artigos 1.618 a 1.629, disciplinando os aspectos jurídicos e procedimentais da adoção. De acordo com Fagundes (2006, p. 27),

O Código Civil, no artigo 1625, só admite a adoção “que constituir efetivo benefício para o adotando”. Tal exigência apoia-se no princípio do “melhor

interesse da criança”, referido na cláusula 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil por intermédio do Decreto número 99.710/90.

Fernandes (2006, p. 27) cita alguns artigos pertinentes do ECA:

Competirá (artigo 148, inciso III do ECA), portanto, aos juízes de varas de família a concessão da medida aos adotandos que já atingiram a maioridade, bem como aos que completaram dezoito anos de idade e já estavam sob a guarda ou tutela dos adotantes, como prevê o artigo 40 do ECA.

O Estatuto da Criança e do Adolescente elenca a adoção nos artigos 39 a 52-D, dispondo assim, dos seus procedimentos, requisitos, adoção internacional, etc.

1.4 Os efeitos da adoção

O artigo 1626 do Código Civil Brasileiro estabelece que a adoção “atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento”.

O artigo 1628 do Código Civil versa sobre esses efeitos da adoção:

Art. 1.628. Os efeitos da adoção começam a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito. As relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os descendentes destes e entre o adotado e todos os parentes do adotante.

Dispõe o art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que a adoção “atribui a condição de filho ao adotado”. Assim como o artigo 1.626, caput, do Código Civil Brasileiro repete essa mesma definição.

Segundo Fernandes (2006, p. 28), “a adoção gera um parentesco entre o adotante e o adotado, chamado civil, porém em tudo equiparado ao consanguíneo (art. 227, § 6º da Constituição Federal)”.

Ainda, na concepção de Fernandes (2006, p. 28):

A adoção promove a integração plena do adotado à família do adotante, na qual será recebido na condição de filho, com os mesmos direitos e deveres dos consanguíneos, inclusive sucessórios, desligando-o, definitiva e irrevogavelmente, da família de sangue, salvo para fins de impedimentos para o casamento.

E, por fim Fernandes (2006, p. 28) explica:

Os efeitos da adoção “começam a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito”, 1ª parte do artigo 1628, do Código Civil. Neste caso a concessão será *post mortem*.

Segundo o ECA, a adoção é irrevogável. No entanto, como os pais biológicos estão sujeitos à perda do poder familiar, os adotantes também estão. Assim, se é dada a sentença de adoção pelo juiz, a família perde todo o poder familiar sobre o menor, não podendo requerê-la para si de volta.

Enfatize-se que a Constituição Federal, em seu parágrafo 6º, do art. 227 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.07.90), art. 41, caput, ao estabelecerem igualdade de direitos e qualificações entre filhos adotivos e aqueles havidos ou não da relação de casamento, fizeram com que mesmo as "adoções simples" de crianças e adolescentes realizadas em data anterior às suas vigências, passassem a ser regidas pela nova legislação, atribuindo-se aos adotados a plena condição de filhos, com todos os direitos, quer pessoais, quer patrimoniais².

² OLIVEIRA, Carlos Santos de. *A adoção e seus efeitos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9535-9534-1-PB.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2011.

1.5 Requisitos da adoção

Na adoção regulamentada pelo ECA, pode adotar qualquer pessoa maior de vinte e um anos, independentemente do estado civil (art. 42), desde que entre ela e o adotando exista a diferença de pelo menos dezesseis anos (art. 42, § 3º do Estatuto da criança e do adolescente)³.

A pessoa casada (ou que viva em união estável) pode adotar independentemente do consentimento do seu cônjuge (ou companheiro). Entretanto, é de bom alvitre que, nos pedidos de adoção formulados isoladamente por pessoa casada ou que viva em concubinato, se investiguem os motivos pelos quais o outro cônjuge não está anuindo ao pedido. A adoção vale lembrar, somente será deferida se resultar em vantagens ao adotado e fundar-se em motivos legítimos (art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente)⁴.

A adoção por duas pessoas é admitida se elas forem casadas ou viverem em concubinato (art. 42, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente), caso em que apenas uma delas deve ter, pelo menos, vinte e um anos, mantida a diferença de idade (adotante dezesseis anos mais velho que o adotando)⁵.

Em se tratando de adoção de adolescente, a sua manifestação em juízo será obrigatória e a adoção dependerá do seu consentimento (art. 45, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente)⁶.

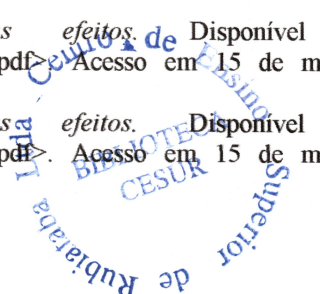
O Estatuto da Criança e do Adolescente ainda possibilita, no art. 41, § 1º, a adoção unilateral, ou seja, aquele em que um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do

³OLIVEIRA, Carlos Santos de. *A adoção e seus efeitos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9535-9534-1-PB.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2011.

⁴OLIVEIRA, Carlos Santos de. *A adoção e seus efeitos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9535-9534-1-PB.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2011.

⁵OLIVEIRA, Carlos Santos de. *A adoção e seus efeitos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9535-9534-1-PB.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2011.

⁶OLIVEIRA, Carlos Santos de. *A adoção e seus efeitos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9535-9534-1-PB.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2011.



companheiro ou cônjuge, sem que o genitor (ou genitora) biológico perca o pátrio poder⁷, denominação do antigo Código Civil, hoje chamado de Poder familiar.

Trata-se de outro avanço significativo introduzido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, possibilitando que os casais (cônjuges ou concubinos), regularizem a situação dos filhos havidos de outros relacionamentos, sem que o pai ou a mãe percam o poder familiar. Aliás, após a adoção o poder familiar passa a ser exercido em conjunto⁸, onde no antigo C. C. o pátrio poder quem exercia o poder era o pai, mas esta situação mudou e hoje a responsabilidade é de ambos.

As várias situações em que ocorre do companheiro ou companheira adotar o filho do outro, mas o pai ou a mãe biológica perderá o vínculo com aquela criança, e todos os parentes daquele que foi retirado da certidão de nascimento da criança.

De acordo com Fernandes (2006, p. 26), os principais requisitos constantes do Código Civil são:

a) idade mínima de dezoito anos para adotante (art. 1618); b) diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado (art. 1619); c) consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar; d) concordância deste, se contar com mais de doze anos (art. 1621); e) processo judicial (art. 1623); f) efetivo benefício para o adotado (art. 1625).

Em resumo, são estes os requisitos principais:

- A pessoa a ser adotada deve ter no máximo 18 anos de idade, a não ser que já conviva com o adotante (pessoa que o adotará).
- A idade mínima dos candidatos a adotantes é de 21 anos.
- Diferença de idade mínima entre o adotante e o adotado é de 16 anos.
- Ascendentes e descendentes não podem adotar seus parentes.

⁷OLIVEIRA, Carlos Santos de. *A adoção e seus efeitos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9535-9534-1-PB.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2011.

⁸OLIVEIRA, Carlos Santos de. *A adoção e seus efeitos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9535-9534-1-PB.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2011.

- A adoção requer a concordância dos pais biológicos, salvo em caso de paternidade desconhecida ou quando estes tiverem perdido o pátrio poder.
- A adoção de adolescente maior de 12 anos de idade também necessita da concordância deste.
- Há a necessidade de fazer um estágio de convivência entre adotando e adotante, sendo dispensado quando a criança é menor de um ano ou quando já mora com o adotante.

O Estatuto veda, expressamente, a adoção entre irmãos ou entre ascendentes (art. 42, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente), definindo questão polêmica que o Código de Menores não resolvia por ser omissivo⁹.

Todo e qualquer conflito trazido ao Judiciário por meio do instituto adoção e de grande desgaste para os pais adotivos e principalmente para a criança que ainda não terá o discernimento para entenderem tal situação.

1.6 A adoção de crianças brasileiras por estrangeiros não residentes no país (adoção internacional)

A adoção internacional é quando um casal estrangeiro deseja adotar uma criança, ou menor, como bem prefere mencionar o ECA, fora de seu país, no caso Brasil. Quanto à adoção internacional, traz o Código Civil: “obedecerá aos casos e condições que forem estabelecidos em lei” (art. 1629).

Todos os requisitos devem ser cumpridos para que não tragam futuros conflitos jurídicos, e assim, preservando o melhor interesse da criança que de uma forma ou de outra é a lide de tal situação.

Fernandes (2006, p. 30) explica:

⁹OLIVEIRA, Carlos Santos de. *A adoção e seus efeitos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9535-9534-1-PB.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2011.

A adoção de crianças brasileiras por estrangeiros não residentes aqui é um problema que tem suscitado grandes controvérsias, uma corrente entendendo que se trata de ato contrário à própria nacionalidade, que fica por essa forma depauperada de elementos que poderiam vir a ser de valia. Outra corrente, ao contrário, mais objetiva, reconhecendo que o primordial é que algo seja feito em prol de pelo menos algumas crianças abandonadas, que lhes permitam evitar uma vida de privações e de dificuldades de toda sorte.

