

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

LUCIANA COSTA POLI

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito de família e sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Luciana Costa Poli, Valéria Silva Galdino Cardin, Tereza Cristina Monteiro
Mafra – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-086-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito de família. I.
Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo
Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

Apresentação

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos aos leitores o livro, resultante da reunião de artigos do grupo de trabalho de Direito de Família e Sucessões I, selecionados no XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, promovido em conjunto pelo CONPEDI e pelos Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Universidade Fumec e Escola Superior Dom Helder Câmara com apoio da CAPES e CNPq, com o tema A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI, realizado em Belo Horizonte - MG, entre os dias 11 a 14 de novembro de 2015.

Temos o prazer e o orgulho de prefaciar essa obra que reúne o primoroso e instigante conjunto de trabalhos resultantes de pesquisas e estudos elaborados por pesquisadores de diversas instituições de ensino superior do país, que foram previamente selecionados para apresentação neste grupo de trabalho.

Foram abordados uma pluralidade de temas, cuja acurada análise mostra-se extremamente relevante para a consolidação de respostas eficazes aos problemas atinentes ao direito de família, suscitados pela complexidade da vida social contemporânea, pelo rápido desenvolvimento da ciência e da tecnologia e ainda na busca da sistematização das decisões dos tribunais.

Como o arguto leitor poderá observar, os artigos reunidos traduzem uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos do direito de família, aliados a uma visão crítica e reflexiva da atual da jurisprudência de nossos tribunais. Os textos são enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira, a possibilitar um intercâmbio essencial na busca de soluções para a incompletude e as imperfeições do sistema jurídico brasileiro.

A obra reflete o cuidado dos autores em investigar os contornos principiológicos do direito de família e das sucessões conformando-os aos ditames do Código Civil e da Constituição da República de 1988. São enfrentadas questões intrincadas como adoção por casais homoafetivos, indenização por dano moral no direito de família, dentre tantos outros.

O conjunto de textos ora publicado não tem a pretensão de trazer respostas definitivas às tormentosas questões jurídicas que envolvem o direito de família contemporâneo, mas é inegável que constitui expressivo contributo para levar adiante o trabalho sistemático e desafiador que a comunidade acadêmica brasileira vem empreendendo para dinamizar a compreensão e aplicação do direito de família e de sucessões

As discussões travadas traduziram a necessidade de se verter no ordenamento não apenas a aplicação fria e estéril da lei, mas principalmente as decorrências, implicações ou exigências dos princípios insertos no Texto Constitucional.

Na oportunidade, os Organizadores prestam suas homenagens e agradecimentos a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra, pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos que propiciaram essa obra coletiva de excelência.

O livro é um convite a uma leitura prazerosa de diversos nuances do Direito de Família, apresentado nessa obra com todo o dinamismo que lhe é característico. Denota a obra um amadurecimento acadêmico e o comprometimento com a formação de um pensamento crítico a fomentar uma análise contemporânea do Direito de Família e de Sucessões como importante instrumento de efetiva implantação dos princípios constitucionais que devem orientar o legislador no disciplinamento das vicissitudes que afetam a dinâmica da vida em sociedade.

Há que se reconhecer que a realidade jurídica deve ser socialmente construída, abarcando perspectivas multidimensionais, pluralísticas e de maior sensibilidade, a posicionar a objetividade e a racionalidade em um plano periférico.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo labor dos pesquisadores do direito de família e de sucessões, visando ainda o incentivo a demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

Profa. Dra. Luciana Costa Poli

PUCMINAS

Profa. Dra. Tereza Mafra

Faculdade de Direito Milton Campos

Profa. Dra. Valéria Galdino

Cesumar

DO INGRESSO DA ADOÇÃO À BRASILEIRA NO REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS

THE ENTRY OF BRAZILIAN ADOPTION IN CIVIL REGISTRY

Carolina Catizane de Oliveira Almeida

Resumo

O presente artigo trata da denominada adoção à brasileira, expressão utilizada pelos tribunais pátrios para indicar a adoção realizada sem o cumprimento dos requisitos legais. Uma vez que a referida prática é ilegal, ao revés da adoção legal, esta por si só não é capaz de suprimir os vínculos existentes entre o adotado e seus familiares biológicos, em conforme o Estatuto da Criança e Adolescente e a Carta Magna de 1988, mas ainda assim teria o condão de provocar efeitos jurídicos. Assim, a partir de estudo crítico de tais instrumentos normativos, à luz do princípio do melhor interesse do menor e da jurisprudência pátria dominante, tem-se por objetivo analisar as consequências legais de tal modalidade de adoção que, embora seja ilegal ainda ocorre em nosso país. Este trabalho trata ainda de avaliar a legislação a respeito e ponderar se haveria a possibilidade de sua conversão para a modalidade de adoção legal. A partir da proposição apontada, tem-se por escopo realizar também estudo atento acerca das entidades familiares contempladas pela CR/1988; da filiação e do parentesco em conformidade com o CC/ 2002; das formas de adoção atualmente existentes, seus efeitos e requisitos, bem como suas consequências; mensurar os impactos da prática da adoção à brasileira perante o Registro Civil das Pessoas Naturais, e por fim, avaliar se a Teoria da Inexistência do Ato Jurídico seria aplicável aos casos em que a adoção realizada à margem da lei.

Palavras-chave: adoção à brasileira, Adoção, Entidades familiares, Princípio do melhor interesse do menor

Abstract/Resumen/Résumé

This article focuses on the so-called "Brazilian adoption", an expression used by Brazilian courts to indicate the adoption held without compliance of legal requirements. Since this practice is illegal, instead legal adoption, "Brazilian adoption" by itself is not able to suppress the links between the adopted and their biological family, according to the Statute of Children and Adolescents and the 1988 Constitution, but still have the power to cause legal consequences. Thus, this work argues basically on the study of its legal instruments, considering Brazilian Constitution, the principle of minor best interest and the dominant jurisprudence. This paper also intends analyze the legal consequences of such "mode" of adoption, pointing out the normative and doctrinal understanding on the issue and consider whether there is a possibility of it conversion to legal adoption. From the pointed proposition, it is also necessary to perform carefully study about family entities according Brazilian

Constitution of 1988; affiliation and kinship in accordance with Civil Code of 2002; currently modalities of adoption, its effects and requirements, as well as their consequences; measure the entry of "Brazilian adoption" in Civil Registry and finally evaluate whether the Theory of Legal Act Absence would be applied to cases of adoption held outside the law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: brazilian adoption, Adoption, Family entities, Principle of minor best interest

1- Introdução

A chamada “adoção à brasileira” dá-se nos casos em que, por ocasião do registro civil, um indivíduo declara como sendo seu filho biológico, pessoa que de fato, não o é. Tal expressão não se trata de terminologia legal, mas de termo criado pela jurisprudência, usado para nomear os casos em que a “adoção” não observa as exigências legais.

