

ADOÇÃO À BRASILEIRA-O QUE PREVALECE: A APLICAÇÃO DA LEI OU O VÍNCULO AFETIVO?

PAZ, Christiane Antunes¹
LIMA, Carla Kelli Schons²

RESUMO:

A presente pesquisa trata de uma situação comum no cenário jurídico brasileiro, a adoção à brasileira. É uma prática considerada ilegal, e tem por definição a conduta de um indivíduo se declarar pai ou mãe de filhos de outrem. A adoção à brasileira é irregular frente à lei, no entanto, quem a pratica se justifica na morosidade processual, nas longas filas e na burocracia que o processo exige. Contudo, embora tal ação seja penalmente tipificada, muitas vezes, há uma chave mestra nessa cena: o vínculo afetivo. Há o amor empregado na constituição dessa família, a qual se formou em torno de uma adoção tida como ilegal no ordenamento jurídico pátrio. Os efeitos desta refletem na esfera da responsabilidade criminal, por se tratar do crime previsto no Artigo 242, do Código Penal brasileiro, contudo a jurisprudência tem flexibilizado a aplicação de pena em vista de preservar o melhor interesse para a criança, fundado no afeto familiar. Dessa forma, passou-se a analisar como um fundamento e princípio a socioafetividade, uma vez que tal instituto preserva o interesse da criança, conserva sua dignidade humana e garante seus direitos fundamentais, como o da convivência familiar. Os resultados vistos no presente trabalho levam a concluir que a adoção à brasileira, ainda que taxada como crime, tem sido criteriosamente analisada, em cada caso concreto para ratificar o vínculo socioafetivo e regularizar a modalidade, sendo que os fundamentos principais, como enfoque, sempre são de interesse do menor adotado.

PALAVRAS-CHAVE: Filhos do Afeto, Adoção à Brasileira, Socioafetividade.

BRAZILIAN ADOPTION - WHAT PREVAILS: LAW APPLICATION OR AFFECTIVE RELATIONSHIP?

ABSTRACT:

This research deals with a common situation in the Brazilian legal scenario, the Brazilian adoption. It is a practice considered illegal, and has by definition the conduct of an individual to declare himself the father or mother of another's children. The Brazilian adoption is irregular according to the law, however, those who practice it justify themselves in the procedural delay, in the long queues and in the bureaucracy that the process requires. However, although such an action is criminally typified, there is often a master key in this scene: the affective bond. The love employed in the constitution of this family, which was formed around an adoption considered illegal in the national legal system. The effects of this reflect in the sphere of criminal responsibility, as it is the crime provided for in art. 242 of the Brazilian Penal Code, however, jurisprudence has made the application of punishment more flexible in order to preserve the best interest of the child based on family affection. In this way, socioaffectivity was analyzed as a foundation and principle, since this institute preserves the best interest of the child, preserving their human dignity and guaranteeing their fundamental rights, such as family life. The results seen in the present work lead to the conclusion that the Brazilian style Adoption, although labeled as a crime, has been carefully analyzed in each specific case to ratify the socio-affective bond and regularization of the modality, and the main fundamentals as always focusing on the best interest of the adopted minor.

KEYWORDS: Children of Affection, Brazilian Adoption, Socio-affectivity.

¹ Acadêmica de Direito, pelo Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz (FAG), Servidora Pública do Município de Cascavel - PR. chrisanpaz@yahoo.com.br.

² Docente Orientadora do Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz (FAG). Coordenadora do grupo de pesquisa: Família e parentesco na Constituição dos sujeitos e função da jurisdição. carla_schons@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A adoção é um organismo de sumária importância dentro dos direitos humanos, posto que possibilita que uma criança ou um adolescente possa estar em um seio familiar.

Nesses termos, sabe-se que o processo de adoção no Brasil é rígido e lento, por essas e tantas outras razões, algumas pessoas ultrapassam dos tramites legais e buscam adoções irregulares, como é o caso da adoção à brasileira, nomenclatura dada à ação de tomar como seu; o filho de outrem.

No entanto, o Código Penal Brasileiro no art. 242 prevê que tal adoção é crime punível com reclusão de dois a seis anos. Além disso, se a adoção brasileira foi praticada por motivos de nobreza, a pena é de reclusão de um a dois anos, podendo somente o juiz deixar de aplicar a pena. Logo, a adoção à brasileira é tipificada como ilícito penal, e ainda que a conduta seja praticada com reconhecida nobreza (demonstre humanidade, altruísmo, generosidade por parte do agente), essa não deixa de ser taxada como crime. Encontra-se aí o cerne da questão, existe a possibilidade de regularização desse tipo de adoção? Ainda, o que prevalece: o crime ou vínculo afetivo?