Em decorrência do princípio da isonomia ou igualdade no artigo 5^o¹⁰ da Constituição Federal brasileira, muitos casais estrangeiros clamam por esse dispositivo quando pretendem adotar alguma criança brasileira.

Contudo, como bem explica Fernandes (2006, p. 30),

Há que se lembrar que não se trata de estrangeiro residente ou domiciliado no Brasil e sim de indivíduo sujeito ao ordenamento jurídico de seu país, sem qualquer vinculação permanente às regras que norteiam a vida social brasileira. Não pode, em hipótese alguma, ser comparado ao brasileiro nato, naturalizado ou mesmo ao estrangeiro aqui residente, sujeitos à legislação pátria.

Segundo Cavallieri (*apud* FERNANDES, 2006, p. 34) traz:

As recomendações dos menoristas brasileiros resumem-se em três pontos: o menor em situação irregular só deverá ser dado em adoção a estrangeiro se, primeiro, não houver possibilidade de ser adotado por brasileiro. E o ilustre curador sabe tão bem quanto eu – diz – que, infelizmente, há crianças nas instituições que jamais encontrarão um lar brasileiro. Segundo: que o pretendente estrangeiro seja objeto de um estudo por entidade oficial ou oficiosa de idoneidade comprovada, estudo este que passará pelo crivo do juizado local, como um todo, técnicos, Ministério Público, juiz. Terceiro: que seja conhecida a lei que, no estrangeiro, será aplicada ao menor a ser adotado.

¹⁰ CF/88, art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Na concepção de Fernandes (2006, p. 34), “satisfeitos esses três requisitos, não vê por que negar ao estrangeiro e ao menor brasileiro a adoção”.

Em relação à adoção por estrangeiros, em nosso ordenamento é possível, que as regras levem em consideração a Convenção de Haia para o processo. Mas, a preferência será do adotante nacional, seguido por brasileiros residentes no exterior, sendo a adoção internacional a última hipótese. Nestes casos, a lei exige o cumprimento do estágio de convivência por, no mínimo, 30 dias¹¹.

Esse estágio é muito importante tanto para os pais que desejam adotar como para a criança ou adolescente que será adotado, pois ali se iniciará uma possível convivência que será para o resto da vida de ambos, então daí o motivo do estágio ser tão importante.

Assim, depois de fazermos os estudos dos conceitos básicos de adoção e os meios legais utilizados para se adotar um menor no Brasil, no capítulo seguinte, será abordado, com muita ênfase uma análise dos aspectos jurídicos da adoção “à brasileira” um tipo de adoção que acontece com bastante frequência no País.

¹¹BERNARDELLI, Nathalia; TESSARI, Natália Alves. Aspectos jurídicos da adoção - nova lei facilita o processo. Disponível em: <http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_22180/artigo_sobre_aspectos_jur%C3%8Ddicos_da_ado%C3%87%C3%83o_-_nova_lei_facilita_o_processo>. Acesso em 27 de junho de 2011.

2 ASPECTOS JURÍDICOS DA ADOÇÃO À BRASILEIRA

2.1 Considerações iniciais

De acordo com Bernardelli e Tessari:

O instituto jurídico da adoção tem por escopo proporcionar a formação de uma família, dando apoios moral e material àquele que porventura se encontre em situação de orfandade, abandono ou riscos pessoal e social, substituindo práticas tradicionais de confinamento em instituições, constituindo-se, assim, uma filiação civil, advinda de manifestação de vontade ou sentença judicial. Desse modo, a adoção afigura-se como o recebimento de uma criança/adolescente na família, atribuindo-lhe a condição de filho, em caráter irrevogável, cuja inserção transcorre na dimensão da internalidade dos envolvidos, bem como nos aspectos sociais e jurídicos dos envolvidos da situação¹².

Faz-se necessário conhecer alguns aspectos jurídicos da adoção “à brasileira” para que certas dúvidas sejam sanadas, quanto à sua prática.

2.2 Conceito de adoção à brasileira

A Adoção à brasileira é aquela onde se registra a criança como se filho biológico fosse. Esta modalidade de adoção é crime previsto em lei. Não sendo permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com Rocha (2010, p. 27) é um fato que grande parcela da sociedade age de forma irregular, promovendo, portanto, a adoção à brasileira. Esta tem tomado grandes

¹²BERNARDELLI, Nathalia; TESSARI, Natália Alves. Aspectos jurídicos da adoção - nova lei facilita o processo. Disponível em: <http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_22180/artigo_sobre_aspectos_jur%C3%8Ddicos_da_ado%C3%87%C3%83o_-_nova_lei_facilita_o_processo>. Acesso em 27 de junho de 2011.

proporções com o passar do tempo, em razão do longo e demorado processo de adoção pela via legal.

Segundo a Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB (2008, p. 07):

À adoção “à brasileira” é uma expressão utilizada para designar uma forma de procedimento que desconsidera os trâmites legais do processo de adoção. Consiste em registrar como filho biológico uma criança, sem que ela tenha sido concebida como tal. O que as pessoas que assim procedem em geral desconhecem é que a mãe biológica tem direito de reaver a criança se não tiver consentido legalmente com adoção ao se não tiver sido destituída o poder familiar.

Ainda, para a Associação dos Magistrados Brasileiros (2008, p. 07), com relação aos adotantes,

a legislação da filiação adotiva favorece o surgimento de uma condição subjetiva de paternidade. A falta de amparo legal para a guarda da criança pode gerar nos adotantes a intensificação das fantasias de ter roubado a criança e de não ter legitimidade sobre ela. As fantasias de roubo podem ser vividas como uma apropriação indevida da criança ou então como um receio de que a família de origem possa vir a reclamar por ela. A adoção em que a mãe biológica determina para quem deseja entregar o seu filho, também chamado de “intuito personae”. Na maioria dos casos, a mãe procura a Vara da Infância e Juventude, acompanhada do pretendente à adoção, para legalizar uma convivência que já esteja acontecendo de fato. A palavra adotar em vem do latim *adoptare* que significa escolher, perfilhar, dar a seu nome a, optar, ajuntar, desejar, do ponto de vista jurídico, a adoção é um procedimento legal que consiste em transferir todos direitos e deveres de pais biológicos para uma família substituta, conferindo para criança ou adolescentes todos direitos e deveres de um filho. É regulamentada pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que determina claramente que a adoção deve priorizar as reais necessidades, interesses e direitos da criam e dos adolescentes. A adoção representa também a oportunidade de exercício da paternidade/maternidade para os pais que não puderam ter filhos biológicos ou que optarem por ter filhos sem vinculação genética.

Esse tipo de adoção, exatamente por não ser legal não segue o princípio da irreversibilidade, significa dizer que mesmo que os pais biológicos tenham doado o filho por livre e espontânea vontade, a adoção pode ser revertida e o registro de nascimento cancelado a

qualquer tempo. Além do mais trata-se de um crime previsto no artigo 242 do Código Penal brasileiro, que pode resultar em reclusão de dois a seis anos, e isso não pode nem deve ser ignorado¹³.

Leonardi (2006, p. 76) explica que a adoção “à brasileira” é “aquela onde alguém registra filho alheio como próprio”. Como já mencionado, esta conduta é prevista como crime no Código Penal¹⁴ Brasileiro: “Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil”.

Liberati (*apud* LEONARDI, 2006, p. 77) esclarece: “Existe um nascimento, existe a criança, mas sua filiação não é aquela que está sendo declarada”.

Leonardi (2006, p. 78), frisa que a “adoção à brasileira não encontra terminologia na legislação. Esta denominação é uma criação da jurisprudência”. Assim, Gonçalves (*apud* LEONARDI, 2006, p. 78) explica:

A simulada ou à brasileira é uma criação da jurisprudência. A expressão “adoção simulada” foi empregada pelo Supremo Tribunal Federal ao se referir a casais que registram filho alheio, recém-nascido, como próprio, com a intenção de dar-lhe um lar, de comum acordo com a mãe e não com a intenção de tornar-lhe filho.

Com a evolução do Direito Civil ao longo do tempo, as relações de afeto, especialmente no campo do Direito de Família, tomam maior relevância na constituição do novo modelo de família contemporânea, cujo cerne que a embasa é justamente o afeto. Ocorre que o afeto, fundamento da família, não brota tão somente da relação biológica entre as pessoas, ou seja, dos laços sanguíneos, mas também e, principalmente, nasce da convivência familiar¹⁵.

¹³ MORAES, Rosalina Rocha Araújo. *Adoção no Brasil*. Data de publicação: 04/09/2007. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/sociologia/adocao-no-brasil/>>. Acesso em 16 de junho de 2011.

¹⁴ BRASIL. Decreto Lei nº. 2.848, de 07.12.1940. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 27 de junho de 2011.

¹⁵ REZENDE, Vilma Régia Ramos de. *Adoção à brasileira*. Curitiba: 1º. de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/columnistas/344/86186/>>. Acesso em 16 de maio de 2011.

Nota-se que é a partir dessa convivência entre entra adotante e adotado que nasce o amor de pai e filho, sendo esse amor como se fosse pai biológico da criança, dando o mesmo carinho e atenção com se fosse filho verdadeiro, mas o que importa não é o laço sanguíneo, mas sim o amor que nasce dessa relação.

