



**Adoção à brasileira, o instituto sob o viés da análise econômica do direito.**

Fernanda Teixeira Saches<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O presente trabalho procura demonstrar o surgimento, a conceituação e o objetivo da Análise Econômica do Direito e informar o quão importante é a influência da economia no Direito, tanto no que se refere à criação de leis quanto no que se refere às decisões a serem tomadas pelo Poder Judiciário. *Aposteriori* apresenta-se a conceituação da adoção à brasileira e sua dicotomia entre ser considerada um ilícito penal, pela inexistência do devido processo legal e paralelamente uma possível forma mais eficiente que a tradicional, através do estudo da Teoria dos Custos de Transação. Por fim, conclui-se que o ser humano é, por essência, um ser egoísta, que prima para que seus interesses pessoais sejam alcançados e, a adoção à brasileira por não possuir o devido processo legal torna-se mais célere, diminuindo, pois, seus custos e satisfazendo de forma mediata os anseios das partes envolvidas no processo de adoção.

**PALAVRAS-CHAVE:** ANÁLISE ECONÔMICA. ADOÇÃO À BRASILEIRA. ILÍCITO PENAL. TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO.

<sup>1</sup>Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende observar e descrever a conceituação e o objetivo da Análise Econômica do Direito e informar o quão importante é a influência da economia no Direito, tanto no que se refere à criação de leis quanto no que se refere às decisões que devem ser tomadas juridicamente.

Faz-se o estudo da Teoria dos Custos de Transação, elucidando que se devem tomar decisões embasadas no critério do custo-benefício, ou seja, deve-se optar no momento de uma escolha pelo caminho que traga menores custos e maiores benefícios.

Ademais, neste estudo, far-se-á uma análise da conceituação da adoção à brasileira, traçando suas principais características e enfatizando o instituto como mais eficiente, utilizando-se dos critérios de aplicação da Análise Econômica do Direito e Teoria dos Custos de Transação, mesmo diante da inexistência do devido processo legal e da concretização do ilícito penal.

O principal objetivo é indicar que a adoção à brasileira é mais benéfica aos interessados e atende ao melhor interesse da criança, sempre partindo da premissa de que o ser humano é, por essência, um ser egoísta e que prima para que seus interesses pessoais sejam alcançados.

A presente pesquisa é bibliográfica, referente à temática em pauta, no que se refere a analisar a adoção à brasileira como mais eficiente que a adoção convencional, sob o prisma da Teoria dos Custos de Transação, uma vez que, apesar de ser um ilícito penal, por inexistir o devido processo legal o procedimento torna-se mais célere e paralelamente atende melhor aos interesses das partes envolvidas.

Este estudo está dividido em três Itens, sendo que no primeiro tratou-se de estudar a apresentação da análise econômica do Direito e de dar ênfase à sua origem e a relação existente entre o Direito e Economia. Já no segundo capítulo, buscou-se explicar o instituto da Adoção à Brasileira, trazendo sua caracterização como ilícito penal e a não utilização do devido processo legal. No terceiro capítulo, buscou-se analisar a Adoção à Brasileira sob a perspectiva da Análise Econômica Do Direito, tendo como base norteadora a Teoria dos Custos de Transação.

## 1 A APRESENTAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

### 1.1 Origem da Análise Econômica do Direito:

A Análise Econômica do Direito teve seu surgimento nos Estados Unidos na década de 1930 na Universidade de Chicago, e ao decorrer dos anos tornou-se mais uma das matérias a ser visualizada como de pesquisa. Sua base encontra-se nos economistas da Escola Clássica, sendo de suma importância a influência de Adam Smith.

Um professor desta Universidade, Ronald Coase, publicou o artigo denominado *The Nature of the Firm*, no ano de 1937. Este artigo inovou ao abordar a conceituação dos custos de transação, uma das teorias que abarcam a análise Econômica do Direito. De acordo com a explicação dada por Coase, através da utilização da teoria citada acima, toda sociedade empresária existente busca se desenvolver, mas em contrapartida deve-se, para isso, minimizar os custos de qualquer negociação (ZYEBERSZTAZN; SZTAJN, 2005, p.5).