Por isso mesmo, uma vez que a “adoção à brasileira” está à margem da lei, essa não tem o condão de extinguir os vínculos existentes entre o adotado e os seus parentes biológicos como tem a adoção legal, nos termos fixados pelo Estatuto da Criança e Adolescente¹. Assim, é relevante o estudo de suas consequências legais à luz dos tipos legais existentes e do princípio do melhor interesse do menor, da doutrina e jurisprudência hodiernas.

O adotado por esta via, ao oposto do indivíduo legalmente adotado, ainda que por anos acredite ser o adotante o seu verdadeiro pai, tem o direito de ter revisto o registro ilicitamente realizado e ter restaurado todos os direitos inerentes à paternidade biológica, tanto no que concerne ao registro, quanto ao que diz respeito a direitos patrimoniais e hereditários.

Não é demais lembrarmos que, muito embora tal atitude esteja tipificada no artigo 243 do Código Penal Brasileiro² como crime, com previsão de reclusão de dois a seis anos, essa é ainda prática corrente no Brasil, razão pela qual é relevante o estudo mais aprofundado do tema em comento, bem como a realização de análise atenta de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

É também importante apresentar o entendimento legal e doutrinário no que diz à “adoção à brasileira”, que, embora esteja revestida de ilegalidade é prática corrente em nosso País e, por isso mesmo, gera efeitos jurídicos.

A partir da premissa aventada, surge ainda a necessidade de analisar as hipóteses de adoção atualmente existentes no ordenamento jurídico pátrio, bem como avaliar a legislação pertinente e ainda, se haveria a possibilidade de conversão desta em modalidade legal de adoção, tendo em vista o melhor interesse do adotado.

Para o alcance dos objetivos propostos, primeiramente, pretende-se examinar as modalidades de entidades familiares à luz da Constituição da República de 1988 e, a partir dessa explanação, apresentar e conceituar as modalidades de adoção contempladas pelo

¹ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, publicação 16 jul de 1990, retificação 27 set de 1990.

² BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, publicação 31 dez 1940, retificação 03 jan de 1941.

ordenamento jurídico, tanto para a adoção de menores, quanto para a adoção de maiores (Estatuto da Criança e do Adolescente³).

O presente trabalho propõe-se, ainda, a demonstrar os meios de ingresso da chamada “adoção à brasileira” no Registro Civil das Pessoas Naturais, seja por ocasião do registro da criança, seja por ocasião do reconhecimento de paternidade que, a partir dos Provimentos de números 12 e 16 do Conselho Nacional de Justiça e da implantação do programa Pai Presente, pode dar-se a qualquer momento.

Para operacionalizar o presente trabalho, serão apresentadas noções introdutórias acerca do procedimento legal de adoção e as formas de ocorrência da chamada “adoção à brasileira”, além de suas consequências jurídicas e prováveis efeitos no campo do Serviço Registral das Pessoas Naturais e, por fim, ponderar acerca da possibilidade ou não de sua conversão para a adoção legal.

2- Das Entidades Familiares na CR/1988⁴

No Brasil atual, a par das entidades familiares legalmente protegidas, são diversas as modalidades de unidades familiares existentes. Embora a conceituação do que vem a ser família seja variável, em um ponto é unânime: a família de fato constitui a base de toda a sociedade, gozando por isso mesmo, de especial proteção do Estado.

Assim, acertada a conceituação de Moacir César Pena Jr.⁵, para o qual a família é união afetiva de pelo menos duas pessoas, ligadas pelo parentesco ou não vivendo sob o mesmo teto ou não, onde cada uma desempenha uma função, não importando a sua orientação sexual, tenham ou não prole, e que buscam a felicidade por intermédio da comunhão de interesses pessoais, espirituais e patrimoniais – mantendo esse vínculo, apoiado na solidariedade, na fraternidade, no respeito mútuo, na lealdade, na sensualidade, na afeição e no amor.

A proteção constitucional da família no Brasil iniciou-se com a promulgação da Constituição da República de 1934, tal Carta Constitucional estabeleceu que União, Estados, Distrito Federal e Municípios eram os responsáveis pelo amparo da maternidade, infância, e também pelo auxílio às famílias com muitos filhos, além de serem os responsáveis pela

³ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, publicação 16 jul de 1990, retificação 27 set de 1990.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988.

⁵ JUNIOR. Moacir César Pena. **Direitos das Pessoas e das Famílias: doutrina e jurisprudência**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

proteção da juventude tanto no que dizia respeito à exploração quanto ao abandono físico e intelectual. À época a família legal era apenas aquela constituída pelo casamento.

A Constituição de 1937, por sua vez, instituiu a educação integral dos filhos como dever dos pais, cabendo a esses nos casos de necessidade, a provocação do Estado em seu auxílio. Tal constituição manteve ainda a indissolubilidade do casamento. Igual entendimento sobre o tema é encontrado nas Constituições da República de 1946, 1967 e 1969. Até então era o casamento o exclusivo meio para consolidação da família.

A Emenda Constitucional 9 de 1977, inovou ao permitir a dissolução do casamento, mas o manteve como única forma legalmente protegida para consolidação da família.

Assim, apenas com a Carta Magna de 1988 o Direito de Família no Brasil sofreu profundas modificações. Em tal ocasião o casamento deixou de ser o único meio para composição de uma família, sendo enfim incluídas em nosso ordenamento outras entidades familiares.

Hoje, são unidades familiares presentes no Brasil, dentre outras, as seguintes: *a.* homem e mulher com vínculo de casamento e filhos biológicos; *b.* homem e mulher, com vínculo de casamento com e sem filhos biológicos ou apenas com filhos não biológicos; *c.* homem e mulher em união estável com filhos biológicos; *d.* homem e mulher em união estável sem filhos biológicos; *e.* família monoparental com filhos biológicos; *f.* família monoparental com filhos adotivos; *g.* irmãos convivendo sem os pais ou, avós e netos ou, tios e sobrinhos; *h.* pessoas sem parentesco que convivem juntas, com a presença da afetividade e assistência mútua; *i.* uniões homossexuais; uniões concubinárias e, *j.* famílias com os chamados “filhos de criação”, que não têm quaisquer ligações biológicas nem adotiva e abrangem também as relações entre padrastos e enteados.

É certo que os modelos apresentados nas letras “a” a “f” possuem proteção legal, eis que abrangidos pelas entidades familiares constitucionalmente protegidas, quais sejam, casamento, união estável e a entidade monoparental. Resta então, saber se as demais unidades familiares são também tuteladas pela legislação vigente.