2.3 Principais motivos que levam à adoção “à brasileira”

Quando uma pessoa chega a adotar na maioria dos casos e porque não consegue engravidar, então se socorre no instituto adoção, mas deveria ser diferente, adotar mesmo tendo outros filhos biológicos, mas na realidade não é isso que acontece

Pertinente a tal assunto, existem vários motivos que levam as pessoas a optar pela adoção à brasileira. Marmitt (*apud* LEONARDI, 2006, p. 77) explica:

Muitos casais não podem ter filhos e tem condições para criá-los não desejam submeter-se aos trâmites legais, como constituição de advogado, audiências no fórum, entrevistas com técnicos do juizado, etc. Também não querem tomar público coisas. Apoderam-se de algum recém-nascido, abandonado pela mãe, geralmente solteira, e se dirigem ao cartório, fazendo o registro em seu nome, como filho biológico fosse. Semelhante procedimento tem sido incentivado por médicos, enfermeiras, assistentes sociais, religiosas e até por autoridades judiciárias, que tem fechado os olhos, em vista dos fins nobres e sociais, de elevado teor humanístico e assistencial, que o ato comina.

De acordo com Leonardi (2006, p. 77), dentre os motivos que levam a tal ato de efetuar o falso registro de nascimento, “possivelmente o maior deles seja o medo de que lhe seja tirado do convívio familiar uma criança que, afetivamente, já lhe é filho, para que a mesma seja entregue a outro pretendente, já cadastrado, e apto para receber uma criança”.

Este medo de que seja tirado o convívio da família com a criança, só ocorre porque antes de se habilitarem para adotar uma criança já estão convivendo com ela com se já fossem pais e filho ou filhos, ou seja, primeiro erram para depois tentar concertar o erro.

Granato (*apud* LEONARDI, 2006, p. 78) menciona o seguinte:

[...] fácil é intuir que, dentre eles, estão a esquiva de um processo judicial de adoção demorado e dispendioso, mormente quando se tem que contratar advogado; o medo de não lhe ser concedida a adoção pelos meios regulares e, pior ainda, de lhe ser tomada a criança, sob o pretexto de se atender a outros pretendentes há mais tempo “na fila” ou melhor qualificados, ou, ainda, pela intenção de se ocultar a sua verdadeira origem.

Rocha (2010, p. 27) traz que “a nova lei de adoção (Lei 12.010/09), porém, tem como foco a garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, sendo uma resposta da sociedade em privilegiar as relações afetivas em detrimento do vínculo biológico”.

Nesse sentido Rocha (2010, p. 27):

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

Outra questão a ser analisada quanto ao assunto, segundo Rocha (2010, p. 17), é quanto ao fato de a adoção legal, além de ter a obrigatoriedade da contratação de um advogado, há grande formalidade a ser seguida em todo o processo, devendo aguardar, no final, uma sentença do juiz, que analisará os requisitos e verificando a ausência destes não acolherá o pedido.

2.4 Adoção à brasileira: crime ou ato de amor

Nas palavras de Rocha (2010, p. 17), “na verdade, a grande maioria das adoções no Brasil é informal, sendo feitas através da adoção à brasileira, que possui várias determinantes”. Nesse sentido, explicita:

A adoção à brasileira foi a nomenclatura adotada pela doutrina e jurisprudência para o ato de registrar filho alheio em nome próprio, ou seja, o registro da criança é feito em nome de pessoas que não são seus pais biológicos e que não atenderam ao procedimento estabelecido em lei. (ROCHA, 2010, p. 17)

Rocha (2010, p.17) menciona que “as pessoas acabam por optar pela adoção à brasileira para atingir seu objetivo. Entretanto, as consequências decorrentes da prática desse ato podem ser sérias. Destacam-se duas principais consequências de tal ato”.

As consequências da adoção à brasileira que Rocha (2010, p. 17) menciona são as seguintes:

A primeira delas é que o registro pode ser anulado, que acarretará a extinção da relação de filiação. Percebe-se, dessa forma, que é uma relação frágil, pois havendo, por exemplo, o arrependimento daquela mãe que deu seu filho para outro registrar, com um simples exame de DNA, será possível desconstituir aquela relação familiar.

A segunda consequência importante é a repercussão na área penal, já que há previsão de ilícito penal na prática de registrar como seu filho de outrem, sendo, portanto, a adoção à brasileira, crime previsto no ordenamento jurídico brasileiro (ROCHA, 2010, p. 19).

Tudo para dar proteção e garantia ao estado de filiação. Assim, Rocha (2010, p. 19) explica:

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

O combate à adoção à brasileira também se justifica na medida em que a adoção pode ser praticada com fins lucrativos. E a criminalização da adoção à brasileira é a forma de amparar a família, essencial na formação da dignidade de todo cidadão, principalmente das crianças e dos adolescentes. O Estado tem o dever de proteger a família, já que dela depende a subsistência de toda a sociedade (ROCHA, 2010, p. 20).

“Ademais, o crime de falsidade ideológica trazido pelo art. 299 do Código Penal (Decreto Lei 2.848/1940) vem complementar a tipicidade da prática de registro de filho alheio em nome próprio” (ROCHA, 2010, p. 19).

De acordo com Leonardi (2006, p. 78),

A questão que envolve a adoção à brasileira não deve ser vista apenas como um ilícito penal, uma vez que, regra geral, o que se busca nesta adoção ilegal é o amparo material e afetivo à criança, uma vez que os genitores biológicos da mesma não puderam oferecer, ora porque não quiseram, ora porque não puderam.

Rocha (2010, p. 21) explicita: “[...] fica claro que tal conduta, mesmo estando disposta no Código Penal, como crime, o ditame social, a conquista, o amor estão à frente. Isto fica comprovado quando a própria lei dispõe sobre a não aplicação da pena”.

Rocha (2010, p. 21) ainda, menciona outro problema que merece destaque:

O risco desta adoção não está apenas na possibilidade de uma condenação criminal. Por não estar em conformidade com a lei, aquele registro é nulo e, como tal, a qualquer momento poderá ser declarado. Desta forma, adotante e adotado estarão constantemente expostos a uma mudança radical em suas vidas, no risco de descoberta do ocorrido, podendo gerar a anulação do registro.

Deve-se ressaltar, contudo, que a adoção, atualmente, só poderá ser deferida pelo juiz quando apresentar reais vantagens para o adotando e tão-somente quando não mais houver possibilidades de resgatar a filiação biológica (ROCHA, 2010, p. 21).

Na maioria das vezes, não se deve configurar tal ato como crime, mas um ato de amor. Muitas vezes, tais crianças estão jogadas, devido ao abandono de seus pais biológicos. A adoção “à brasileira” vem de certa forma, a evitar que tais crianças sejam abortadas antes do nascimento. Por isso, o aplicador da lei deve se atentar para o melhor interesse do menor, o vínculo de afeto conquistado não deve ser rompido se já estiver criado.

2.5 Desconstituição da adoção após vínculo de sócio afetividade

De acordo com uma decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a adoção à brasileira não pode ser desconstituída após vínculo de socioafetividade. Seguindo o voto do relator, ministro Massami Uyeda, rejeitou-se o recurso de uma mulher que pedia a declaração de nulidade do registro civil de sua ex-enteada¹⁶.

Em se tratando de adoção à brasileira (em que se assume paternidade sem o devido processo legal), 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 adotado¹⁷.

Granato (*apud* SANTOS, 2008, não paginado) conceitua a adoção à brasileira da seguinte maneira:

A mãe de sangue, geralmente impossibilitada de criar o recém-nascido, não se importa em entregar a criança a quem aparecer e disser que tem condições

¹⁶ Fonte: STJ - Superior Tribunal de Justiça, 14 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/noticias/exibir/11551/Adocao-a-brasileira-nao-pode-ser-desconstituída-apos-vinculo-de-socioafetividade>>. Acesso em 16 de junho de 2011.

¹⁷Fonte: STJ - Superior Tribunal de Justiça, 14 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/noticias/exibir/11551/Adocao-a-brasileira-nao-pode-ser-desconstituída-apos-vinculo-de-socioafetividade>>. Acesso em 16 de junho de 2011.

de fazê-lo e raramente tem contato com a família adotante, contribuindo assim para o sucesso desse tipo de “adoção”.

Granato (*apud* LEONARDI, 2006, p. 79-80) ainda dispõe:

A severidade da norma penal choca-se tão frontalmente com os relevantes motivos sociais que acompanham imemorialmente atos dessa natureza, que os sentimentos do homem médio comum - dos quais não se pode excepcionar o juiz - que, com raras exceções, são unânimes a doutrina e a jurisprudência em diligenciar meios e pretextos para contornar o texto álgido da lei a fim de não cominar pena alguma, quando alguns, entre esses milhares de casos que anualmente ocorrem, chegam, por qualquer circunstância às barras dos tribunais. Ninguém resiste à verdadeira coação de ordem moral decorrente do alto valor espiritual e humano que inspiram tais gestos.