Aaron Director, que também laborava na Universidade de Chicago, em 1957, criou o *Journal of Law and Economics*, que assim como Ronald Coase promoveu a junção do enfoque econômico nas relações jurídicas.

Imperioso ressaltar, que se deve ater para a existência de dois períodos que marcam a história da Análise Econômica do Direito, via de regra. O primeiro entre 1940 e 1950, conhecido como Velha Escola ou *Old Law and Economics*, que restringia seu enfoque nas áreas do direito relacionadas com a economia, a exemplo do Direito Tributário e do Direito Comercial. E o segundo período após a década de 60, conhecido como Nova Escola ou *New Law and Economics*, que diferentemente da Velha Escola, tem o propósito de criticar as regras jurídicas legais que detinham caráter econômico, pois até então nenhuma relação entre Direito e Economia havia sido proposta e analisada.

Ronald Coase delimitou a divisão histórica entre as duas escolas com a publicação em 1961 do artigo *The problem of the Social Cost*, que é reconhecido como o mais importante até os dias de hoje sobre a Análise Econômica do Direito. Coase demonstrou em seu trabalho que as relações de mercado devem ser analisadas sob a perspectiva dos custos de transação (ZYEBERSZTAZN; SZTAJN, 2005, p.6).

Desde o momento do enfoque dado por Coase em seu artigo, vários estudiosos começaram a pensar sobre a Análise Econômica em vários ramos do Direito. Richard Posner foi um desses estudiosos, que abordou a Análise Econômica do Direito em vários ramos, não só nos que estavam relacionados com a economia. Posner teve como objetivo demonstrar aos estudantes de Direito a importância da influência do pensamento econômico nas decisões a serem tomadas pelos magistrados, pois, estes devem garantir os direitos das partes em uma relação jurídica da maneira mais eficiente. Portanto, concluiu-se sobre a essencialidade de se afastar o formalismo jurídico exacerbado para enxergar o mundo de uma forma mais realista e pragmática pela ciência (ZYEBERSZTAZN; SZTAJN, 2005, p.9).

## **1.2 Da influência da Economia no Direito**

Conforme já exposto, a partir da década de 1930 as ideias empíricas da economia passaram a influenciar de maneira positiva as relações jurídicas.

Pode-se entender o Direito como o normatizador do comportamento humano, enquanto que a Economia caracteriza-se por estudar a tomada de decisões em um mundo de recursos escassos e suas consequências. Neste contexto, a Análise Econômica do Direito seria o emprego dos instrumentos teóricos e empíricos econômicos para expandir a compreensão e o alcance do Direito, aperfeiçoando a aplicação e a interpretação das normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.

Pode-se definir a Análise Econômica do Direito *ou Law and Economics* como sendo o método pelo qual se estuda a teoria econômica relativamente à formação, impacto e, sobretudo, as consequências de eventual aplicação de instituições jurídicas e/ou textos normativos, sejam eles públicos ou privados. Portanto, a Análise Econômica do Direito nada mais é do que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia para se tentar compreender as implicações fáticas do ordenamento jurídico.

A Análise Econômica do Direito é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito (GICO JUNIOR, 2012, p.14).

A importância da AED está no fato de a influência que as leis e as decisões judiciais causam na economia ser uma realidade que não se pode negar, mesmo porque a economia conseguiu desenvolver teorias que possibilitam antecipar os efeitos de determinada norma sobre o comportamento dos destinatários das normas. A recíproca também é verdadeira, na medida em que leis e decisões são criadas e proferidas em virtude de fenômenos econômicos. Por esse motivo, gera-se a necessidade cada vez maior de promover o entendimento por parte dos juristas acerca dessas mútuas influências, no sentido de se aprimorar o Direito e torná-lo mais eficiente (RESENDE, 2011, p. 85).