Para configuração de uma entidade familiar algumas características são fundamentais, são essas as seguintes: afetividade, estabilidade, convivência pública e duradoura. Ademais, a constituição de uma família é objetivo primordial de uma entidade familiar.

Nos termos do artigo 226 da CR/88 são tutelados os direitos apenas das três modalidades alhures enumeradas. Tal entendimento é o que prevalece entre os civilistas. Isso é dizer que, o rol de entidades familiares, constitucionalmente previsto, seria taxativo.

O artigo 226 da CR/88 estabelece o seguinte:

Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§1º. O casamento é civil e gratuita a sua celebração.
§2º. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.
§3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.
§4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
§5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
§6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.
§7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
§8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

No entanto, o *caput* do referido artigo não faz qualquer remissão a um tipo familiar específico. Dessa maneira tem-se que os tipos familiares contidos no artigo 226 são enumerativos, estando as demais entidades familiares também incluídas no conceito de família.

A família como base da sociedade não se trata de inovação constitucional, já que por longos anos a sociedade teve como pilar o casamento.

No entanto, na família de outros tempos, valia o que era determinado pelo patriarca. Filhos e esposa ocupavam posição secundária e nesse modelo familiar, casais homossexuais sequer eram considerados, à época sequer se cogitava a inserção desses últimos na sociedade.

A CR/88 inovou na medida em que, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana e ainda, nos anseios de alcançar a igualdade e a conexão, passou a conduzir todos a um novo modelo a fim de que todos possam se desenvolver e prosperar integrados à família.

3- Do Parentesco e da Filiação

3.1- Do Parentesco

O parentesco é o vínculo jurídico existente entre pessoas que têm mesma origem biológica; entre um cônjuge ou um companheiro e os parentes do outro; e as pessoas que tem entre si um vínculo civil. São três as modalidades de parentesco admitidas no ordenamento brasileiro: parentesco consanguíneo ou natural, parentesco por afinidade e, parentesco civil. A adoção constitui forma tradicional de parentesco civil, (FLÁVIO TARTUCE, 2012).

Nas palavras de Paulo Lôbo⁶:

(...) o parentesco tem origem na consanguinidade e em outros fatores considerados pelo direito como constitutivos de relações de famílias socioafetivas, tais como a adoção de uma pessoa por outra, a concepção mediante utilização de material genético alheio, a posse de estado de fato de filiação, e, para muitos o casamento e a união estável.

(...) no direito brasileiro, após a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, não há mais parentesco adotivo, pois, após a consumação da adoção por decisão judicial, o filho é igual aos demais consanguíneos dos pais que o adoraram, rompendo-se integralmente os laços com a família de origem.

(...) Após a Constituição de 1988, não mais se admite discriminar o parentesco em legítimo ou ilegítimo.

Nos termos do artigo 1.593 do Código Civil/2002⁷ existem dois tipos de parentesco, a saber, o parentesco natural e o parentesco civil. O primeiro é o decorrente da consanguinidade, é o parentesco biológico. O segundo é o parentesco por afinidade, decorrente do casamento e da união estável. Por intermédio desse tipo de parentesco, tornam-se parentes por afinidade os parentes do cônjuge ou companheiro. Além dessas duas modalidades, são ainda espécies de parentesco civil os casos de adoção, inseminação heteróloga e também a posse do estado de filiação.

Assim, são modalidades de parentesco: o parentesco em linha reta, o parentesco colateral e o parentesco por afinidade.

Os parentes em linha reta, nos termos do artigo 1591 do CC/02 são as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes. Tal parentesco é infinito, mas os parentes mais próximos preferem-se aos mais remotos.

Tal modalidade é de especial importância para o Direito Civil, em especial no que diz respeito às sucessões e obrigações. É que é a linha reta que definirá a ordem de preferência no que diz respeito à vocação hereditária, sucedendo em primeiro lugar os descendentes para, em seguida sucederem os ascendentes.

Já o parentesco colateral está definido no artigo 1592 do CC/02, que fixa que são parentes em linha colateral ou transversal, até quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco sem que descendam umas das outras. Ou seja, tal modalidade alude à ancestralidade comum.

Embora o parentesco em linha reta seja infinito, a linha colateral por definição legal é finita, findando-se no Brasil no quarto grau. Ademais, não há que se falar em parentesco colateral em primeiro grau, já que tal parentesco conta-se sempre a partir do ascendente

⁶ LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4.ed.São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 jan. 2002.

comum. Assim, haverá sempre, no mínimo dois graus e três pessoas arroladas. Ao fixar o parentesco colateral em até quarto grau, o Código Civil trouxe uniformidade para relação de parentesco colateral, até mesmo para os fins sucessórios e de proteção aos direitos da personalidade. São parentes colaterais: tios, sobrinhos e primos.

Conforme preceitua o artigo 1.521 do Código Civil/2002, não podem se casar os ascendentes com os descendentes, tanto nos casos do parentesco civil quanto natural, os parentes por afinidade em linha reta, o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem foi cônjuge do adotante, os irmãos unilaterais, bilaterais e adotados e, os colaterais até o terceiro grau.

3.2- Da Filiação

A filiação é a relação de parentesco estabelecida entre pais e filhos, independentemente de sua origem, seja afetiva ou biológica.

A CR/88 acabou de vez com a desigualdade no tratamento dos filhos, com a introdução do princípio da igualdade entre os mesmos, pondo termo a qualquer discriminação até então vigente.

Sobre a questão veja-se o §6º do artigo 227 da CR/88:

Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Nos termos do artigo 1.596 do CC/02, 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.

Tais dispositivos consagram o princípio da igualdade entre filhos. Dessa maneira, restou superada a discriminação entre filhos, anteriormente existente conforme estabelecia o artigo 332 do Código Civil de 1916⁸, cuja redação era:

O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção.

⁸ BRASIL. Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 19 abr. 1941.

Antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, tal dispositivo foi revogado por ocasião da Lei 8.560/1992⁹, que regulamentou o procedimento de investigação de paternidade nos casos de filhos havidos fora do casamento.

Dessa maneira, tem-se que todos os filhos são iguais, sejam eles havidos durante o casamento ou não. Desse modo, expressões como “*filho adulterino, incestuoso, espúrio ou bastardo*” foram absolutamente extirpadas do ordenamento jurídico vigente, utilizando-se a expressão “*filhos havidos fora do casamento*” tão somente para fins didáticos, uma vez que todos os filhos são iguais.

Nessa esteira de evolução das normas, no que tange à filiação, causa perplexidade o que fixa o artigo 1600 do Código Civil ao fixar que “*Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado para ilidir a presunção legal da paternidade*”. Ou seja, a afirmação da mãe de que o seu marido não é o pai da criança não é suficiente, uma vez que outras provas e fatos devem ser considerados, exemplificativamente, a realização do exame de DNA.

