SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

REFLEXOS DO INTERVENCIONISMO ESTATAL NA ADOÇÃO

REFLEXIONES DE INTERVENCIONISMO DEL ESTADO EN LA ADOPCIÓN

Andressa Souza Oliveira
Maria Clara Dias Araujo

Resumo

O presente resumo expandido propõe a discussão sobre a intervenção do Estado no processo de adoção. A relevância do estudo consiste em compreender o instituto da adoção com seus reflexos. A presente pesquisa pertence à vertente metodológica Jurídico-sociológico, do tipo de investigação Histórico-jurídico O objetivo do trabalho é conceder maior preponderância ao vínculo afetivo formador da família na adoção.

Palavras-chave: Família, Adoção, Intervenção estatal

Abstract/Resumen/Résumé

Este resumen ampliado propone la discusión de la intervención del Estado en el proceso de adopción. La relevancia del estudio es entender la adopción del instituto con sus reflexiones. Esta investigación pertenece a los aspectos metodológicos legales y sociológicos, el tipo de investigación histórico- jurídica El objetivo es dar más énfasis al entrenador familia vínculo afectivo en la adopción

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Familia, La adopción, La intervención del estado

OS REFLEXOS DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ADOÇÃO

1. Introdução

O presente resumo expandido propõe a discussão sobre a intervenção do Estado no processo de adoção que têm gerado repercussão tanto no âmbito do direito de família bem como na esfera penal suscitando reflexos na vida do adotante e do adotado. A relevância do estudo consiste em compreender a importância da mudança paradigmática do instituo do direito de família bem como analisar os novos rumos das Jurisprudências no que diz respeito a não anulação das modalidades questionáveis de adoção após vínculo firmado.

A presente pesquisa pertence à vertente metodológica Jurídico-sociológico, do tipo de investigação Histórico-jurídico, pois pretende analisar as consequências dos fenômenos jurídicos na sociedade e analisar diversos comportamentos ao decorrer de um determinado período de tempo em que foram compreendidas mudanças legislativas. O objetivo do trabalho é conceder maior preponderância ao vínculo afetivo formador da família na adoção em detrimento da concepção legalista e dogmatista do direito penal.

2. Aspectos Gerais da Adoção

Antes de iniciarmos a problematização quanto ao instituto da Adoção é necessário resgatarmos sua estrutura basilar que tem seu propósito na formação da família. Atualmente a concepção de família se refere à presença de vínculo afetivo que une pessoas com identidade de propósitos comuns. Esse instituto passou por diversas mudanças em razão da evolução histórica que permitiu a conversão do princípio do singularismo, que apensa reconhecia a família matrimonializada, para o princípio do pluralismo, que reconheceu as diversas formas de entidades familiares não matrimoniais. Exemplos disso são as famílias advindas da união estável, monoparental, adotiva e a família homoafetiva.

No Direito brasileiro essas mudanças começaram a partir da Constituição Federal de 1988 (CF/88) que em seu artigo 226 reconheceu novas formas de família extramatrimoniais.

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> § 1º O casamento é civil e gratuita a 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 sua conversão em casamento.

De acordo com Maria Berenice (2009) a partir dessa orientação a família adquiriu função instrumental tendo como princípio básico o afeto que hoje é o que

identifica e compõe as famílias. O afeto não deriva em suma de vínculos biológicos e sim da convivência familiar. A posse do estado de filho nada mais é que o reconhecimento jurídico do afeto, com claro objetivo de garantir a felicidade como um direito a ser alcançado.

Diante do exposto percebe-se a necessidade do amparo jurídico legislativo para acompanhar o processo de evolução do instituto familiar com intuito de promover a proteção dos direitos à família, bem como o da dignidade humana posto que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado.

A Adoção é um ato jurídico solene e bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas naturalmente estranhas umas às outras. Estabelece vinculo fictício e filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha.

Esse instituto surgiu sob a égide religiosa que impunha às pessoas o dever de perpetuar a memória, costumes e tradições dos antepassados através da procriação. Ter filhos significava a sustentação desse culto doméstico e foi a partir dele que os casais que não tinham condição de ter filhos biológicos puderam evitar o drama de não deixarem descendentes. Nesse sentido constata-se que a prioridade da adoção se perfazia tão somente na manutenção da sucessão familiar não havendo a preocupação precípua em estabelecer vínculos afetivos entre adotante e adotado.

No Brasil a adoção só foi ser sistematizada pelo Código Civil de 1916 e desde então vem sofrendo substancias modificações legislativas no que tange aos requisitos permissivos bem como os procedimentais. Exemplo disso foram as mudanças quanto a necessidade de se estar casado, a questão da idade para o adotante e adotado dentre outras. O marco legislativo é a Lei n.12.010 de agosto de 2009, denominada Lei da Adoção que foi criada com o intuito de acelerar o processo adotivo, garantir a efetividade dos direitos das crianças e dos adolescentes sob o novo escopo principiológico do Direito de Família fundado na afetuosidade das relações familiares.