O tema é polêmico e alcançou os tribunais que formaram jurisprudências opostas à previsão legal, sendo em face, do princípio do melhor interesse para criança e adolescente, tal como a primazia da relação afetiva construída durante o vínculo familiar, sustenta-se a análise acerca da manutenção do infante na família adotante.

Dessa forma, a matéria é de grande relevância, visto que dará rumo para magistrados que atuam nesses casos bem como ampliará o conhecimento de acadêmicos e futuros advogados que pretendem atuar nessa área. Para tanto, o desenvolvimento deste trabalho utilizará o método de pesquisa bibliográfica como base teórica.

Vale ressaltar que a presente pesquisa tem vínculo pessoal, visto a autora ser filha adotiva nessa modalidade. Dessa forma, buscou-se demonstrar que, em alguns casos, é a possível regularização da adoção à brasileira, prevalecendo o vínculo afetivo, sempre buscando o melhor para a criança e para o adolescente, em conformidade com a legislações vigentes.

2 ADOÇÃO À BRASILEIRA

A pesquisa aborda a adoção à brasileira dentro de seu conceito, suas características e seus aspectos como: criminalização, validade e aspectos legais da adoção.

A adoção à brasileira trata de pais e/ou mães que assim se declaram com filhos de outras pessoas. (PAULA, 2011). Embora careça de legalidade, é uma prática que ainda existe em nosso país.

Para Maria Berenice Dias (2022), o termo adoção à brasileira é termo pejorativo, pois se trata, na verdade, de uma adoção afetiva, sendo assim filiação socioafetiva. Além disso, a Professora entende que essa prática não deveria acontecer, posto que é considerada prática ilícita.

Consoante ensina Madaleno (2020), essa modalidade de adoção não é regulada pelo ordenamento jurídico brasileiro, tem berço axiológico que se baliza em valores morais, apoiando-se na doutrina e jurisprudência, sob o fundamento da paternidade e maternidade socioafetiva.

É uma prática antiga, antes chamada de perfilhar, expressão que caiu em desuso. Entretanto, a conduta em si permanece atual e recorrente. Não porque as pessoas querem cometer o crime tipificado pelo Código Penal (Art. 242), mas pelo vínculo afetivo construído. (DIAS, 2022).

De acordo com Carvalho e Hajj (2019), esse tipo de adoção pode ocorrer de duas formas: quando uma mãe, por seus motivos, seja financeiro, psicológico ou emocional, não querer ficar com a criança e entrega o seu filho recém-nascido para outra pessoa registrar como sendo seu; ou naquelas situações em que o homem, sabendo não ser o pai da criança, a registra em seu nome em razão do vínculo afetivo com a mãe e com o bebê.

Nessa modalidade de adoção não há a presença da formalidade, portanto, não há um processo judicial. É importante ressaltar que a adoção à brasileira é ilegal e passível de punição, de acordo com a legislação brasileira.

É característico dessa prática os adotados serem recém-nascidos, pela facilidade em realizar registro civil como sendo seu o filho, pois com uma criança maior não há como ocultar ou ludibriar o fato de que veio de uma adoção.

Nesses casos, os supostos pais, ao registrarem esses recém-nascidos, alegam para o Cartório de Registro de Pessoas que essas crianças nasceram em casa, com parteira, embora que tal alegação seja dificilmente aceita em grandes centros urbanos. (CASSETTARI, 2015).

Utiliza-se tal argumento, pois o Art. 50, da Lei de Registros Públicos, assevera que o registro de nascimento deve ser feito, via de regra, dentro do prazo de 15 (quinze) dias do nascimento. Caso exceda esse prazo, o Art. 46, da mesma Lei, dispõe que o requerimento de registro será assinado por 2 (duas) testemunhas, sob responsabilizações previstas em lei, e que, se o oficial do Registro Civil suspeitar da falsidade da declaração, poderá exigir provas suficientes, e quando essas forem ineficientes, encaminhará ao juiz.

Outra importante característica nessa adoção é o vínculo afetivo que é construído nessa relação social. Por conseguinte, é habitual que pais registrem filhos que não são seus biologicamente por amor à mãe do bebê e com isso, crie forte vínculo socioafetivo com a criança.

É também característico da adoção brasileira a longa fila de espera, esse argumento é utilizado como justificativa para tal conduta, bem como, a morosidade e burocracia do processo de adoção.

Conforme já apontado, a conduta em questão se trata de ato ilegal e está prevista no Art. 242, do Código Penal:

Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:
 Pena - reclusão, de dois a seis anos.
 Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:
 Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. (BRASIL, 1940).