Perfilha-se o entendimento de que tal norma ocasiona problemas práticos, especialmente nos casos de casais separados de fato há bastante tempo, em que a mulher viva com outro homem. Até mesmo nesse caso, sua declaração não seria suficiente para afastar a presunção legal de paternidade do marido, assim a solução mais adequada seria que a legislação tivesse dispositivo que afastasse a presunção legal em tais casos.

Também sobre o tema e, não menos criticado é o artigo 1601, que estabelece o seguinte:

Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.
§ Único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito a prosseguir com a ação.

A crítica feita a tal dispositivo é que, com a imprescritibilidade da ação, a paternidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filiação, queda por inteiro desamparada.

Importante lembrarmos que, nos casos de inseminação artificial heteróloga autorizada pelo marido, o artigo 1601 do CC não deverá ser aplicado, uma vez que, nesses casos a presunção é absoluta (a respeito, veja-se o Enunciado 258 CJP/STJ). Tal artigo gera dificuldade para duas novas modalidades de parentesco civil, por tal razão, já existem propostas para que o referido dispositivo seja modificado.

Nos termos do enunciado 339 CFJ/STJ, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, o rompimento da paternidade socioafetiva em detrimento do melhor interesse do filho deve ser

⁹ BRASIL. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 30 dez. 1992.

vedado. Tal entendimento é seguido pela jurisprudência dominante, conforme veremos mais adiante, no tópico a ela destinado.

Conforme a doutrina dominante, atualmente são três as modalidades de filiação existentes. São modalidades de filiação: a filiação biológica, que é a filiação consanguínea; a filiação registral, que diz respeito aos pais que constam no assento de nascimento e, a socioafetiva que tem por fundamento o afeto.

Para o ordenamento jurídico, mais do que o material genético ou a paternidade e maternidade constantes do registro, importa saber se há a relação de afeto em tal relação. Assim, as normas legais concernentes à filiação estão sujeitas aos princípios constitucionais, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em conformidade aos dispositivos do CC/02, casos há de presunção de filiação. Tal ocorre no caso de filhos concebidos na constância do casamento, desde que nascidos, pelo menos cento e oitenta dias após o estabelecimento da convivência conjugal; aqueles nascidos nos trezentos dias após a dissolução da sociedade conjugal, seja por morte, separação judicial, nulidade ou anulação do casamento; os filhos havidos por fertilização artificial homóloga, mesmo após o falecimento do marido; filhos havidos a qualquer tempo, nos casos em que se trate de embriões excendatários, decorrentes de concepção artificial homóloga e, ainda os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido.

No que diz respeito à norma presente no artigo 1.597 do CC/02, a mesma é também aplicável à união estável.

A filiação, nos termos do artigo 1.603 do CC/02 e do artigo 29, I, da Lei 6.015/1973¹⁰ prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil das Pessoas Naturais. São ainda formas de comprovação da filiação: a escritura pública, o escrito particular, o testamento e a manifestação direta e expressa perante o juiz nos termos do artigo 1.609 do CC/02 e da Lei 8.560/1992.

Ainda sobre a parentalidade socioafetiva, os dizeres do Enunciado 108 CJF/STJ, que estabelece o seguinte:

No fato jurídico do nascimento, mencionado no artigo 1603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva.

Sobre a questão, vejamos o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao tratar de sucessão legítima:

¹⁰ BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 31 dez. 1973.

Partilha. Anulação de ato jurídico. Demanda ajuizada com fulcro no artigo 1.029 do CPC. Inocorrência de prescrição, diante da regra do art. 198, i, do Código Civil. Procedência. Inobservância da ordem hereditária (arts. 1829 c.c. 1845 do mesmo diploma legal). Autora única filha do *de cujus*. Inocorrência de cerceamento de defesa. Insurgência com relação ao registro de nascimento e escritura pública de reconhecimento de filiação deve ser objeto de ação própria. Incabível sua arguição através de contestação. Apelantes que pretendem transformar a defesa e recurso em verdadeira negatória de paternidade, o que não se admite. Pretensão exordial que encontra amparo na regra do artigo 1603 do Código Civil. Sentença que ressaltou ainda para a questão de eventual paternidade socioafetiva, diante do conteúdo da escritura pública de reconhecimento de filiação (também encartada nos autos) que também confere os mesmos direitos hereditários à apelada. Inteligência do artigo 1593 do Código Civil, Enunciado 103 CJF. Sentença mantida. Recurso improvido.” (TJSP, Apelação com Revisão 505.057.4/6, Acórdão 2543929, Sorocaba, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Salles Rossi, j, 27/03/2008, DJESP 16/05/2008).

Nos termos dos artigos 50 a 52 da Lei de Registros Públicos, todo nascimento deverá ser registrado no lugar em que tenha ocorrido o parto ou no local de residência dos pais, no prazo de quinze dias. Os artigos estabelecem ainda que estão obrigados a fazer a declaração, em primeiro lugar o pai e, na falta ou impedimento desse, a mãe. No caso de impedimento de ambos, deve prestar a declaração o parente mais próximo e, na falta ou impedimento deste os administradores de hospitais, médicos ou as pessoas encarregadas da guarda do menor.

Embora a declaração de nascimento de filho feita pelo pai seja irrevogável, tem o mesmo direito a contestar a paternidade, desde que comprove tanto que não é o genitor biológico, quanto não haver estado de filiação estável.

Ademais, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana e, nos termos do artigo 5º da Lei 8.560/1992, no registro de nascimento, não se fará qualquer menção à natureza da filiação.

4- Da Adoção

A adoção é forma mais tradicional de parentesco civil. Embora exista capítulo próprio destinado ao instituto em comento no Código Civil 2002, a partir de seu artigo 1.618, havia aí uma tentativa de unificar a legislação pátria acerca do tema. Com a promulgação da Lei 12.010/2009¹¹, conhecida como Nova Lei da Adoção, tal tentativa restou frustrada, eis que tal norma revogou diversos dos dispositivos do referido capítulo do Código Civil e também do Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹¹ BRASIL. Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis n^{os} 8.069/1990, 8.560/1992; revoga dispositivos da Lei n 10.406/2002 e da CLT aprovada pelo Decreto-Lei n 5.452/1943; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 03 de ago 2009.

Hoje a matéria é tratada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), tanto no que diz respeito à adoção de maiores, quanto de menores. Não existem mais no Código Civil artigos que tratem acerca do tema, uma vez que o artigo 1618 estabelece que a adoção de crianças e adolescentes será realizada em conformidade ao ECA. O artigo 1619 do CC/02, por sua vez, estabelece que a adoção de maiores dependerá da assistência do Poder Público e ainda, de sentença que a constitua, aplicando-se à mesma, as regras gerais contidas no ECA.