Em relação à adoção à brasileira, podemos concluir que, no caso prático, normalmente a criança vítima do registro falso encontra-se de boa-fé, pois pensa literalmente que aqueles pais são seus, verdadeiramente. Mesmo quando a criança sabe que foi registrada por aqueles que não são seus pais biológicos, o registro falso é realizado sem qualquer influência por parte da criança, a qual, em razão disto, não poderia jamais ser prejudicada, sob pena de se estar cometendo uma enorme injustiça¹⁸.

2.6 Reversão da adoção à brasileira para adoção legal no Brasil

Como explica Leonardi (2006, p. 81), “a adoção à brasileira, embora caracterize ilícito penal, é uma prática comumente utilizada pela sociedade brasileira”. Isso posto, Rocha (2010, p. 27-28) salienta que

¹⁸ BENAZZI, Roberta Marques. *Da adoção à brasileira como adoção putativa ou como adoção imprópria?*. Membro da Comissão de Direitos da Criança e do Adolescente da OAB/SP. Disponível em: <www.oabsp.org.br/comissoes2010/infanto-juvenis/artigos05.pdf/download>. Acesso em 16 de junho de 2011.

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

Leonardi (2006, p. 81) salienta dois pontos. O primeiro:

Ocorre que a maioria dos casos em que acontece esta adoção, os adotantes levam em consideração a afetividade, o carinho que desde já nutrem pela criança, e o medo de que lhes seja tirado o filho amado, os leva ao registro ilegal da criança.

E, o segundo é que “porém, quando evidenciada a boa fé dos adotantes, em razão do princípio da afetividade e do melhor interesse do menor, deve ser convertida esta adoção irregular em adoção legal” (LEONARDI, 2006, p. 82).

De acordo com Rocha (2010, p. 25),

A adoção à brasileira é um fato social que não pode ser desprezado, visto a sua grande incidência nos dias atuais. Por oportuno, registra-se que para uma pessoa comum e, por vezes também, para pessoas que tem conhecimento jurídico é muito mais rápido, menos oneroso, e efetivo comparecer no cartório e registrar como sua uma criança, fazer falso reconhecimento do que enfrentar um processo regular de adoção, que necessita de advogado, tempo, dinheiro e correndo o risco de não alcançar o resultado pretendido.

E, ainda nas sucintas palavras de Leonardi (2006, p. 83):

Para reverter a "adoção à brasileira" em adoção legal, deverá ser observado se os adotantes são pessoas que preenchem os requisitos necessários contidos no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, e avaliados pelo intérprete da norma jurídica, a fim de se averiguar o caso concreto e verificar a possibilidade da criança permanecer na família que já a

havia acolhido, caracterizados os laços de afetividade e o melhor interesse do adotando, tanto da adoção de menores como da adoção de maiores de dezoito anos.

Assim, conhecendo-se em breves linhas, sobre a adoção à brasileira, no capítulo seguinte será abordado o tema das Práticas do Direito de Família em Face da Adoção, de uma forma mais abrangente, esclarecendo muitas dúvidas e conhecendo um pouco mais sobre o instituto adoção no Brasil.

3 DAS PRÁTICAS DO DIREITO DE FAMÍLIA FACE À ADOÇÃO

3.1 Da adoção irregular

Quase tudo que existe no mundo é regulado por lei, ou seja, não se vive mais sem uma disciplina legal sobre determinado assunto, nem por isso não seria diferente quanto à adoção, que muitas vezes causam bastantes conflitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Embora na modernidade novos costumes tenham sido incorporados à instituição família, principalmente em relação à sua diversidade de constituição, fatos sociais como abandono de recém-nascido continuam ocorrendo. Na realidade da vida, as adoções convivem e se misturam com histórias repletas de abandonos, rejeições, negações, salvamentos de vidas, esterilidades, expectativas e idealizações, rompimentos e uniões, afetos e desafetos familiares e não familiares, noções estas pouco afetas ao Direito¹⁹.

Há um dever de cuidado especial do adotante para o adotado pois carregam traumas psicológicos do abandono.

Nesse contexto, o Direito, além de atuar nas questões caracteristicamente definidas em lei, muitas vezes depara-se com questões relacionadas à problemática criada em decorrência de comportamento que sequer são previstos no ordenamento. Exemplo disso é a adoção irregular de qualquer origem, muitas vezes, denunciada pelo próprio “adotado”, além de outras situações em que se configura a adoção ilegal.²⁰

Quando o adotado chega a certa idade, começa a entender as coisas e se por acaso vem a descobrir que não é filho biológico daquele casal, de fato quer saber a verdade e quando esta verdade que ele é adotado, mas de forma ilegal, ou seja, fora dos tramites legais, muitas vezes o próprio adotado é que faz a denúncia.

¹⁹BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da Adoção: Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família*. ano 2008, 223 f. Dissertação (Pós Graduação em Direito) Universidade Federal do Paraná, p.82. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/17098>>. Acesso em 10/12/2011.

²⁰Ibidem, op. cit. p. 83.

Nessa prática, o que acontece é que a verdade apresentada ao adotado e a sociedade civil não corresponde a verdade afetiva.

Não são todas as pessoas que adotam que e fazem da maneira correta, ou seja, seguem os trâmites legais, além do mais não são qualificados para dar educação e carinho para uma criança.

Um dado é certo: muitas pessoas acreditam não tem dificuldade em adotar uma criança recebendo-a da própria mãe biológica ou pais biológicos, na medida de seu desejo, sem alarde e assim compactuam com a lei do segredo²¹.

Quando a pessoa age dessa forma pratica adoção à brasileira um tema já relatado anteriormente e, assim, fugindo dos meios cabíveis para adota e assim cometendo um crime.

3.2 Da adoção unilateral

Esta modalidade vem sendo discutida em diversos países, nesse sentido, deve se lembrar de que lei admite a adoção unilateral, situação em que um dos cônjuges ou companheiros adota o filho do outro, mantendo-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes.

Este tipo de adoção surge dos vínculos dos vínculos afetivos criados que se mantém, sendo assim, a decisão é tomado pelo fato de já 4xistir um lado afetivo.

Em suma, se essa adoção não for irregular, ou seja, fora dos limites legais, ela será de grande importância para a criança que terá figura masculina ou feminina para lhe dar o carinho de pai ou de mãe.²²

²¹ BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da Adoção: Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família*. ano 2008, 223 f. Dissertação(Pós Graduação em Direito) Universidade Federal do Paraná, p.85. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/17098>>. Acesso em 10/12/2011.

²²BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da Adoção: Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família*. ano 2008, 223 f. Dissertação(Pós Graduação em Direito) Universidade Federal do Paraná, p.109. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/17098>>. Acesso em 10/12/2011.

Na adoção unilateral haverá substituição da filiação apenas com relação a um dos genitores (normalmente o pai), não de ambos. Outra hipótese é quando há o consentimento expresso dos genitores para tal fim, obedecendo ao estabelecido no artigo 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente.²³

Na verdade tal vínculo pode surgir por falta de amparo percebida pelo adotante que acolher o adotado. Assim, esse tipo de adoção acaba favorecendo o adotado uma vez que este esteve vivendo como família.

Esta adoção ocorre de forma legal fica mais fácil, pelo fato de não ter que esconder, ou para evitar futuramente uma ação de negatória de paternidade seja por parte supostoadotado ou do adotante.

Ocorre que essa forma de adoção tem sido freqüente no Juízo das Varas de Infância e Juventude, sendo salutar e importante tal prática quando inexistente genitor conhecido formalmente ou este consente juntamente com a genitora. Nesses casos, trata-se de procedimento de adoção, manifestação do adolescente, se for o caso; anuência do genitora; manifestação do Ministério Público e, por fim, a decisão onde permanecem os laços de um genitor e será incluído o adotante.²⁴

Quando há observação de todos os tramites legais à adoção, pela a demora fragilizam-se as pessoas envolvidas, tanto o adotante como o adotado.

Outra hipótese refere-se a genitor conhecido que não concorda expressamente com o pedido de adoção. Assim, caberá a adoção unilateral quando o genitor(a) for conhecida, entretanto deve ser feita a destituição do poder familiar do genitor(a) que não é o cônjuge ou companheiro do adotante, podendo ocorrer a anuência formal em juízo.²⁵

²³BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da Adoção: Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família*. ano 2008, 223 f. Dissertação(Pós Graduação em Direito) Universidade Federal do Paraná, p.82. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/17098>>. Acesso em 10/12/2011.

²⁴BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da Adoção: Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família*. ano 2008, 223 f. Dissertação(Pós Graduação em Direito) Universidade Federal do Paraná, p.82. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/17098>>. Acesso em 10/12/2011.

²⁵BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da Adoção: Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família*. ano 2008, 223 f. Dissertação(Pós Graduação em Direito) Universidade Federal do Paraná, p.109. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/17098>>. Acesso em 10/12/2011.

Esse genitor ou genitora a partir do momento da anuência para que seu filho seja adotado por outro ou outra, perde o poder sobre aquela criança e também o direito de procurá-la com intuito de resgatar os laços de família.

E, assim, resolvendo a adoção de forma correta e transparente, as pessoas vão sendo educadas a ponto de não cometem esses tipo de irregularidade.

Entretanto, deve-se frisar que esse ato do companheiro adotar o filho da companheira, muita das vezes o genitor pai biológico da criança é falecido.