Segundo Rógerio Sanches Cunha (2016), neste tipo de crime verificam-se quatro atos típicos: dar à luz filho alheio como próprio, registrar filho alheio como próprio, ocultar recém-nascidos, suprimir ou alterar direitos inerentes ao estado civil, e finalmente, o direito inerente de substituir os recém-nascidos, suprimir ou alterar o estado civil.

A conduta da adoção à brasileira é comum no meio social, e esse ato caracteriza crime contra o estado de filiação. Nesse sentido, o agente passivo principal é o Estado, os demais sujeitos passivos são os indivíduos lesados com o registro.

Consoante ficou consubstanciado no parágrafo único, ainda que a conduta seja praticada com reconhecida nobreza (demonstre humanidade, altruísmo, generosidade por parte do agente), essa não deixa de ser taxada como crime. Além disso, o juiz tem a possibilidade de deixar de aplicar a pena, ou seja, pode conceder uma sentença mais branda ou até mesmo absolver o acusado, caso considere que o motivo nobre justifique essa decisão.

Nessa esteira, embora esse tipo de adoção irregular não seja considerado, pelo senso comum como algo ruim, trata-se de uma conduta penal típica, a qual tem a finalidade especialmente de resguardar os interesses dos infantes. (SILVA FILHO, 2019).

A adoção perquire preservar a dignidade humana das crianças e dos adolescentes que se desenvolvem num ambiente familiar inadequado, ou aquelas que estão à mercê de abrigos, sendo dever do Estado zelar para que essa situação seja regularizada. (MAIA; LIMA, 2011).

O objetivo da adoção é proporcionar amparo familiar a crianças e adolescentes que estão sem qualquer base de apoio para desenvolvimento. A mais, com a adoção, busca-se a efetividade dos direitos constitucionais previstos no Art. 227, da Carta Magna, que é a convivência família e comunitária dos mesmos. Isso porque a convivência tem papel fundamental na formação integral da pessoa. (MAIA; LIMA, 2011).

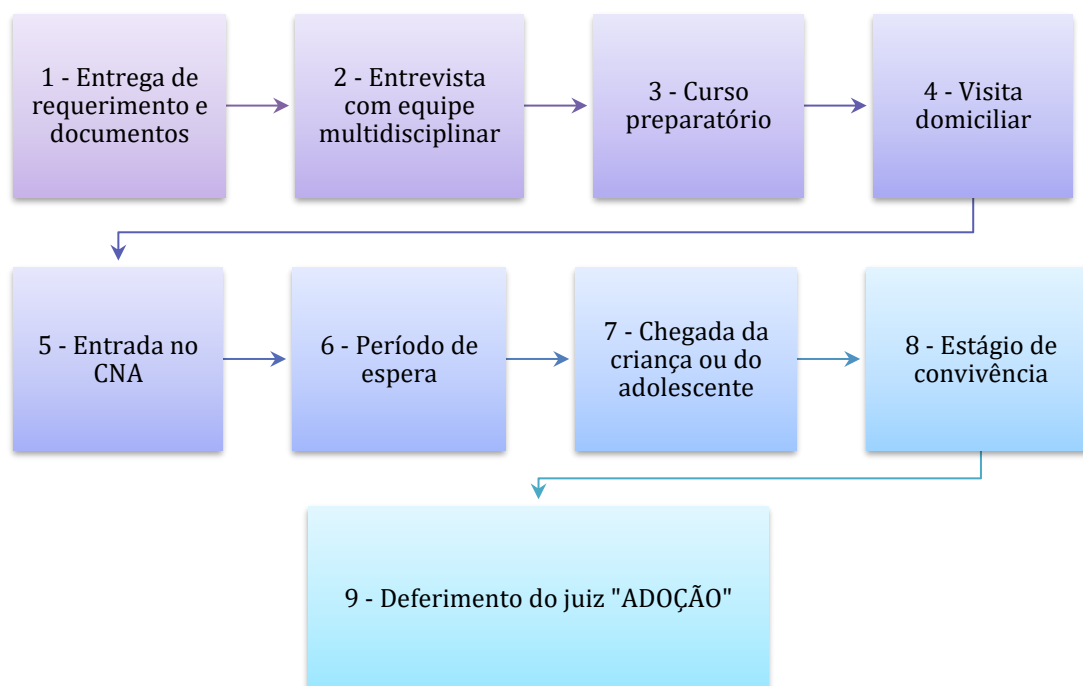
3 ADOÇÃO LEGAL

A adoção legal no Brasil é um processo jurídico pelo qual pessoas ou casal se tornam legalmente responsáveis por um menor de idade, conferindo-lhe todos os direitos e as obrigações inerentes à filiação biológica. É uma forma de proteger os direitos das crianças que não podem ser cuidadas pelos pais biológicos e dar a elas um ambiente familiar seguro e amoroso. A adoção legal atualmente é regulada pelos Artigos 39 a 52, do ECA, com vista a preservar os interesses do adotado.