É a adoção um ato jurídico em sentido estrito, que tem os seus efeitos legalmente fixados. Tem natureza complexa uma vez que depende de sentença judicial para ter seus efeitos constituídos, tanto nos casos de adoção de menores quanto de maiores, com inscrição no Registro Civil das Pessoas Naturais por meio de mandado. No atual ordenamento pátrio, não é admitida, portanto, a adoção extrajudicial.

Nas palavras de Dimas Messias de Carvalho¹², é ato jurídico solene e bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas naturalmente estranhas. A adoção estabelece um vínculo fictício de filiação, trazendo para a família, na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha.

É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre o adotante e o adotado um laço de parentesco de 1º grau na linha reta, estendendo-se para toda a família do adotante. Ademais, é ato complexo, dependente de intervenção judicial, de caráter irrevogável e personalíssimo.

Assim, é a adoção responsável pela criação de parentesco civil entre os envolvidos, sendo, no entanto, parentesco eletivo, eis que derivado de um ato de vontade, isso é dizer, é o parentesco por opção, a paternidade socioafetiva.

A Constituição da República¹³, em seu artigo 226, *caput*, estabelece que a família é a base da sociedade e, por isso mesmo, goza de especial proteção do Estado. Ademais, protege expressamente os filhos adotados dispondo em seu artigo 227, parágrafo 6º que “*os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*”.

Dessa forma, mostra-se imprescindível o estudo do instituto da adoção, suas modalidades, aspectos gerais e, notadamente o estudo da chamada “adoção à brasileira” que, embora carente de amparo legal, é prática que sabemos ainda existir em nosso país.

¹² CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e Guarda**. 1. Ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey Ltda., 2010.

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

Destarte, mostra-se patente a necessidade de se pesquisar o tema e seus reflexos à luz do melhor interesse do adotado, bem como o seu ingresso no Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais.

Nos termos do artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção atribui ao adotado a condição de filho, com os mesmo direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. Tal artigo é aplicação prática do princípio constitucional da igualdade entre filhos, estabelecido fixado no artigo 227, parágrafo 6º da nossa Carta Magna, (BRASIL, 1988).

Ainda sobre a adoção legal, é essa, nos dizeres da ilustre Maria Helena Diniz, ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, previstos na Lei 8.069/90, artigos 39 a 52-D, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha, (MARIA HELENA DINIZ, 2010).

Por sua vez, Silvio de Salvo Venosa conceitua adoção como modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade, conforme o sistema do Código Civil de 1916, ou de sentença judicial, conforme o atual sistema, (SILVIO DE SALVO VENOSA, 2010).

Neste mesmo sentido é a conceituação de adoção de Maria Berenice Dias, que fixa que a adoção é um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. Cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica, (MARIA BERENICE DIAS, 2009).

No que tange às modalidades legais de adoção, são essas aquelas enumeradas no Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação aplicável no caso de adoção de menores e, subsidiariamente na adoção de maiores.

4.1- Pressupostos e Requisitos Adoção. Procedimento atual para Adoção.

Nos termos do enunciado 272 CJF/STJ da IV Jornada de Direito Civil, não foi admitida em nosso ordenamento a modalidade extrajudicial de adoção, sendo imprescindível a atuação jurisdicional, mesmos nos casos em que o adotando seja maior.

A adoção, no Brasil, seja de menores ou maiores, dá-se apenas por meio de processo judicial (arts. 227, §5º, da CR/88, 1623, *caput*, do CC/02, 47, *caput*, 165 e 198 da Lei n.

8.069/90). A adoção dependerá ainda para sua constituição de assistência do Poder Público e de sentença constitutiva de adoção.

As adoções de maiores e menores são processadas nas Varas de Família, há no entanto exceção quanto ao juízo processante nos casos de adoção de menores que tenham os seus direitos ameaçados ou violados, casos em que processar-se-á nas Varas de Infância e Juventude, em conformidade aos arts. 148, III, e 165 da Lei n. 8.069/90).

Reforçando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o art. 1625 do CC/02 dispõe que “somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício ao adotando”. O princípio do melhor interesse aplica-se também aos casos de adoção de maiores de dezoito anos.

O enunciado 273 CJF/STJ, também com foco nessa questão estabeleceu que: *“Tanto na adoção bilateral quanto na unilateral, quando não se preserva o vínculo com qualquer dos genitores originários, deverá ser averbado o cancelamento no registro originário de nascimento do adotado, lavrando-se novo registro. Sendo unilateral a adoção, e sempre que se preserve o vínculo originário com um dos genitores, deverá ser averbada a substituição do nome do pai ou da mãe natural pelo nome do pai ou da mãe adotivos”*.

Mister lembrarmos que a regra geral é que a pessoa seja adotada por uma única pessoa. A exceção dá-se nos casos de adoção por marido e mulher, ou companheiros que vivam em união estável. Como dito anteriormente, podem ainda adotar, conjuntamente, os divorciados e os judicialmente separados, desde que estejam de acordo em relação à guarda e ao regime de visitas e ainda, que o estágio de convivência tenha se iniciado quando ainda estavam juntos. Mesma regra é válida para ex companheiros.

Nos termos do artigo 39, parágrafo 1º do ECA a adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual apenas se recorre nos casos em que sejam exauridos todos os meios de conservação da criança ou adolescente em sua família biológica.

Somente os civilmente capazes, ou seja, maiores de dezoito anos poderão adotar, independentemente de seu estado civil, nos termos do artigo 42 do ECA.

Não podem adotar os maiores sem discernimento para a prática da adoção, ou que não puderem exprimir sua vontade, mesmo que por causa transitória. Tendo em vista que para a adoção é necessária a existência de ambiente familiar saudável e harmonioso, não podem adotar os ébrios habituais, nem os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, considerados relativamente incapazes.

Além da idade o adotante deverá comprovar em juízo a estabilidade da família, há que se provar a existência de um lar constituído, bem administrado, de maneira que não seja um risco para o desempenho das responsabilidades inerentes à adoção.

Há ainda a possibilidade de adoção bilateral, aquela realizada por duas pessoas, denominada adoção conjunta. Para tal, é necessário que os adotantes sejam casados civilmente ou vivam em união estável, com comprovação da estabilidade familiar.

O ECA estabelece ainda que divorciados, separados judicialmente e ex companheiros podem adotar conjuntamente, desde que entrem em acordo em relação à guarda e ao regime de visitas, desde que o estágio de convivência tenha se iniciado no período de convivência e que se comprove os laços de afetividade e afinidade com a pessoa não detentora da guarda, de maneira que, tal medida excepcional seja justificada.