Nesse sentido, o genitor falecido não tem como concordar ou discordar com adoção do novo companheiro da mãe, que está assumindo toda responsabilidade sobre a criança ou adolescente.

Tem ocorrido o pedido de adoção unilateral pelo companheiro adotante para a adoção do filho de falecido, com a concordância e permanência do patronímico materno, sob o argumento simples de que o novo companheiro deseja assumir ou assume as responsabilidades do adotando.²⁶

Na maioria dos casos já há uma convivência entre adotante e adotando por haver uma relação entre a mãe do adotando com adotante, nasce a idéia do adotante adotar o filho de sua companheira.

Note-se que o poder familiar do genitor foi extinto em decorrência de sua morte, nos termos do artigo 1.635 do Código Civil, possibilitando a adoção, e através dela ser atribuída condição de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com o pai e seus demais parentes consangüíneo²⁷

Logo, mesmo com a morte do pai biológico, a criança pode anuir pela adoção para companheiro de sua mãe.

²⁶Ibidem, op. cit. p. 110.

²⁷Ibidem, op. cit. p. 110.

A criança necessita ficar com vínculo com os parentes paternos, necessitando deste contato para que tenha a amor e afeto desse parente.

Diante disso na legislação vigente, o que não e proibido é permitido, e assim, de acordo com o assunto a companheiro pode adotar o filho da companheira.

Ressalta-se que o genitor falecido terá seu patronímico retirado da certidão de nascimento de seu filho, com o qual também tinha vínculos socioafetivo até a sua morte, e se isto só não bastasse os avôs paternos também serão retirados da certidão de nascimento do neto, sem qualquer manifestação no feito, sem serem chamados ao processo, sem preservação de sua história familiar, ou seja, patrimônio histórico do adotando apagado de sua vida, atingindo inclusive a sua identidade pessoal.²⁸

A possibilidade do companheiro adotar o filho da companheira, no caso de já estiver falecido, com a sua morte extingue se o poder familiar deste, de acordo com artigo 45 do Estatuto da Criança e Adolescente.

O artigo 45 do ECA tem como base o princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança, visando sempre o bem estar da criança.

A questão é que, com a morte do genitor, o poder familiar se extingue nos termos da lei, e o artigo 45 do ECA tem sido interpretado que, com a extinção do poder familiar em decorrência do falecimento, a genitora tem poderes para consentir ou não a adoção. Não é possível concordar com a adoção embasa nesses termos, embora outro fundamento tem sido utilizado para aceitar esta forma específica de adoção unilateral, que é a “proteção integral que pauta o Estatuto, e que a vontade do cônjuge sobrevivente não está sujeita a restrições, especialmente a mulher que, pela morte do marido, já não sofre qualquer diminuição de sua capacidade jurídica.”²⁹

²⁸ BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da Adoção: Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família*. ano 2008, 223 f. Dissertação (Pós Graduação em Direito) Universidade Federal do Paraná, p.111. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/17098>>. Acesso em 10/12/2011.

²⁹ BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da Adoção: Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família*. ano 2008, 223 f. Dissertação (Pós Graduação em Direito) Universidade Federal do Paraná, p.111. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/17098>>. Acesso em 10/12/2011.

Deste modo, a anuência da mãe é o bastante pra que possa haver uma adoção do seu pelo seu companheiro, sem que nenhum dos parentes paternos possa se manifestar.

Não se pode deixar de lembrarmos que com a adoção unilateral será cancelado o registro original da criança, que receberá nova certidão de nascimento, com novo sobrenome, o nome do pai e dos avós paternos alterados, e a partir daí a criança estará legalmente desligada de qualquer vínculo com o pai biológico e com parentes paternos, exceto para os impedimentos matrimoniais, perdendo inclusive o direito à herança proveniente destes³⁰.

Nessa situação ficam impedidos, de casar irmãos consangüíneos, ou seja, do mesmo pai e da mesma mãe.

Em relação à herança, se a mãe é capaz e tem livre direito para decidir se seu filho poderá ser adotado por outro, ela também poderá decidir se ele necessitará da herança pai biológico.

Essa situação concreta implica mudança na identidade da criança, assim como a ruptura de vínculos com a linhagem paterna. É óbvio que este assunto é merecedor de questionamentos, envolvendo a discussão de até que ponto se pode afirmar que o princípio da prioridade absoluta da criança não está sendo atingido, quando abruptamente nega-se-lhe a sua identidade, seu patrimônio histórico-familiar para, quem sabe, satisfazer o adotante e a genitora, num dado momento.³¹

Quando se dá o direito daquela criança que perdeu o pai ser adotado por outro homem, não deveria ser excluído da possível herança do seu pai biológico que lhe seria transmitido, sob a instabilidade que o companheiro da mãe possa vir a ter.

³⁰Ibidem, op. cit. p. 112.

³¹Ibidem, op. cit. p. 112.

3.3 Dos magistrados e a equipe multidisciplinar

A adoção readquire a sua vitalidade, suscita novo interesse aos legisladores do nosso século depois de um longo período de desfavor e esquecimento. A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como as mudanças no Código Civil de 2002 e os projetos em trâmite demonstram a busca legislativa para a questão.³²

Nesse contexto, pode se dizer que quanto melhor for tratado o assunto pela legislação brasileira, menos conflito se desaguará no judiciário melhorando as situações da criança.

Precisa ainda evoluir mais, pois muitos operadores do Direito e parte da doutrina não absorveram as mudanças inseridas pela Constituição Federal vinculando todo o ordenamento jurídico.

O Judiciário enfrenta problemas como, por exemplo, a morosidade com que as adoções são concluídas, pela demora nos processos, e assim, muitos desistem.

No Brasil os processos de adoção estão em grande escala, mas o procedimento jurídico deve acompanhar todos os processos e dar a solução o mais rápido possível.

A realidade bate à porta do Judiciário e os recursos e equipamentos não são suficientes para o atendimento dos conflitos referente às crianças/adolescentes.

O perfil dedicado do magistrado é muito importante na condução dos trabalhos junto ao Juizado da Infância e Juventude. A base para se obter resultados aceitáveis, apresentado pelo Poder Judiciário, através de esforços incansáveis na solução de problemas,

³² BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da Adoção: Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família*. ano 2008, 223 f. Dissertação (Pós Graduação em Direito) Universidade Federal do Paraná, p.116. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/17098>>. Acesso em 10/12/2011.

consiste em visualizar uma possibilidade de afeto, de igualdade, onde o desamor e a discriminação estão presentes.³³

Dessa maneira, deve-se tratar cada caso minuciosamente dando-lhe a total atenção merecida, para resolver da melhor forma cada conflito jurídico trazido a porta do Judiciário.

Alguns magistrados possuem afinidade com os objetivos inseridos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e são estes que devem permanecer nessas Varas especializadas. Curiosamente, e com raras exceções o magistrado da Infância e Juventude tem sua imagem diminuída e, por vezes, desconsiderada e incompreendida nos meios jurídicos. Não bastasse isso, a participação direta do magistrado não ocorre devido ao acúmulo de outras funções judicantes³⁴.

Na realidade os magistrados não encontram tempo suficiente para acompanhar o caso como deveria por causa do acúmulo de processo que há no judiciário brasileiro.

Trata-se de ser humano a quem o Estado confiou o dever do exercício da função jurisdicional, e deve fazê-lo da melhor maneira possível.

Se todo juiz desempenhar seu trabalho com êxito e afincado tratando cada caso como se fosse único, seria outra realidade no Judiciário brasileiro não só nas questões relacionadas a adoção mas em várias questões.

Certo é que, para o normal funcionamento do Juízo, deve-se formar um corpo técnico composto de assistentes sociais, psicólogos e até mesmo comissários, a fim de diagnosticar os casos nas áreas específicas e permitir a escolha da medida mais acertada.³⁵

³³ BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da Adoção: Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família*. ano 2008, 223 f. Dissertação (Pós Graduação em Direito) Universidade Federal do Paraná, p.82. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/17098>>. Acesso em 10/12/2011.

³⁴ BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da Adoção: Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família*. ano 2008, 223 f. Dissertação (Pós Graduação em Direito) Universidade Federal do Paraná, p.117. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/17098>>. Acesso em 10/12/2011.

³⁵ *Ibidem*, op. cit. p. 122.

Se o Juízo tiver todos profissionais necessários para o funcionamento hábil do processo de adoção, ele funcionará com mais precisão e dará melhor resultado para cada conflito trazido até ele.

Quase todos os procedimentos de colocação em família substituta há o dever legal de colher antes o parecer técnico. Essa equipe interprofissional é formada pelo Judiciário, nos termos do artigo 150 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Estipulou o legislador a necessidade de disposição de recursos orçamentários à denominada equipe interprofissional, o denominado setor técnico formado por assistentes sociais e psicólogos.³⁶

Esse parecer é muito importante para que haja uma tramitação processual de adoção com mais transparência e assim, podendo trazer até o juiz a realidade viva do caso dando melhores condições para ele decidi-lo.