A Lei Nacional nº 12.010/2009 trouxe em seu bojo alterações como a idade mínima para ser adotante, que era para maiores de 21 anos e passou para maiores de 18 anos, independentemente do estado civil, contanto que a diferença mínima entre as partes seja de 16 anos do adotado para o adotante. (BRASIL, 2009).

Para adotar legalmente, no Brasil, é necessário atender a uma série de requisitos legais, sendo o processo de adoção iniciado na Vara de Infância e Juventude, devendo passar por diversas etapas. A figura 01 é um exemplo das etapas que devem ser seguidas:

Figura 01 - Etapas do processo de adoção legal.



Fonte: De autoria própria (2023).

Ou seja, o processo da adoção se inicia com o cadastro do interessado, bem como a satisfação dos critérios legais, ainda, o interessado terá que passar por preparação psicossocial e jurídica. Após

essas etapas o Ministério Público irá dar seu parecer, o juiz irá proferir sua decisão e irá deferir o não o pedido de habilitação à adoção.

Além disso, existe um prévio estágio de convivência, por um período não superior a 90 (noventa) dias, que pode ser prorrogado por igual período por decisão fundamentada. Esse estágio é vital para analisar como a criança ou o adolescente responderá no âmbito familiar e averiguar se todos os direitos necessários à sua sobrevivência serão atendidos. (CARVALHO e HAJJ, 2019).

A habilitação do postulante à adoção tem validade por até 3 (três) anos, podendo ser renovada por igual período, importante é manter a habilitação válida e atualizada, a fim de evitar inativação do cadastro de adoção.

Nessa linha, tem-se que muitos enxergam a adoção como um processo extremamente burocrático e longo, mas todo esse procedimento que segue um trâmite legal, o qual é rígido para colocação do menor em família substituta, estabelece os direitos e as responsabilidades de ambas as partes, evita práticas ilegais e proporciona estabilidade emocional e jurídica para a criança adotada. É de suma importância seguir todas as orientações legais para garantir que o processo seja feito de forma ética e segura para a criança e para os pais adotivos.

4 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A parentalidade socioafetiva refere-se a um vínculo afetivo e social estabelecido entre um adulto e uma criança, independentemente dos laços biológicos. Ela reconhece que os laços parentais podem ser formados com base no amor, no cuidado e na responsabilidade, assumidos por um adulto em relação a uma criança, mesmo que não haja relação biológica entre eles. Reconhece que os parentes não se limitam aos laços biológicos, mas também podem ser construídos com base no afeto, na convivência e no compromisso mútuo.

Nesse sentido, Renata Vilela Multedo (2017) dispõe que há de ser examinado pelo julgador o caso em concreto, que não basta a simples anuência do suposto pai ou mãe socioafetivos com pedido de reconhecimento, mas sim, a existência e prática reiteradas de atos típicos da autoridade parental.

Esse tipo de parentalidade, geralmente, ocorre quando um adulto assume o papel de pai ou mãe em relação a uma criança que não é seu filho biológico, mas com a qual estabelece uma relação afetiva profunda. Pode ocorrer em diversas situações, como adoção, guarda compartilhada, famílias reconstituídas ou qualquer outra situação em que um adulto se torne responsável pelo cuidado e pela educação de uma criança, ou seja, implica em assumir as responsabilidades parentais, como prover sustento, cuidados básicos, educação, orientação e apoio emocional.

Como princípio constitucional e basilar, tem-se a dignidade humana, e com respeito a esse primordial princípio, orienta-se a outros princípios como o melhor interesse da criança, que visa zelar pelas necessidades dos menores como critério de interpretação da lei que deslinde os conflitos. (AMIN, 2010).

E é com a primazia do princípio citado, que se direciona a socioafetividade, em vista de melhor atender os interesses dos infantes, sendo o elo afetivo mais importante do que o biológico. Isso porque é fundamental para a criança e/ou o adolescente a manutenção do vínculo afetivo estabelecido.

O instituto da adoção é a *máxime* do princípio da socioafetividade, pois a afetividade é elemento indissociável a qualquer forma de vínculo. Além de que, a socioafetividade tem sido coadjuvante no que tange a redução da norma *pater is est*, isso porque tem, em seu bojo, a consolidação da posse do estado de filho como fulcro no afeto. (ALBUQUERQUE, 2005).