O artigo 42 do ECA é também o fundamento jurídico que admite a adoção realizada por pessoas do mesmo sexo, com auxílio do artigo 43 do mesmo dispositivo, que fixa que “*a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos*”.

É ainda requisito para adoção que o adotante, além de maior, seja, pelo menos dezesseis anos mais velho que o adotado, conforme estabelece o artigo 42, parágrafo 3º do ECA. Nos casos de adoção por casais, tal diferença de idade deve ser identificada em relação ao mais jovem dos adotantes.

A adoção pode ainda ser realizada pelo tutor curador, desde que preste contas de sua administração e salde seu débito, nos termos do artigo 44 do ECA.

Para concretização da adoção, via de regra, faz-se necessário, nos termos do artigo 45, *caput*, do ECA que os pais ou representantes legais do adotando concordem com a mesma. Nos casos em que o adotando conte com mais de doze anos de idade deverá o mesmo acordar com a mesma, a fim de que seja válida e eficaz. Em casos tais, uma vez que o direito de consentir é personalíssimo e exclusivo, não pode o mesmo ser suprido por decisão judicial.

Tal consentimento se dará por qualquer forma em que possa ser expressado e, para que seja válido é necessária a ratificação do Juiz e do Representante do Ministério Público. O consentimento dados pelos pais pode ser revogado até o momento da sentença constitutiva da adoção nos termos do art. 1.621, §2º, do CC/02.

Ademais, deve ser ouvido o menor, e sua manifestação deverá ser levada em consideração no momento da tomada de decisão pelo juiz. Embora a oitiva de menores de doze anos seja facultativa é sempre recomendável. Nos casos de maiores de doze anos, como dito anteriormente, é obrigatória.

No que tange à adoção de maiores, é desnecessário o consentimento dos pais.

Nos casos em que os pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar, é dispensável o seu consentimento, conforme estabelece o artigo 45, parágrafo 1º, do ECA. Assim, em se tratando de menor abandonado, ou com pais desconhecidos, desaparecidos, ou destituídos do poder familiar, sem nomeação de tutor, ou nos casos de órfão não reclamado por qualquer parente por mais de um ano, não haverá necessidade de consentimento dos pais. Sobre a questão, veja-se o posicionamento jurisprudencial:

— A —

“ADOÇÃO. CONSENTIMENTO DOS PAIS. AUSÊNCIA. DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. SUSPENSÃO DO PROCESSO DE ADOÇÃO. A adoção depende do consentimento dos pais (art. 45 do ECA), salvo quando estes forem destituídos do pátrio poder (art. 45, §1º, do ECA). Ausente o consentimento e estando em tramitação procedimento ajuizado pelo Ministério Público pela destituição do pátrio poder, correta a decisão que determinou a suspensão do processo de adoção até o julgamento final do pedido de destituição (TJRJ, AgI 2006.002.26045, decisão monocrática em 12.12.2006, Des. Marcus Basilio).

— B —

ADOÇÃO. CONSENTIMENTO DA GENITORA. AUSÊNCIA. DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. PROCEDIMENTO PRÓPRIO. INOBSERVÂNCIA. LEI N. 8.069/90 (ECA), ARTS. 24, 45, §1º, 155, 155, 166 E 169. SITUAÇÃO FORTEMENTE CONSOLIDADA DO TEMPO. PRESERVAÇÃO DO BEM-ESTAR DO MENOR. MANUTENÇÃO, EXCEPCIONAL DO STATUS QUO. I. A dispensa do consentimento paterno e materno para a adoção de menor somente tem lugar quando os genitores sejam desconhecidos ou quando destituídos do pátrio poder. II. Não se configurando expressa anuência da mãe, esta, para perfazer-se, depende, então, da destituição da genitora, o que se opera mediante ação própria, obedecido o devido processo legal previsto na Lei n. 8.069/90, inservível, para tanto, o aproveitamento de mero requerimento de jurisdição voluntária. III. Caso, todavia, em que a adoção perdura por longo tempo – mais de dez anos – achando-se o menor em excelentes condições, recebendo de seus pais adotivos criação e educação adequadas, como reconhecido expressamente pelo Tribunal Estadual e Parquet Federal, a recomendar, excepcionalmente, a manutenção da situação até aqui favorável à criança, cujo bem-estar constitui o interesse maior de todos e da Justiça. IV. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp, 100.294, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 28.06.2001, DJU, 19.11.2001)

Nos termos do artigo 41 do ECA, “a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-se de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.” Tal princípio é uma aplicação do princípio constitucional de igualdade entres os filhos, alhures estudado (Artigo 227, parágrafo 6º, CR/88).

Ademais, nos termos do artigo 47, parágrafo 5º, do ECA, a decisão deferindo a adoção confere ao adotado o sobrenome dos adotantes, podendo inclusive fixar a alteração de seu prenome a pedido das partes. Nos casos de alteração de prenome, em que o adotando conte com mais de doze anos, deverá o mesmo ser ouvido acerca da pretendida alteração.

A adoção, modalidade de filiação fundada no afeto, atribui ao adotado a situação de filho, razão pela qual ficam extintos quaisquer vínculos com os pais e demais parentes consanguíneos, à exceção dos impedimentos para o casamento, que permanecem por força dos arts. 1521, 1626, *caput*, do CC/02, 227, §6º, da CR/88, 41, *caput*, 48 e 49 da Lei n. 8.069/90.

É ainda requisito no procedimento de adoção, que essa de fato traga reais vantagens para o adotando, devendo ainda ter por fundamento motivos legítimos, nos termos do artigo 43, do ECA.

Os efeitos da adoção iniciam-se a partir do trânsito em julgado da sentença que a determinou, no entanto, caso o adotante faleça durante o procedimento de adoção, a mesma retroage à data do óbito. Conforme estabelece o art. 42, parágrafo 6º, do ECA, a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação, vier a falecer no curso do processo, antes da decisão final. É o caso da denominada adoção *post mortem*, em que os herdeiros do adotante dão seguimento ao processo adotivo.

A adoção tem caráter personalíssimo, sendo por isso proibida a adoção por procuração, de acordo com o artigo 39, §2º, do ECA. É vedada também a adoção por ascendentes ou irmãos, nos termos do art. 42, §1º, do ECA. Para adoção de sobrinhos por tios ou primos não há vedação legal.

De acordo com o art. 46 do ECA “a adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso”. Sobre o estágio de convivência, o artigo 46, §1º, do ECA, “o estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo”.

Nos casos em que a adoção seja realizada por estrangeiro, residente ou domiciliado fora do país, o estágio de convivência será de no mínimo trinta dias, independentemente do caso (art. 46, §3º, do ECA).