Nesse sentido, desenvolvem eminente trabalho ao elaborar pareceres, bem como orientação aos menores e aos seus responsáveis legais. A Justiça da Infância e da Juventude não terá condições de executar as leis se não dispuser de meios e recursos necessários à sua instalação e funcionamento. Em contrapartida, o que se impõe aos técnicos é avaliar cada situação, vendo expurgar o viés do sentido culpabilizante ou moralizante, com a busca da neutralidade.³⁷

Porque não é função dos técnicos interferirem nos caso, mas sim analisar e levar a questão até o juiz, para que ele decida como ficará aquela adoção, seja ela de uma criança seja de um adolescente.

³⁶BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da Adoção: Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família*. ano 2008, 223 f. Dissertação (Pós Graduação em Direito) Universidade Federal do Paraná, p.122. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/17098>>. Acesso em 10/12/2011.

³⁷BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da Adoção: Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família*. ano 2008, 223 f. Dissertação (Pós Graduação em Direito) Universidade Federal do Paraná, p.82. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/17098>>. Acesso em 10/12/2011.

3.4 Da insuportabilidade social do processo de adoção judicial

A família diante das dificuldades no processo de adoção, prefere invés de enfrentar o processo de adoção, investir na biotecnologia da medicina, com, por exemplo, a inseminação artificial e a *in vitro*.

Pode-se salientar que a medicina vem caminhando a passos largos nessa área da genética. Devido à dificuldade no processo de adoção, essa opção não é mais tão cogitada. As técnicas de inseminação artificial atualmente têm sido bem mais rápidas e eficientes na solução da falta de filhos. O processo de adoção é tortuoso, moroso, burocrático, e extremamente sofrível, correndo o risco no final de não se alcançar a paternidade tão almejada.

Nesse sentido, toda a sociedade é responsável ou por sua subcultura ou por seu desleixo, ou por ambos. Onde está a responsabilidade dos operadores de Direito, que nesta matéria poucos se dedicam, ficando inertes mesmo conhecedores da realidade dos processos de adoção, destituição de poder familiar, enfim, da existência de instituições de abrigo.³⁸

É certo e verídico que os operadores do Direito não se dedicam como deveriam, mas também o Estado deixa a desejar quanto a assistência dada para solucionar os casos de adoção. Por isso muitos desistem da espera, e optam por outra alternativa que não seja a adoção ou partem para irregularidade adotando de forma ilícita.

Nesse contexto, vale lembrar da culpa da sociedade também virando as costas quando as crianças brasileiras que estão crescendo em abrigos, e perdendo oportunidade de serem adotadas, pelo fato das pessoas preferirem crianças de colo.

³⁸BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da Adoção: Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família*. ano 2008, 223 f. Dissertação (Pós Graduação em Direito) Universidade Federal do Paraná, p.122. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/17098>>. Acesso em 10/12/2011.

4 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO POR FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

A Constituição Federal de 1988 é a principal lei que rege este País juntamente com as leis infraconstitucionais que regulam várias matérias, mas sempre respeitando ou vinculando ao texto legal da Constituição Federal.

A sociedade brasileira, refletida na Constituição de 1988, art.5º, afirmaram a proíbe de toda e qualquer forma de preconceito ou discriminação. Festejando a igualdade e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, buscou inaugurar um novo momento para o povo brasileiro, em que a ciência do direito, mais do que garantir, deverá promover direitos e, assim, efetivar o sentido maior de cidadania.³⁹

Nesse sentido, todos devem ser tratados de forma igualitária, ou seja, todos são iguais perante a lei, e de acordo a lei maior deste País não pode haver atos discriminatórios, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, ventila-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, inclui-se a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. Diante das garantias constitucionais que configuram o Estado Democrático de Direito, impositiva a inclusão de todos os cidadãos sob o manto da tutela jurídica.⁴⁰

Com base no princípio da dignidade da pessoa humana, não se pode tirar direitos de uma pessoa, fundado na opção sexual, ou religião, ou pela cor, dentre outras opções de vida que ela pode escolher.

³⁹BRITO, Kalyne Lopes. *A adoção de crianças e adolescentes por casais homossexuais em decorrência da ampliação do rol das entidades familiares constitucionalizadas com base no princípio da igualdade*. Ano 2008 f. 19. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/uploadarquivos4-124>>. Acesso em 11/12/2011.

⁴⁰*Ibidem*, Op. Cit. p.9.

A constitucionalização da família implica assegurar proteção ao indivíduo em suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual. Assim, o direcionamento afetivo de todos os seres humanos (sejam bissexuais, heterossexuais ou homossexuais) encontra, nos princípios da igualdade e do respeito à dignidade da pessoa humana, as vigas de sustentação inabaláveis pelo prisma jurídico.

Dessa forma, é possível se constatar que a reivindicação das pessoas ou pares homossexuais refere-se à proteção jurídica da liberdade e da intimidade, mas, também, está relacionado a um direito de igualdade de tratamento no sentido de poderem ser o que são, de poderem estabelecer livremente suas escolhas pessoais, suas relações, seus afetos e receberem do Estado a ampla tutela jurídica, tanto para a própria pessoa como para o feixe de efeitos que tais relações estabelecidas, de cunho afetivo muito mais que meramente sexual, irradiam.⁴¹

Como já relatado acima não é a opção sexual de uma pessoa que vai restringir seus direitos, não podendo ser diminuído em hipótese nenhuma pelo fato de não ter a mesma opção sexual que as pessoas do seu sexo.

Nesse contexto, surge a inquietude no que toca à possibilidade jurídica de adoção de crianças e adolescentes por essas entidades familiares, e assim, cumprindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Existe bastante preconceito por parte das pessoas e até mesmo de juristas quanto à adoção de criança e de adolescente por essa entidade familiar, com fundamento que esta criança terá uma educação diferente das outras criadas por um pai e por uma mãe.

Mas, vale ressaltar, que a educação da criança não se baseia se ela é criada por um pai e uma mãe ou se é criada por duas pessoas do mesmo sexo, o que pesa é a índole das pessoas e não a opção sexual dela.

O instituto da adoção é tratado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 39 a 52. Dentre os requisitos elencados para a adoção, nenhum faz referência à orientação sexual do adotante⁴².

⁴¹*Ibidem*, Op. Cit. p.9.

⁴²*Ibidem*, Op. Cit. p.10.

Todavia, mesmo assim, isso tem-se tornado uma barreira para os casais homossexuais que desejam adotar uma criança. Eles enfrentam bastante frieza tanto do judiciário como dos assistentes sócias que estão envolvidos no processo de adoção.

Em razão da ausência de restrição legal, abre-se a possibilidade para o homossexual adotar, por se vislumbrar que o menor estará, em conformidade com o art. 43 do ECA, mais bem amparado se colocado no seio de uma família do que relegado à própria sorte. Isso porque o referido dispositivo legal prevê que: “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adolescente e fundar-se em motivos legítimos”. Consideram-se legítimos os motivos, quando a intenção do adotante, envoltos em sentimentos decorrentes da relação parental, se harmoniza com a finalidade do instituto de alcançar o bem-estar do menor⁴³.

Por esse prima, deve observar-se o melhor interesse da criança, não deixando ela sem ter uma família pelo fato de esta ser formada por duas pessoas do mesmo sexo, deve se pesar que esta criança terá um lar, carinho atenção e tudo que uma família pode oferecer.

É importante vislumbrar que a adoção cumpre uma função social hodierna considerável, devendo ser compreendida para além da herança preconceituosa e necessita, pois, ser contextualizada, com a preponderância valorativo-jurídica do afeto e com os princípios constitucionais norteadores do moderno Direito de Família, na verdade, vigas de sustentação de todo o ordenamento pátrio, a partir da dignidade humana e da igualdade entre todos os cidadãos.⁴⁴

Devem se respeitar os princípios constitucionais pelo fato de estarem acima de qualquer preconceito, vindo eles para solucionar ou dar clareza aos conflitos jurídicos gerados em várias situações.

De acordo com Dias (2001, p.58),

⁴³*Ibidem*, Op. Cit. p.10.

⁴⁴*Ibidem*, Op. Cit. p.10.

Amor não tem sexo.

Esta, ainda que pareça ser uma afirmativa chocante, é absolutamente verdadeira. O amor não tem sexo, não tem idade, não tem cor, não tem fronteiras, não tem limites.

O amor não tem nada disso, mas tem tudo. Corresponde ao sonho de felicidade de todos, tanto que existe uma parcela de felicidade que só se realiza no outro. Ninguém é feliz sozinho. Como diz a música, é impossível ser feliz sozinho, sem ter alguém para amar. Essa realidade começou a adquirir tamanha visibilidade, que o amor passou a ter relevância jurídica e acabou ingressando no ordenamento jurídico. Em um primeiro momento, só o casamento chancelava o envolvimento afetivo, verdadeiro sacramento para a Igreja, sendo considerado pelo Estado a instituição-base da sociedade.