Para Renata Vilela Multedo (2017), a intervenção judicial e o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, trouxeram ao direito um desafio a adequar-se à nova realidade, na qual pais não são necessariamente os biológicos, mais sim aqueles que demandam comportamentos habituais da convivência familiar, aqueles que criam, educam, com o escopo de edificar a personalidade do menor. Pais e mães são aqueles que exercitam de fato a autoridade parental, devendo o juiz sempre analisar o caso em concreto, pois não é a mera expressão de sentimento de amor ou afeto que gera a parentalidade socioafetiva, deverá ser observado o melhor interesse do menor.

A adoção à brasileira traz à tona o debate do conflito entre a verdade biológica e a verdade socioafetiva na seara do vínculo paterno-filial.

Para o direito, a verdade biológica transmutou-se na “verdade real” da filiação em razão de fatores históricos, religiosos e ideológicos, os quais eram a base da concepção tradicional da família patriarcal e matrimonializada e da delimitação estabelecida pelo requisito da legitimidade. Logo, legítimo era o filho biológico, oriundo do fruto do matrimônio, os demais eram vistos como ilegítimos. Esse processo culminou na Constituição de 1988, que estabeleceu que todos os filhos têm os mesmos direitos e deveres, independentemente de sua origem.

Com isso, o conceito de legitimidade nas relações familiares perdeu seu sentido, uma vez que a origem biológica deixou de ser um requisito fundamental na maioria dos institutos do direito de família. Assim, o papel fundador da origem biológica na determinação da filiação foi relativizado, ou seja, deixou de ser considerado o único fator relevante na definição dos direitos e vínculos familiares. (LÔBO, 2004).

Reconhecer a origem consanguínea é uma parte importante da identidade de uma pessoa e pode ter significado e notoriedade para muitos indivíduos. No entanto, é igualmente verdade que o vínculo de afeto e cuidado não está necessariamente ligado à relação consanguínea, ou seja, por vezes pais biológicos não suprem a lacuna de afeto, mas pais socioafetivos acabam por fazer essa função. Independente da discussão acerca da paternidade socioafetiva ou biológica, o que se busca é a paternidade responsável, que atenda satisfatoriamente às necessidades dos filhos biológicos ou afetivos. (CALADO JÚNIOR, 2021).

Insta destacar que, por vezes, o vínculo genético não acompanha o vínculo afetivo, por conseguinte, a criança não pode estar no mundo apenas e tão somente a serviço da genética, mesmo porque, deve ser buscado o seu bem-estar, ora diretamente ligado ao tratamento afetivo que esta recebe. (BOTTEGA, 2020).

Para Belmiro Pedro Welter (2009), não reconhecer as paternidades genética e socioafetiva, simultaneamente – pois isso é possível em face da multiparentalidade – é refutar a existência tridimensional do ser humano, que se origina da dignidade humana, dado que a filiação socioafetiva é tão irrevogável quanto a biológica, por esse motivo deve-se conservar ambas paternidades, com o acréscimo de todos os direitos, já que ambas fazem parte da trajetória da vida humana.

A filiação socioafetiva já foi objeto de julgamento no Supremo Tribunal Federal, no sentido de haver a prevalência da filiação socioafetiva. “O reconhecimento da paternidade socioafetiva não impede o reconhecimento do vínculo de filiação paralelo ao biológica.”. (STF, RE 898060, Tema 622). Em outras palavras, mesmo que uma pessoa tenha estabelecido uma relação de paternidade ou maternidade socioafetiva com uma criança, isso não impede que o pai ou mãe biológicos também sejam reconhecidos legalmente como pais.

Com efeito, nota-se que o biologismo exacerbado passou a ser rebatido, ao passo que a doutrina e jurisprudência começaram a analisar um outro fundamento para a filiação: a afetividade. (BOTTEGA, 2020).

Então, a origem biológica presume o estado de filiação, independentemente de comprovação de convivência familiar. Por isso, a investigação da origem biológica é essencial para atribuir paternidade ou maternidade, bem como o estado de filiação. Contudo, no caso de estado de filiação não biológica, já composto na convivência familiar duradoura, constado no caso concreto, a origem biológica não poderá imperar. Isto é, a origem biológica não é pode contrapor ao estado de filiação já formado por outras causas e consolidado na convivência familiar. (LÔBO, 2004).