Infere-se, portanto, que o estudo da Análise Econômica do Direito transforma-se na sociedade tanto econômica quanto jurídica com o decorrer dos dias, haja vista que, entendeu-se a necessidade de agregar o conceito de ambas no momento de tomada de decisões, pois se concluiu que a economia sofre a influência das decisões jurídicas, bem como as decisões jurídicas podem ser previamente tomadas levando em consideração as consequências elucidadas pela economia.

É a partir disso que se torna de fundamental importância a aplicação da Análise Econômica do Direito ao ramo do Direito de Família, uma vez que através de suas concepções, podem-se tomar decisões mais racionais, eficientes e justas.

O direito é, então, um importante elemento na conformação da sociedade e sua orientação à maximização da riqueza e otimização de sua distribuição. Analisar o Direito conforme critérios e métodos econômicos nada mais é do que procurar elaborá-lo, interpretá-lo e aplicá-lo de modo a alcançar a eficiência econômica, entendida esta como a maximização na geração e distribuição dos recursos materiais disponíveis em uma dada comunidade (PIMENTA, 2006, p. 24).

Salienta-se que mesmo quando realizando uma análise normativa, a análise econômica do direito é incapaz de dizer o que é justo, o que é certo ou errado. Essas categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, questões subjetivas. Por outro lado, os jus economistas defendem que, não importa que política pública uma dada comunidade deseje implementar, ela deve ser eficiente. Uma vez escolhida uma política pública, seja ela qual for, não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios. Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o

desperdício. Neste sentido, a análise econômica do direito pode contribuir para a identificação do que é injusto, pois toda regra que gera desperdício é injusta, é ineficiente (TIMM, 2012, p.27).

Assim, pode-se dizer que a análise econômica tem como premissa a busca pela eficiência a fim de evitar qualquer desperdício, enquanto que o Direito tem por objetivo compreender as relações de causa e consequência das relações jurídicas e prima pela busca da justiça.

A análise Econômica do Direito objetiva a tomada de decisões de modo eficiente e justo, quando possível. Vale à pena ressaltar que, nem sempre o que é eficiente é justo, mas num mundo onde há escassez de recursos, certamente o ineficiente é injusto na medida em que o desperdício prejudica alguém.

### **1.3 Exemplificação da influência da Economia no Direito:**

Muitos dos exemplos dados para tentar demonstrar a Análise Econômica do Direito são extremos, mas funcionam como forma de explicitar os postulados básicos dessa escola, conforme se demonstrará abaixo:

Mercado legal de adoção e de órgãos: tese levantada por Richard Posner em seu livro sobre Análise Econômica do Direito, afirma que caso o procedimento de adoção seguisse os parâmetros do mercado e assim pudesse ser comercializado e negociado, este seria muito mais eficiente e traria muito mais benefícios à sociedade.

Demonstra que o número de crianças que deixam de ser adotadas devido a todo o procedimento burocrático do Direito e também o número de crianças que são abandonadas por não serem permitidas as chamadas “barrigas de aluguel” é muito maior do que o aceitável. Caso os princípios da Análise Econômica do Direito fossem seguidos, esses números sofreriam quedas drásticas. Para corroborar a sua tese, traça um paralelo com autorregulamentação dos mercados e faz um contraste entre o nível de eficiência destes e do serviço público. Tal lógica também pode ser aplicada a um possível mercado legal de órgãos, que seguiria a concatenação de ideias do mercado de adoção (MONTEIRO, 2009).

Neste mesmo sentido, tem-se o exemplo do Mercado legal de drogas que atualmente, o tráfico internacional de drogas é o segundo negócio mais lucrativo do mundo, atrás apenas da indústria bélica. Isso sendo ainda um mercado ilegal na

quase totalidade dos países do mundo. A Análise Econômica do Direito defende que a legalização de tal mercado traria proveitos para as partes envolvidas, mormente o mercado, o governo e os consumidores.