Em conformidade ao art. 46. §4º, do ECA, tal estágio de convivência deverá ser acompanhado por equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida.

O adotado tem ainda o direito a conhecer a sua origem biológica, nos termos do art. 39, do ECA, e ainda, a ter acesso sem restrições ao processo referente à sua adoção, quando

tenha dezoito anos completos. Importante salientar que mesmo com a morte dos adotantes, o poder familiar dos pais biológicos não será restabelecido, conforme enuncia o art. 49, do ECA.

Por fim, nos termos do art. 50 da Lei 8.069/1990 alterada pela Lei 12.010/2009, “a autoridade judiciária manterá, em cada Comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção”.

A adoção de maiores, conforme preceitua a lei n. 12.010/2009, depende de assistência do poder público e de sentença judicial, aplicando-se à mesma, no que couber o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Embora seja reduzido o interesse na adoção de maiores, é esse um meio útil para regularizar a situação dos filhos denominados “de criação” que deixam suas famílias pelas causas mais diversas e são integralmente acolhidos por outra.

O direito do maior à assistência efetiva do Poder Público advém da CR/88, que no §5º do seu art. 227 estabelece o seguinte: “*A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros*”. Como se vê, o referido dispositivo não restringe sua aplicação à adoção de menores ou maiores, aplicando-se a ambos.

5- “Adoção à Brasileira”. Formas de Ocorrência. Consequências Jurídicas. Efeitos no Registro Civil das Pessoas Naturais.

Na verdade, não se pode falar em “adoção à brasileira” como modalidade de adoção, já que esta nada mais é que o registro de criança em nome de pais afetivos, como se deles tivesse nascido.

A conhecida “adoção à brasileira” não é contemplada dentre as modalidades legais de adoção acima tratadas, sendo inclusive tipificada como crime, em conformidade ao artigo 243 do Código Penal Brasileiro, punível com reclusão de dois a seis anos (BRASIL, 1940), assim, não tem essa última modalidade de “adoção” o condão de extinguir o vínculo existente entre o adotando e sua família biológica, mesmo ingressando às margens da lei no Registro Civil das Pessoas Naturais.

O artigo 242 do Código Penal, por sua vez, reputa como crime “dar parto alheio como próprio; registrar como seu filho de outrem; ocultar recém nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil”. A pena em tais casos, como dito acima é de dois a seis anos.

No entanto, o parágrafo único deste mesmo dispositivo estabelece que, “se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza”, a pena passa a ser de detenção de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicá-la. Dessa maneira, verifica-se que é considerada como crime a prática da “adoção à brasileira” eis que tal conduta está expressamente tipificada no Código Penal.

A “adoção à brasileira” é modalidade ilegal de adoção embora por vezes seja usada como meio escuso para realização de adoção em nosso País, tendo ingresso no Registro Civil das Pessoas Naturais, mesmo sem amparo legal. Além disso, via de regra, em virtude de sua natureza, não pode ser convertida em adoção legal, eis que não possui embasamento legal para tal.

No que tange à possibilidade de anulação do registro de nascimento, há divergência no que diz respeito à desconstituição do vínculo afetivo criado tão somente em virtude de situação irregular, considerada como crime. Apesar da tipificação da referida conduta, não nos parece razoável, a anulação do registro, eis que a realidade socioafetiva tem prevalência sobre a biológica.

Nesse mesmo sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao argumento de que o registro da criança deve ser mantido, mesmo que contrariando a realidade biológica, quando for do seu interesse. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, permite a dissolução da adoção nos casos em que reste comprovada a inexistência da socioafetividade.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro segue tais entendimentos na medida em que exige seja comprovado o vício de consentimento para a desconstituição do registro. Os outros tribunais do país seguem o mesmo entendimento dos acima citados.

Na “adoção à brasileira”, a criança é parte de boa-fé na formação da relação jurídica, razão pela qual não pode se ver privada dos direitos que lhes caberiam, caso a relação tivesse sido formada de maneira regular.

Assim, em grande parte dos casos a respeito que chegam a ser discutidos em Juízo, há a concessão do perdão judicial. Isso porque é considerado ato afetivo e de bondade, já que existem casos em que os familiares da criança acabam por registrá-la com o fim exclusivo de protegê-las.

Embora seja uma questão controvertida, eis que maneira irregular de adoção, não é totalmente mal vista pela sociedade brasileira, embora seja conduta penalmente tipificada para a proteção das crianças.

Portanto, a permissão tácita desse tipo de conduta, pode ocasionar sérios problemas, já que pessoas nacionais ou estrangeiras podem se utilizar de tal modalidade a fim de burlar o sistema de adoção brasileiro, criado exatamente para proteger a criança e o adolescente.

No Estado de São Paulo já há normatização que objetiva coibir a prática da “adoção à brasileira”. Trata-se do Provimento n. 21/01, da Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo, que em seu subitem 42.1, alínea a, estabeleceu o seguinte:

O registrador civil, nos cinco dias após o registro de nascimento ocorrido fora da maternidade ou estabelecimento hospitalar, fornecerá ao Ministério Público da Comarca os dados da criança, dos pais e o endereço onde ocorreu o nascimento.

Desse modo as Serventias de Registro Civil das Pessoas Naturais do Estado de São Paulo, em observância ao Provimento em comento, remetem aos Promotores de Justiça da Infância e da Juventude as informações necessárias sobre os casos de nascimentos ocorridos fora de estabelecimento hospitalar, a fim de que tenham esses fundamentos para a formação de processo investigatório, nos casos em que o mesmo se faça necessário.

Ademais, tem o representante do Ministério Público, a possibilidade de analisar as circunstâncias em que tais partos ocorreram. Assim, sempre que os elementos referentes a determinado parto domiciliar contiverem quaisquer suspeitas, há um pedido de instauração de procedimento de verificação, com trâmite perante a Vara da Infância e da Juventude.

Em sendo caracterizada a da “adoção à brasileira”, os “pais” confessam a prática do ilícito, comparecendo na companhia de advogados a fim de evitar a busca e apreensão dos menores envolvidos e para requerer a regularização do caso.

Por ocasião do registro de nascimento, as partes declarantes devem comunicar ao Registro Civil das Pessoas Naturais o seu endereço residencial, demonstrando também as razões pelas quais o parto não se deu em estabelecimento hospitalar. Ocorre que, em tais casas os “pais” não informam o seu verdadeiro endereço.