Acerca da adoção à brasileira de paternidade socioafetiva, o ministro Luís Felipe Salomão assevera que: “Apesar do ordenamento pátrio não apresentar uma determinação pacificada quanto à

‘adoção à brasileira’, quando existir um vínculo socioafetivo entre pai de registro e o filho registrado, não significa que o negócio jurídico vulgar estará sujeito a distrato por mera vontade, bem como a condição resolutiva consistente ao término do relacionamento com a genitora”. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.352.529 – SP. 3ª Turma, informativo nº 577 de 20 de fevereiro a 2 de março de 2016.)

Assim sendo, constata-se que a socioafetividade tem prevalecido mesmo que demonstrada a verdade biológica, pois o vínculo afetivo depois de formado não se dissipa, visto que pai e mãe não são apenas aqueles que transmitem a carga genética, mas também aqueles que exercem tal função no cotidiano.

Nesse sentido, Bottega (2020), afirma além que, o desempenho ininterrupto na função de pai e mãe, com a criação de laços afetivos recíprocos, a convivência, as demonstrações de afeto, o acompanhamento escolar, os cuidados médicos, a segurança familiar, tudo isso é sinônimo de suporte fático da filiação socioafetiva.

Consoante doutrina de Cassettari (2015), a socioafetividade constituída, no caso da adoção à brasileira, ainda que ilegal, não pode por esse motivo deixar de ser vista, pois ela gera efeitos jurídicos na vida das pessoas envolvidas.

A mais, não se trata de negar o vínculo biológico, mas de demonstrar que a filiação socioafetiva é uma realidade, que o direito e a sociedade não podem se emudecer, até mesmo porque a filiação socioafetiva merece igual tratamento da filiação biológica. (BOTTEGA, 2020).

4 BREVE ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DO STJ

Para a concretização da presente pesquisa, elegeu-se a metodologia de pesquisa jurisprudencial, que envolve coleta de dados de decisões proferidas por um juiz ou tribunal. Dessa forma, por se tratar de processos que tramitam em segredo de Justiça, não foi possível aprofundar ao caso em concreto, e com o intuito de limitar os resultados alcançados, foram selecionadas 03 (três) jurisprudências, sendo que em 02 (duas) as decisões tiveram o reconhecimento do vínculo afetivo, e 01 (uma) contrária, conforme será demonstrado.

O Direito de Família começa a atribuir singular importância (não à afetividade como declaração subjetiva ou obscura reserva mental de sentimentos não demonstrados), mas à noção do sentimento do afeto na vida familiar e na alteridade estabelecida no seio da vida comum. Realidade e percepção da realidade se tornam para o Direito de Família indispensável para a superação de paradigmas formalistas e patrimonialistas. (TEPEDINO, 2015).

Nessa toada, conforme a sociedade e os seres humanos evoluem, é imprescindível que o mundo das normas evolua e se aprimore em conjunto, com vista a acompanhar a transformação social.

Com efeito, a jurisprudência, mais do que a lei, acompanha rapidamente a sociedade do que o próprio legislador. Na temática em particular a jurisprudência diverge da lei, contudo, busca garantir os direitos fundamentais ao infante, veja-se:

HABEAS CORPUS. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR C/C COM ADOÇÃO. DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. CADASTRO DE ADOTANTES. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ORDEM CONCEDIDA. Ordem concedida. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 294.729/SP. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento em 07 ago. 2014.

No caso em exame, a avaliação realizada pelo serviço social judiciário constatou que a criança estava recebendo os cuidados e a atenção adequados às suas necessidades básicas e afetivas na residência do impetrante. Infere-se que, a fim de resguardar a proteção da criança, é concedida a ordem para que a mesma permaneça com os adotantes, ainda que tal adoção seja realizada da maneira ilegal, posto que, prefere-se primar pela socioafetividade do que pelo acolhimento institucional. No mesmo sentido veja-se:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE MENOR. APARENTE ADOÇÃO À BRASILEIRA E INDÍCIOS DE BURLA AO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO. PRETENSOS ADOTANTES QUE REUNEM AS QUALIDADES NECESSÁRIAS PARA O EXERCÍCIO DA GUARDA PROVISÓRIA. VÍNCULO SOCIOAFETIVO PRESUMÍVEL NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES DESENVOLVIDAS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. (STJ - HC: 385507 PR 2017/0007772-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 27/02/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/03/2018).