Sob esses aspectos percebe-se a mudança paradigmática da adoção visto que atualmente visa-se primordialmente a defesa dos interesses do adotado ao passo que anteriormente objetivava-se os interesses do adotante (questão sucessória).

Essa nova orientação foi expressamente enunciada no artigo 227 da Constituição Federal que estabelece regras e valores para a proteção integral das crianças e adolescentes que deve ser incorporado no instituto da adoção, tendo em vista que a família é bem jurídico tutela pela constituição federal e carece de especial proteção do Estado.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

3. A legislação brasileira e seus reflexos

O Estatuto da criança e do adolescente (ECA - Lei 8.069/90) revogou os princípios da adoção dispostos no Código Civil de 1916 para os menores de 18 anos e manteve para os maiores a aplicação dos princípios do Código vigente de acordo com a Constituição de 1998. Por sua vez, o novo Código Civil de 2002 recepcionou a maioria das diretrizes do Código de 1916 e do ECA.

Em 2009 entrou em vigor a Lei Nacional da Adoção (Lei 12.010/09) que revogou expressamente inúmeros artigos do Código Civil com o objetivo de promover o melhor interesse do adotado estabelecendo procedimentos para garantir a efetivação dos princípios constitucionais elencados no artigo 227 da CF/88 e no art. 4º, parágrafo único do ECA.

Segundo a legislação vigente para a efetividade dessas garantias o Poder público deve: prestar assistência psicológica à gestante e as mães, incluir os menores em situação de risco em programas de acolhimento familiar, inscrever as famílias no cadastro observando os requisitos definidos em lei, manter uma equipe Inter profissional que deverá elaborar estudo psicossocial, entre outros. Esses procedimentos são importantíssimos e visam assegurar o bem-estar de todas as partes envolvidas. Entretanto, existe um abismo entre a lei fria e a real execução desses procedimentos. Exemplo disso é a ausência das equipes inter profissionais atuando na efetivação do processo adotivo e a consequência dessa omissão bem como de outras medidas é a paralisação do processo acarretando a morosidade processual.

Essa burocracia e mora judicial refletem tanto na vida do adotante quando na do adotado. Os adotantes ficam desmotivados a iniciar ou permanecer no processo de adoção e os menores sofrem com a longa espera por uma família havendo quebra de expectativa em ambas as partes. Há prejuízos ao pleno desenvolvimento psíquico e moral da criança ou do adolescente visto que ficam expostos à assimilação de modelos e padrões nocivos.

A busca laboriosa para formar uma família instiga os adotantes a recorrerem à práticas de adoção questionáveis. Uma delas é a adoção consentida ou *intuiu personae* que ocorre quando os pais biológicos têm a intenção de que seu filho seja acolhido por

uma família determinada e reciprocamente essa família deseja acolher o adotado, sem a necessária participação em Cadastro Nacional de Adoção imposto pela lei 12.010/2009. Esse procedimento não tem previsão legal expressa dedicada a matéria, o que se faz é uma ginástica legislativa e jurisprudencial a fim de firmar um entendimento.

O art. 50 do Estatuto da criança e do Adolescente dispõe três hipóteses taxativas que não abrangem um universo de situações, como os casos em que há o consentimento expresso do genitor ou casos de acolhimento de menor submetido a situação de risco. A construção dessa modalidade adotiva integra-se a um entendimento jurisprudencial que flexibilizou as hipóteses em que a adoção *intuiu personae* se configura, como podemos observar a seguir:

> RECURSO ESPECIAL - AFERIÇAO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇAO *INTUITU PERSONAE* – I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro;

O entendimento é de que a imposição do cadastro não é norma absoluta e que deve ser sempre flexibilizado em face do melhor interesse do adotado, porém ainda é um assunto bastante polêmico e debatido por ser, em regra, uma atuação *contra legem* que pode servir de camuflagem para situações de tráfico e obtenção de vantagem ilícita.

Devemos ressaltar que a adoção consentida não dispensa a prévia avaliação psicossocial dos pretendentes imposta por lei, assim como o estágio de convivência, inclusive com a hipótese de a criança ser enviada a um abrigo até que a adoção se concretize.

Apesar de o procedimento ter aparência simplificada ele não escapa das formalidades e burocracias trabalhadas no curso desse estudo, de acordo com a Advogada Maria Dantas da ONG Quintal de Ana "Quando a pessoa diz que quer realizar a adoção consentida, orientamos que é um processo perigoso e controverso, porque depende da interpretação da Justiça", pois apesar de haver juízes que concordam com o processo ele não tem suporte na letra da Lei.

4. Adoção à brasileira: reflexo da intervenção estatal

O reflexo mais grave da intervenção estatal é a “adoção à brasileira” prática usual no Brasil, caracterizada pelo registro de filho de outrem como seu, tipificada como crime no artigo 242 do Código Penal. As possíveis motivações a prática desse crime são as

dificuldades encontradas no processo de adoção bem como a morosidade judicial que deixam milhares de famílias nas filas de adoção por vários anos. E sua gravidade se justifica por ser um conduta tipificada como crime o que enseja pena privativa de liberdade.