Bem resumiu Maschio (2002, p.85), as diversas formas que o ser humano consegue se reunir hoje em dia em torno do afeto:

A liberação sexual, sem dúvida, em muito contribuiu para a formação desse novo perfil de família. Não há mais necessidade do casamento para uma vida sexual plena. (...) O objetivo dessa união não é mais a geração de filhos, mas o amor, o afeto, o prazer sexual. Ora, se a base da constituição da família deixou de ser a procriação, a geração de filhos, para se concentrar na troca de afeto, de amor, é natural que mudanças ocorressem na composição dessas famílias. Se biologicamente é impossível duas pessoas do mesmo sexo gerarem filhos, agora, como o novo paradigma para a formação da família – o amor, em vez da prole – os “casais” não necessariamente precisam ser formados por pessoas de sexo diferentes.

Hoje em dia não se vê com tanta frequência a família formada por pai-mãe-filho. Os modelos de família estão mais diversificados. É comum a família monoparental, formada pelo pai ou mãe e o filho; a família formada apenas por irmãos; por primos; por tios e sobrinhos; por avós e netos e, por que não, a família formada por homossexuais, sem filhos, com filhos de um deles. Desde que haja amor e afeto, essas formações humanas merecem ser chamadas de família, pois cumprem a função desta no seu dia a dia. Diante de tanta diversidade, fica difícil conceituar família na atualidade. Atualmente, as pessoas sabem o que fazer com o seu afeto e não mais são obrigadas a reprimi-lo para se subjugar ao desejo dos pais ou da sociedade.⁴⁵

⁴⁵ COSTA, Tereza Maria Machado Lagrota. *Adoção Por Pares Homoafetivos: Uma Abordagem Jurídica e Psicológica*. Ano 2006 f. 82, trabalho de conclusão de curso apresentado a Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior, p.6. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/revistadirdocart_10005.pdf>. Acesso em 11/12/2011.

Deve se reforçar que a família nos dias de hoje mudou muito sua formação, não é considerada família somente aquela formada por um pai e uma mãe, ou seja, somente aquela formada entre um homem e uma mulher, mas, sim, aquela formada por pessoas do mesmo sexo também é considerada família.

De acordo com Martins (2002, p. 22),

O que é uma família hoje? Formas de relacionamento novas resultam em arranjos inéditos, o que significa que a partir de agora o afeto vale muito mais do que laços burocráticos. A possibilidade de escolher as pessoas com quem se quer viver – a chamada “nova família” – abre um leque variado de combinações possíveis em que o amor parece ser a chave do relacionamento.

É importantíssimo, nos nossos dias, que a família seja ressignificada com suas novas modalidades de relacionamentos. Não se pode entender que a família esteja em crise, como muito se escuta, mas sim que ela está passando por um processo de transformação diante das inúmeras mudanças sociais. Cada mudança existente na sociedade precisa de uma proteção maior do Estado, para que os conflitos sejam resolvidos da melhor maneira possível. Para isso, é de suma importância que a legislação acompanhe as mudanças sociais.⁴⁶

Percebe-se que a legislação do país não acompanha as mudanças havidas na família, gerando conflitos. Na falta de lei é aplicada a analogia, o que para os casos de família é difícil pela especificidade de cada caso.

No Brasil e no mundo, o homossexualismo está aparecendo em grande escala, pelo fato de as pessoas com a liberdade de expressão, tem se percebido o crescimento do homossexualismo no Brasil e no mundo.

E com isso tem gerado a constituição de uma nova família e assim gerando novos conflitos quanto a possibilidade de adoção por parte dos casais homossexuais.

Segundo Dias (2001, p.34),

⁴⁶ *Ibidem*, Op. Cit. p.7.

Comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida em comum, coabitação e laços afetivos, está-se à frente de uma entidade familiar, forma de convívio que goza de proteção constitucional, nada justificando que se desqualifique o reconhecimento dela, pois o só fato dos conviventes serem do mesmo sexo não permite que lhes sejam negados os direitos assegurados aos heterossexuais.

O relatado acima traduz que, são iguais perante a lei independentemente de sua opção sexual, tem os mesmos direitos e deveres de uma pessoa que é heterossexual.

4.1 Requisitos e exigências indispensáveis: avanço normativo

Como já é sabido, a Lei Fundamental tutelou implicitamente as uniões homossexuais consolidadoras de vínculos afetivo-solidários. Cumpre, então, desvendar a extensão dessa tutela, objetivando estabelecer os limites impostos ao reconhecimento da família homossexual, uma vez que a matéria ainda não foi regulamentada pelo legislador ordinário. Entre os direitos que defluem das relações familiares, o direito à adoção individual ou conjunta parece ter sido contemplado, por atender ao princípio constitucional do melhor interesse da criança⁴⁷.

Em suma, não se pode apegar simplesmente ao fato de uma pessoa ou duas em conjunto que se deseja adotar uma criança. O que se deve colocar na balança e o melhor interesse da criança e verificar o quanto uma família trará felicidade para ela.

A partir da promulgação da Lei 8.069/90, o princípio da proteção integral encontrou no vínculo jurídico afetivo da filiação, através da adoção, um reflexo de especial destaque, uma vez que não há paternidade, nem maternidade sem amor.⁴⁸

⁴⁷COSTA, Tereza Maria Machado Lagrota. *Adoção Por Pares Homoafetivos: Uma Abordagem Jurídica e Psicológica*. Ano 2006 f. 82, trabalho de conclusão de curso apresentado a Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior, p. 11. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/revistadirdocart_10005.pdf>. Acesso em 11/12/2011.

⁴⁸Idem, Op. Cit. p.11

Praticamente todas as pessoas iniciaram processo de adoção é porque realmente desejam ter uma criança, ou seja, realizar o sonho da maternidade e da paternidade e assim, formar uma família.

Conceito de nova família existente no país é assunto e deve ser tratado de forma especial por cada jurista, devendo ser analisado cada caso concreto e individualizado, dando a solução devida para cada um independente do grau de dificuldade.

Não obstante o homossexualismo, enfrentou grandes barreiras para chegar onde chegou, em seus direitos conquistados e assim chegando ao instituto adoção.

O preconceito constitui impecilho ao processo de adoção nenhuma forma e de maneira alguma, ainda mais quando se tratar do instituto adoção, que lida com futuro de criança e adolescentes, os quais serão o futuro do Brasil e do mundo, porque não existe lugar no mundo que não haja criança.

O futuro de um país está nas crianças e adolescentes, estes representa à alegria de um lar de transcende a imaginação daqueles que sonham noite e dia em ter um filho e não pode e quando há oportunidade se socorrem do instituto adoção, onde há milhares de crianças a espera de um pai e mãe e de um lar possa acolher com bastante carinho e amor e tudo aquilo que for necessário para que possa ser um cidadão de bem no futuro.

Existe adequada viabilidade de constituição do vínculo adotivo de filiação entre um menor e um casal de pessoas do mesmo sexo, desde que, acolhida a inicial, preenchidas todas as exigências legais e sendo favorável o resultado do estudo psicossocial, o juiz fundamenta o seu convencimento, como base na estabilidade de união homossexual, considerando-a, pois, pela aplicação analógica da legislação pertinente, uma união estável (conforme já se tem orientado parte da jurisprudência, para a concessão de outros direitos e efeitos diversos)⁴⁹.

Nesse parâmetro, analisa-se, não se é um casal formado por duas pessoas de sexo diferente, mas, sim, um casal estável de sexo diferente ou igual que tenha condições sociais e financeiras para adotar uma criança e lhe oferecer o necessário para seu desenvolvimento.

⁴⁹*Ibidem*, Op. Cit. p.11

O princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, em matéria de adoção, volta-se mais à estrutura emocional e ao comportamento sócioético-moral dos adotantes, do que às suas orientações sexuais.⁵⁰

Quando-se diz que o princípio da proteção integral volta-se na estrutura emocional, faz referencia no sonho que os adotantes têm vontade de realizar que é o sonho de ter uma criança em seu lar como filho, mas também no sentimento de amor que eles os mesmos têm para oferecer àquela criança.

Logo, são dispensáveis as celeumas sobre a possibilidade de adoção por homossexual solteiro, bem como as opiniões, preconceituosas, uma vez que não há no arcabouço jurídico nacional vedação neste sentido.⁵¹

Nesse quadrante deve se analisar não se é um casal de homossexual ou se é um solteiro com opção sexual diferente, mas deve se pesquisar o comportamento ético e deste, sem deixar de verificar o lado emocional.

O requisito mais relevante a família substituta, somente seja deferida quando há vantagens para o adotando e que seja fundada em motivos legítimos, como versa o art. 43 do ECA. Já o Código Civil, em seu art. 1.618, parágrafo único, destaca a solidez familiar e o efetivo benefício para o adotando.⁵²

Muitas vezes o adotando vive em abrigo sem opção de adoção, logo a possibilidade de adoção deve suprir esta falta.

Diante da vedação constitucional da discriminação de qualquer natureza e em razão de sexo, da qual se extrai a proibição do preconceito com base na orientação sexual, o ECA e o Código Civil não vedam a colocação de menores em famílias substitutas biparentais homossexuais.⁵³

⁵⁰*Ibidem*, Op. Cit. p.12

⁵¹*Ibidem*, Op. Cit. p.12

⁵²*Ibidem*, Op. Cit. p.12

⁵³*Ibidem*, Op. Cit. p.12.

Dessa forma, se todos os juristas agissem conforme prevêem os textos legais não olhando o lado discriminatório da sociedade, ficaria mais fácil uma criança ser adotada por uma pessoa ou um casal homossexual.