Na decisão colacionada, o entendimento foi a favor da pretensão liminar para determinar o retorno da menor à guarda dos impetrantes. Visto que ela, desde o nascimento, esteve em convívio da pretensa família adotante, recebendo todos os cuidados necessários, de modo que a sua brusca retirada do lar, para colocá-la em uma instituição pública, sob a supervisão de pessoas que ela não conhece, só deve ocorrer como medida extrema. E no caso dos autos, não há em juízo liminar, evidente risco à integridade física ou psíquica da paciente para justificar tal medida extrema. Ainda, há o convívio da menor com os pretensos adotantes. Por um significativo lapso temporal, induz em princípio, a provável existência de vínculo socioafetivo, devendo ser amparado juridicamente

Das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, nota-se que se fundam na doutrina da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Faz-se necessário analisar o caso concreto e apurar a situação real da criança, para de fato protegê-la integralmente, conforme se extrai da jurisprudência:

HABEAS CORPUS - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR E MEDIDA PROTETIVA DE ACOLHIMENTO

INSTITUCIONAL - ENTREGA IRREGULAR DO INFANTE PELA MÃE BIOLÓGICA A TERCEIROS - O ABRIGAMENTO É MEDIDA QUE SE IMPÕE, NO CASO - ORDEM DENEGADA. (STJ - HC: 439885 SP 2018/0053016-0, Relator: Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Data de Julgamento: 15/05/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/05/2018).

Na jurisprudência supracitada, a mãe biológica residente na Bahia, entregou a criança de forma voluntária ao casal residente no estado de São Paulo, ora impetrantes, os quais não possuíam qualquer vínculo com a criança e tampouco estavam inscritos no Cadastro de Adoção. Dessa forma, o entendimento foi contrário, não sendo reconhecido o vínculo afetivo, devido à pouca idade do infante, o pouco tempo de convívio com a criança, a ponto de formar, para o menor, vínculo indissolúvel. Entendeu o magistrado que em defesa do melhor interesse da criança seria o acolhimento institucional, ante a existência de fortes indícios acerca da irregularidade na conduta da genitora e dos impetrantes, ao afrontarem a norma regulamentadora da matéria sobre a proteção de crianças e adolescentes.

Desse modo, fica evidente que além de buscar preservar o melhor interesse da criança, bem como sua plena proteção, nota-se que os tribunais decidem caminhos, observando se os vínculos afetivos já se estreitaram ou não.

Além disso, em que pese seja indispensável considerar a socioafetividade, é de suma importância a análise do caso concreto, porque por detrás da adoção à brasileira pode incidir muitos ilícitos que, eventualmente, vão colocar crianças em risco.

Nesse sentido, o Ministro Luís Felipe Salomão elucidou em seu voto no Recurso Especial nº 1.167.993 - RS (2009/0220972-2), muito embora a "adoção à brasileira" não tenha intenção desinesta por parte de quem a praticou - na verdade, não raro é movida por sentimentos de elevada nobreza -, pode ser dispositivo de ilícitos, como por exemplo o tráfico internacional de crianças, sem contar que o interesse do menor não é avaliado, o que é o centro da atenção quando falamos em adoção. Então, por essa razão o ordenamento jurídico estabeleceu como crime "dar parto alheio como próprio, registrar como seu o filho de outra pessoa, esconder recém nascido ou ainda o substituindo, suprimindo ou alterando o direito inerente ao seu estado civil", conforme estabeleceu o art. 242 do Código Penal[...].

Sendo assim, deve ser criteriosamente estudado o caso em concreto, a fim de aplicar o melhor interesse da criança e sua proteção integral para preservar os laços socioafetivos que realmente existam, com o fito de resguardar a família que a afetividade criou.

Diante do exposto, revela-se a importância da presente pesquisa, pois de um lado o melhor interesse da criança deve ser reservado, de outro, não se deve ignorar que a adoção à brasileira infringe a lei, sob pena de incentivo de práticas ilegais e desestímulo àqueles que optam pela adoção legal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa propôs responder a seguinte indagação: Na adoção brasileira o que prevalece: a aplicação da lei ou vínculo afetivo? Nesse âmbito, buscou-se a realização de uma revisão doutrinária, apresentando-se diversos elementos bibliográficos importantes para a temática selecionada.

Em termos de definição, constatou-se que a adoção a brasileira é um tema comum no judiciário, assim como a justificativa de quem a pratica. Além de burlar os procedimentos legais estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei Nacional de Adoção, tal conduta é tipificada com crime no Código Penal, porém existe a possibilidade de um ato ilícito e nulo, tornar-se lícito e não ser passível de punição.

Não obstante, caso haja elementar preocupação, se por detrás do instituto em estudo, tem-se ilícitos ocorrendo, é ainda mais precioso resguardar o laço afetivo que a família socioafetiva gerou.

Portanto, é fundamental que as adoções sejam feitas dentro da lei. O processo legal de adoção é regido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que estabelece uma série de procedimentos que devem ser seguidos para garantir que a adoção seja realizada de forma justa e adequada. É um processo que envolve diversos profissionais, como assistentes sociais, psicólogos e juízes, que trabalham juntos para avaliar a situação da criança e garantir que ela seja entregue a uma família que possa oferecer-lhe um ambiente seguro e acolhedor.