Segundo Bittencourt (2016) a tipificação desta conduta tem como objetivo tutelar o bem jurídico da segurança do estado de filiação e a fé pública. Porém faremos uma ressalva fundada no fato de que, enquanto essa lei estava em vigor, ocorreu uma relevante mudança paradigmática na Constituição Federal elegendo o afeto como pilar fundamental da família. Não há mais que se falar em tutela do estado de filiação vez que este é determinado pelo afeto. Uma vez formado o vínculo de afeto não pode a situação registral destituir a família ali composta. Sendo assim o que o tipo penal passa efetivamente a tutelar é a proteção do conteúdo dos documentos públicos, que ao nosso ver é bem jurídico inócuo comparado ao que se tem em contrapartida. Não se pode permitir que a família, base da sociedade, seja comprometida em face de lesão mínima a fé pública.

Prova disso se perfaz em nossa jurisprudência com inúmeros julgados de adoção à brasileira que resultam, em sua maioria, em sentença penal absolutória tendo em vista a ocorrência do perdão judicial nos casos em que o crime é praticado por motivos de reconhecida nobreza (altruísmo, humanidade e solidariedade.). Esses episódios revelam a incoerência de um sistema que criminaliza uma conduta para posteriormente inocentar.

Diante do exposto o STF e a Ministra Nancy Andrighi reforçam nossa tese defendendo que a adoção à brasileira está inserida em um contexto de socioafetividade e que essa adoção não pode ser desconstituída após vínculo firmado.

5. Considerações finais

Com base no conceito de família atual, inaugurado pela Constituição de 88, a família constitui-se com base no afeto e de maneira plural. A unidade familiar ao decorrer do tempo e das legislações desprendeu-se da ideia de família matrimonializada e perdeu a sua característica singular, constituindo-se de vários modos, inclusive pela adoção.

A adoção, apesar de surgir sob a égide religiosa, com o decurso do tempo também ganhou novos contornos e rompeu com os paradigmas pretéritos. Os interesses tutelados passam a ser os do adotado prevalecendo sempre aquilo que representa o melhor interesse para este. Tendo em vista a busca do melhor interesse ao adotado as legislações brasileiras evoluíram na tentativa de refinar o processo de adoção de diversas formas.

Foram definidos procedimentos psicopedagógicos e sociais, com o apoio de profissionais de diversas áreas do conhecimento e com diferentes graus de qualificação na tentativa de fazer com que essa transição seja mais proveitosa possível para as partes do processo.

Porém a realidade brasileira não se materializou como o esperado, os procedimentos criados para trazer benefícios ao adotado em inúmeras vezes se mostraram ineficazes. Em alguns casos por não existirem e em outros por causarem mais mora e burocracia do que soluções. Por maiores que sejam os empecilhos burocráticos ou impedimentos legais a vontade de constituir família não se finda por simples imposição da lei. O direito nem sempre é capaz de acompanhar os acontecimentos sociais com a legislação e muitas vezes tenta refrear comportamentos com normas que acabam por não serem eficazes. O maior exemplo das explanações acima são as "modalidades" de adoção questionáveis que surgiram com o decorrer do tempo em virtude das burocracias e impedimentos do procedimento convencional.

O ponto central desse artigo é a análise de como as intervenções estatais fomentaram o crescimento de tais "modalidades adotivas" e a atenção as famílias formadas por esses meios. Por mais que em algumas vezes eles se mostrem completamente ilegais, é necessária a sensibilidade do juiz e do legislador para compreender que elas são famílias legítimas, pois se fundam no afeto e necessitam de reconhecimento.

6. Bibliografia

FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito Civil: famílias/ Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald. Adoção – 8.ed. ver. E atua -Salvador: Ed. JusPodivim, 2016. Congress

PEREIRA, Tânia da Silva. Vicissitudes e Certezas que Envolvem a Adoção Consentida. Congresso Brasileiro de Direito de Família (8.:2011 : Belo Horizonte, MG). **Família: entre o público e o privado**. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. – Porto Família Porto Alegre: Magister/ IDBFAM, 2012.

LAMENZA, FRANCISMAR. Promotor de Justiça da Infância e da Juventude da Lapa. Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. **Um raio-x da "adoção à brasileira".**

BRASIL. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Código Penal. Artigo 242. Capitulo II, Parte Geral. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm > Acessado em: 02set2016.

MARTINS.Geisiane**.A família socioafetiva - As novas tendências do conceito de filiação.** Disponível em:< http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10202&n_link=revista_artigos_leitura >Acessado em: 01set.2016.

CARVALHO,Maria**.A incompatibilidade constitucional do tipo penal do art. 242 do CP.** Disponível em:< http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/195-Reflexao-do-Estudante>Acessado em: 31.ago.2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasil 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.Acessado em :31.ago.2016.

CARVALHO.Dimas. **Direito das Famílias**. Saraiva,Belo Horizonte, v.1,4Ed, p.648-670