Na verdade, constituir um ambiente familiar adequado (emocional e materialmente equilibrado), que proporcione reais vantagens aos adotandos, não é prerrogativa somente de heterossexuais ou de relação afetiva de homem e mulher, mas de seres humanos realmente motivados, preparados para exercer a maternidade ou a paternidade.⁵⁴

O importante é a base que o casal oferece para o adotando, a começar da base emocional como afeto, carinho em seguida a estrutura educacional, social e financeira para que este tenha uma vida digna, sempre visando o melhor interesse da criança e deixar toda e qualquer forma de preconceito de lado.

Além dos art. 1.625, Código Civil e 43 do ECA, que sintetizam a preocupação, o legislador resguardou com a integral proteção do adotando e o seu equilibrado desenvolvimento, a regra fundamental do art. 29, ECA: “não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”. Por esta razão, evidenciam-se a responsabilidade e o poder conferido ao juiz que, “na aplicação da lei, deve, antes mesmo de se apegar demasiadamente às normas formais, perscrutar os superiores interesses do menor. Esta é a razão teleológica que deve ser buscada, incansavelmente pelo magistrado ao longo de todo o processo”.⁵⁵

Tanto o magistrado como os envolvidos no processo devem sempre buscar o melhor interesse da criança, deixando de lado outro problema que não seja grave de se para que àquele menor passe a ter um lar digno.

O requerimento para a adoção de menor a ser processado na Vara da Infância e Juventude, deve, necessariamente, atender aos requisitos para a colocação em família substituta, explicitados no art. 165 do ECA, que se aplicam à união homoafetiva, uma vez que

⁵⁴*Ibidem*, Op. Cit. p.12.

⁵⁵*Ibidem*, Op. Cit. p.14.

se trata de liame afetivo-familiar estável, independentemente do sexo dos que se relacionam. Esses podem ser qualificados e reconhecidos como companheiros, parceiros e conviventes. Evoluindo a doutrina e a jurisprudência, reconhecendo a relação sólida entre homossexuais como verdadeira união estável (já que, àquela, falta, no Brasil, outra qualificação específica, diante da ausência de lei federal regulamentadora da matéria), todos os qualificativos legais referentes aos amantes daquela união podem ser reconhecidos e, analogicamente, aplicados aos que se relacionam com pessoa do mesmo sexo de forma estável⁵⁶.

Sendo assim, não se deve discutir sobre questões relacionadas à heterossexualidade ou à homossexualidade, mas sim sobre questões relacionadas à vida do menor, não colocando na balança como que é constituída a família que deseja adotá-lo e, sim, o melhor interesse da criança.

⁵⁶*Ibidem*, Op. Cit. p.14.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos neste trabalho, a adoção nesse País necessita de maior atenção. O ordenamento jurídico brasileiro tem que acompanhar as mudanças acontecidas referente ao novo conceito de família, e além do mais a adoção no Brasil ainda acontece de forma ilícita, onde a criança é entregue a pessoas que não estão participando do cadastro para adotar uma criança.

“A adoção à brasileira” é a forma mais fácil dos casais que não conseguem cadastrar para entrar na fila de espera do processo de adoção realizar o sonho de terem um filho, é também uma solução mais fácil comparando com a adoção legal, por isso muito utilizada. As outras soluções são tratamentos dolorosos e caros.

O Estatuto da Criança e Adolescente trata da adoção, mas de forma tímida, não trazendo soluções para os conflitos gerados quando a adoção poderá ser feita por casais do mesmo sexo ou ainda só uma pessoa homossexual.

O Código Civil Brasileiro de 2002 também não traz, em seu texto legal, previsão explícita de adoção por casais do mesmo sexo e nem por uma pessoa só homossexual, mas diz: aquilo que não é vedado é permitido; mas o correto seria ter lei específica regulando tais matérias. No entanto o Código Civil brasileiro de 2002 traz os principais requisitos para que uma pessoa possa adotar.

Como já mencionado, o ordenamento jurídico precisa de mudanças, a fim de acompanhar a evolução da sociedade, e isso não é só no caso adoção, mas em diversas áreas isso diminuirá os conflitos nas decisões judiciais.

Todo e qualquer conflito, que chega a bater na porta do Judiciário, deveria ter a solução de forma mais rápida e precisa, para que não se desgastassem as partes de forma tão arrasadora, quando se trata de adoção.

O Estatuto da Criança e Adolescente traz em seus artigos 42§ 2º: A adoção por duas pessoas é admitida se elas forem casadas ou viverem em concubinato caso em que apenas uma delas deve ter, pelo menos, vinte e um anos, mantida a diferença de idade (adotante dezesseis anos mais velho que o adotando).

Nota-se nesse artigo a complementação dos requisitos exigidos no Código Civil Brasileiro, sem nenhuma especificação mais complexa de casos que intrigam o judiciário, que muitas vezes não traz a solução esperada pelas partes.

Deve-se primar pelo melhor interesse da criança, e pelo principio da proteção integral, não querendo discutir se adote negro, branco, homem, mulher ou homossexual; o importante é o bem estar daquela criança ou adolescente que necessita de um lar e de uma família que acolha com carinho e afeto e possua o necessário para seja um cidadão de bem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMB, Associação dos Magistrados do Brasil. *Cartilha passo a passo – Adoção de Crianças e Adolescentes no Brasil* – Campanha da AMB (associação dos magistrados brasileiros) em favor da adoção. São Paulo: Grupo Acesso – Estudos, Pesquisa e Intervenção em Adoção. Clínica Psicológica do Instituto *Sedes Sapientiae* de São Paulo, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual – Aspectos sociais e jurídicos*. Porto Alegre: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM, 2000.

_____. *Famílias homoafetivas*. Porto Alegre: Revista Brasileira de Direito de Família, 2002.

_____. *União homossexual, o Preconceito e a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Amor não tem sexo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERNANDES, José Nilton Lima. *A adoção internacional histórico, fundamento normativo e denúncias*. São Paulo: Universidade São Judas Tadeu, 2006.

GIL, Antonio Carlos. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*. 4ª Edição. São Paulo: Editora, 2002.

LAKATOS, Maria Eva; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia do trabalho científico*. São Paulo: Atlas, 1987.

LEONARDI, Sirlene SchettertHochmuller. *Adoção no Brasil: Análise da (IM) Possibilidade de Reversão da “Adoção à brasileira” para Adoção Legal no Brasil*. Itajaí, Universidade do Vale do Itajaí, 2006.

MASCHIO, Jane Justina. *A adoção por casais homossexuais*. São Paulo, ano 2002.

MARTINS, Fernandinho. *Pais fora do comum*. Rio de Janeiro, ano 2002.

ROCHA, Antonia Torres. *Da Adoção à Brasileira: Aspectos Relevantes*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

SANTOS, Leda Aparecida da Silva. *Adoção Internacional, a Convenção de Haia e a Normativa Brasileira*. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, 2008.

Endereços Eletrônicos

BENAZZI, Roberta Marques. *Da adoção à brasileira como adoção putativa ou como adoção imprópria?*. Membro da Comissão de Direitos da Criança e do Adolescente da OAB/SP. Disponível em: <www.oabsp.org.br/comissoes2010/infanto-juvenis/artigos05.pdf/download>. Acesso em 16 de junho de 2011.

BERNARDELLI, Nathalia; TESSARI, Natália Alves. *Aspectos jurídicos da adoção - nova lei facilita o processo*. Disponível <http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_22180/artigo_sobre_aspectos_jur%C3%8Ddicos_da_ado%C3%87%C3%83o_-_nova_lei_facilita_o_processo>. Acesso em 27 de junho de 2011.

BOCHNIA, Simone Franzoni. *Da Adoção: Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família*, ano 2008, 223 f. Dissertação (Pós Graduação em Direito) Universidade Federal Do Paraná. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/handle/1884/17098>>- acesso em 10/12/2011>. Acesso em 25/10/2011.

BRASIL. *Código Civil brasileiro: Lei nº. 10.406, promulgado em 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em 11/12/2011

BRASIL, *Constituição Federal* - Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 27 de Junho de 2011

BRASIL. *Decreto Lei nº. 2.848, de 07/12/1940. Código Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 27/06/2011.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei nº. 8.069, promulgada em 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em 11/12/2011.

Convenção de Haia. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php>. Acesso em 26/06/2011.

MORAES, Rosalina Rocha Araújo. *Adoção no Brasil*. Data de publicação: 04/09/2007. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/sociologia/adocao-no-brasil/>>. Acesso em 16 de Junho de 2011.

OLIVEIRA, Carlos Santos de. *A adoção e seus efeitos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9535-9534-1-PB.pdf>>. Acesso em 15 de maio de 2011.

REZENDE, Vilma Régia Ramos de. *Adoção à brasileira*. Curitiba: 1º. de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/344/86186/>>. Acesso em 16 de maio de 2011.

STJ - *Superior Tribunal de Justiça, 14 de Julho de 2009*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/noticias/exibir/11551/Adocao-a-brasileira-nao-pode-ser-desconstituída-apos-vinculo-de-socioafetividade>>. Acesso em 16 de Junho de 2011.