De toda forma, é primordial o estudo do caso em concreto, pois se sabe que o infante pode estar em situação de risco, eis que se sabe que há casos como tráfico de crianças e o sistema não pode ficar à mercê de tal crime. Todavia, é determinante visar o bem-estar e a proteção da criança, que por vezes, será melhor atendida em uma família criada pelos laços da afetividade, ainda que irregular perante a legislação brasileira.

O entendimento majoritário é que a filiação socioafetiva, quando comprovada sua constituição, que exige um tempo considerável de convivência, deve prevalecer, ainda que em descompasso com a verdade biológica, como forma de proteção integral para criança e para o adolescente. Assim caberá ao juiz analisar o caso em concreto, sendo que levará em consideração o melhor interesse do menor.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. **Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente**. In: Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. Cood. Kátia Maciel. 4 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. "**Adoção à Brasileira**" e a Verdade do Registro Civil. Anais - V Congresso Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM. 29/10/2005. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/14.pdf>. Acesso em 08 Out 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça: **Como adotar uma criança no Brasil: passo a passo**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/passo-a-passo-da-adocao/> Acesso em 07 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus** nº 294.729/SP. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento em 07 ago. 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1335699&num_registro=201401146249&data=20140829&formato=PDF. Acesso em: 01 jun. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça STJ - **Habeas Corpus**: (STJ - HC: 385507 PR 2017/0007772-9, Relator: Ministra Nancy Andriighi, Data de Julgamento: 27/02/2018, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 02/03/2018). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/552343962/inteiro-teor-552343985>. Acesso em 07 maio de 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.167.993 - RS (2009/0220972-2)** Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 18 de dezembro de 2012(Data do Julgamento). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=25310712&tipo=91&nreg=200902209722&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20130315&formato=HTML&salvar=false>

_____. STJ. **Habeas Corpus. Estatuto Da Criança E Do Adolescente - Ação De Destituição De Poder Familiar**. HC 439885 / SP Habeas Corpus 2018/0053016-0. Ministro Lázaro Guimarães. 4a Turma. Data de julgamento: 15/05/18. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/860129042> acesso em 07 Maio 2023.

BOTTEGA, Clarissa. **Adoção à brasileira: um caso de reconhecimento do afeto como valor jurídico**. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

CALADO JÚNIOR, Cleto da Costa. **Relações De Afeto E O Reconhecimento Da Adoção À Brasileira**. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea. Salvador, 2021. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/4731/1/DISSERTACAOCLETOCALADOJ%C3%A9NIOR.pdf>. Acesso em 07 Out 2022.

CARVALHO, Tâmara Monteiro; HAJJ, Hassan. **Adoção À Brasileira: Caracterização De Ato De Amor E Nobreza**. Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça/RJDSJ. v. 7, n. 1, nov/18-jan./19. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/3249/2675>. Acesso em 07 Out 2022.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial** (arts. 121 ao 361). 8 Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do Afeto**. 3 ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Artigo vinculado ao IBDFAM, Data de publicação: 23/03/2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/126/Direito+ao+estado+de+filia%C3%A7%C3%A3o+e+direito+%C3%A0+origem+gen%C3%A9tica%3A+uma+distin%C3%A7%C3%A3o+necess%C3%A1ria>. Acesso em 15 Out 2022.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10 eds. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAIA, Renato; LIMA, Ricardo Alves de. **Adoção E Direitos fundamentais**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 58, p. 261-290, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/162/149>. Acesso em 07 Out 2022.

_____, Renato; LIMA, Ricardo Alves de. **Adoção E Direitos fundamentais**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 58, p. 261-290, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/162/149>. Acesso em 07 Out 2022.

MULTEDO, Renata Vilela, **Liberdade e Família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: 2017.

PAULA, Tatiana Wagner Lauand de. **Adoção à Brasileira: registro de filho alheio em nome próprio**. Curitiba: Jurua, 2011.

SILVA FILHO, A. M. da. **Adoção: regime jurídico: requisitos, efeitos, inexistência, anulação**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **Dilemas do afeto**. Artigo vinculado ao IBDFAM, Data de publicação: mar.abr.,2016. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/233.pdf>

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional no Direito de Família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva**. Decisão comentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Revista do Ministério Público do RS. n. 62. nov. 2008 – abr. 2009. Pág. 9-25. Porto Alegre: 2009. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246467677.pdf. Acesso em 15 Out 2022.