Assim, de pronto se verifica que, em casos de declaração de endereços falsos perante o Registro Civil das Pessoas Naturais, é possível a existência de prática de ilícito. A informação falsa do endereço dá-se com o objetivo de inviabilizar a localização da família e, assim evitar que sejam prestados quaisquer esclarecimentos às autoridades competentes. Dessa maneira, pode até ser que a família seja localizada algum dia, mas até que isso ocorra, com o decurso do tempo, consolidar-se-á a convivência da criança com os supostos pais e, nesse caso é desaconselhável a ruptura do vínculo em virtude do melhor interesse do menor.

Desta maneira, na tentativa de coibir a prática reiterada da “adoção à brasileira”, há recomendação de que ao lavrar registros de nascimentos em casos em que os partos tenham sido domiciliares, os declarantes juntem cópia de comprovante recente de residência, dos quais constem seus nomes, a fim de prestarem esclarecimentos no futuro, em sendo o caso.

Para a regularização em caso de ocorrência de “adoção à brasileira” é necessário que as partes envolvidas constituam advogado a fim de ingressar com processo perante a Vara da Infância e Juventude, na Comarca de residência dos pais biológicos do menor, para que os mesmos sejam ouvidos e consintam expressamente com a referida adoção.

6- Teoria da Inexistência do Ato Jurídico aplicada à Adoção.

Nas relações que envolvem o direito, para a criação, modificação e extinção de obrigações é necessário que sejam observados e cumpridos os requisitos mínimos imprescindíveis para que essas tomem a forma de negócio jurídico.

Nos casos em que um desses requisitos não se faça presente devem ser consideradas as hipóteses de nulidade ou anulabilidade, ou seja, admitir que o negócio jurídico sequer existiu.

Sobre o tema aplicado à adoção, veja-se as palavras de Antônio Chaves (adoção p. 653):

N. de Crescenzo tem razão ao asseverar que inexistente a adoção quando faltam os elementos essenciais à sua constituição, quando não é possível conceber a adoção sem aquele determinado elemento, comete o engano de afirmar que não se trata de questão de existência, mas de nulidade, a falta de uma daquelas condições ou formas que a lei exigiu para que a adoção alcançasse as finalidades que se propôs. No primeiro caso, ausente um dos elementos constitutivos, não existe e nunca existiu a adoção, no segundo caso, os elementos que a constituem ocorrem, mas foram desobedecidas aquelas disposições de lei que determinam as condições ou os modos pelos quais se quis restringir o ato de adoção.

O erro consiste em que a falta de um requisito formal indispensável acarreta, tanto quanto a de um requisito substancial, não a nulidade, mas a inexistência do ato.

Em se tratando do delicado assunto que é a “adoção à brasileira” a aplicação da teoria em comento seria de grande relevância em virtude das consequências por ela geradas.

7- Conclusão

Desse modo, por todo o exposto e demonstrado a partir da análise da jurisprudência dominante, uma vez constituída a relação afetiva, não há que se falar em anulação de do registro de nascimento.

Só é possível reivindicar estado contrário ao resultante do registro de nascimento nos casos em que reste comprovada a falsidade do registro, que não é o que ocorre no caso da “adoção à brasileira”. Na denominada “adoção à brasileira”, aquele que registra a criança como se filho seu fosse, o faz espontaneamente, ciente de que o filho reconhecido não é seu filho biológico.

Importante atentarmos para o fato de que a adoção não se presta a satisfação pessoal de uma pessoa que, por qualquer razão não possa ter um filho biológico. Em verdade é ato de afeto e amor, é ofertar oportunidades de convivência familiar a criança que não tenha perspectivas de alcançá-la.

A “adoção à brasileira”, embora seja prática tolerada pela sociedade e fato comum, na medida em que em determinados lugares do país pessoas próximas entregam seus filhos a outras a fim de que possam criá-los é ato ilegal, tipificado no Código Penal Brasileiro e, portanto, tem por consequência a punição civil e penal dos envolvidos, podendo inclusive culminar na anulação do registro de nascimento do menor, e na perda da guarda do menor.

Tendo em vista que o direito à filiação não é unicamente um direito da verdade, mas um direito à vida, do melhor interesse do menor e do afeto. A origem biológica da criança não poderá ser sobreposta em detrimento ao estado de filiação já consolidado em virtude do tempo, conforme constata-se pela leitura do entendimento jurisprudencial dominante no País, alhures transcrito, isso nos termos do artigo 227 da CR/88.

Desse modo, todas as ações que envolvam o futuro de crianças, devem necessariamente ter em conta o melhor interesse da criança, em face dos interesses dos pais, em conformidade aos preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente e o que estabelece o Código Civil Brasileiro em vigor.

Dessa forma, mesmo nos casos em que o estado de filiação é consolidado a partir de situação ilícita, há que se levar em consideração o melhor interesse do menor, razão pela qual, nos casos de “adoção à brasileira” a guarda do menor não é concedida automaticamente aos seus pais biológicos e deverá ser analisada com cautela caso a caso.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Adoção Simples e Adoção Plena**. 1 ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1990.

ARAGÃO, Selma Regina. **O Estatuto da Criança e do Adolescente em face do Novo Código Civil**. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à Lei de Registros Públicos: Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

BENKAUSS, Omar Gama. **A Adoção no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.** 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1993.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da União.** Rio de Janeiro, publicação 31 dez 1940, retificação 03 jan de 1941.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União.** Rio de Janeiro, 19 abr. 1941.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União.** Brasília, 11 jan. 1973.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União.** Brasília, 31 dez. 1973.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil,** de 5 de outubro de 1988 . Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União.** Brasília, publicação 16 jul de 1990, retificação 27 set de 1990.

BRASIL. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. **Diário Oficial da União.** Brasília, 30 dez. 1992.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União.** Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069/1990, 8.560/1992; revoga dispositivos da Lei n 10.406/2002 e da CLT aprovada pelo Decreto-Lei n 5.452/1943; e dá outras providências. **Diário Oficial da União.** Brasília, 03 de ago 2009.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e Guarda.** 1. Ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey Ltda., 2010.

CENEVIVA, Walter. **Lei de Registros Públicos Comentada.** 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CHAVES, Antônio. **Adoção, Adoção Simples e Adoção Plena.** 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. **Adoção.** 1 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1995.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5. Ed. São Paulo: RT,2009.

- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 24. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção, Guarda, Investigação de Paternidade e Concubinato**. 9 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.
- FILHO, Artur Marques da Silva. **Adoção**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- JUNIOR. Moacir César Pena. **Direitos das Pessoas e das Famílias: doutrina e jurisprudência**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- LISBOA, Sandra Maria. **Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.
- LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme Loureiro. **Registros Públicos: Teoria e Prática**. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2010.
- OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. **Guarda, Tutela e Adoção**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.
- NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: **Direito de Família**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.
- SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.
- TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 5. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 7.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, vl. VI.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010.