Afirma que o número de consumidores poderia vir a aumentar no início, como um *boom* momentâneo, mas que no futuro ele se estabilizaria e voltaria ao patamar do consumo ilegal. Durante esse interstício, o governo iria acumular muito em recolhimento de impostos, que poderiam ser diretamente revestidos para a manutenção da saúde e para a implantação de clínicas de recuperação de viciados. Além disso, o governo teria controle sobre a qualidade das drogas comercializadas, funcionando como uma agência reguladora, da mesma maneira que é feito com as demais mercadorias (MONTEIRO, 2009).

Outro procedimento que poderia ser aplicado seria a aplicação de pesadas taxas e impostos, com o direto intuito de aumento dos preços, o que levaria a uma diminuição do consumo, como há décadas vem acontecendo com os cigarros.

Como resultado indireto, as mega-organizações criminosas seriam substituídas por grandes corporações legais, que por sua vez desmantelariam o chamado *estado 1095 paralelo*, que atualmente tem o poder total sobre algumas regiões, como algumas favelas no Rio de Janeiro (MONTEIRO, 2009).

Assim, demonstrada está a influência da economia no direito através de exemplificações, ratificando, pois que a economia estabelece instrumental teórico e empírico e auxilia na tomada de decisões jurídicas.

## **2 ADOÇÃO À BRASILEIRA**

### **2.1 Conceituação/aspectos/características:**

A Lei nº 8.069/90, como legislação que regulamenta a proteção integral das crianças e dos adolescentes, privilegia a permanência desses menores em sua família natural (SILVA, 2013, s/p).

Todavia, nas hipóteses em que não há a possibilidade dos menores conviverem com suas famílias naturais ou extensas, há a possibilidade de colocação dos mesmos em família substituta, o que pode ser feito através da adoção (SILVA, 2013, s/p).

Silvio de Salvo Venosa(2010, p. 315) define adoção como uma "modalidade artificial de filiação que busca imitar filiação natural". Maria Helena Diniz(2010, p. 522-523)define de forma semelhante, mas adicionando que a adoção é "ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha".

Assim, para que esta hipótese de colocação em família substituta se concretize, há todo um procedimento a ser percorrido pelos sujeitos que se dispõem a receber como seus os jovens que estão em condições de serem adotados, tendo início com um cadastro perante o Juízo da Infância e Juventude situado no âmbito da Comarca dos postulantes (SILVA, 2013, s/p).

A partir de então, realizados os procedimentos iniciais, é necessária a propositura de uma ação judicial de adoção, na qual o Poder Judiciário irá averiguar se aqueles interessados estão aptos a adotar e, assim, após todo um acompanhamento deferir o requerimento através de sentença judicial (SILVA, 2013, s/p).

Ocorre que, muitas pessoas, por desconhecimento ou até mesmo com o desiderato de não quererem esperar nas filas de adoção, após tratativas com os pais biológicos, que, em regra, não possuem condições financeiras para criarem os seus filhos, acabam simplesmente por registrar esses menores como se filhos seus fossem, em total burla ao ordenamento jurídico, dando ensejo, assim, ao que popularmente se chama de adoção à brasileira(SILVA, 2013, s/p).

Destarte, "adoção à brasileira" ou "adoção à moda brasileira" ocorre quando o homem e/ou a mulher declara, para fins de registro civil, o menor como sendo seu filho biológico sem que isso seja verdade e não há a observância do devido processo legal (CAVALCANTE, 2013, s/p).

Portanto, ainda que a "Adoção à Brasileira" e a Adoção Tradicional possuam os mesmos fins jurídicos para o menor e para os pais, há uma diferenciação no procedimento por meio do qual tais fins foram alcançados. Enquanto a Adoção Tradicional exige "procedimento solene" como evidencia Maria Helena Diniz, a Adoção à Brasileira é realizada por meios considerados ilícitos (MOREIRA, 2011, s/p).

## 2.2 Pode-se falar em consequências penais e civis?

A adoção à brasileira também chamada de adoção *intuito personae*, que se funda na entrega da criança por seus pais à pessoa certa e determinada, é tipificada no Código Penal, no artigo 242, que foi introduzido através da Lei nº 6.898, de 1981, o qual dispõe:

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 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Ao estudar o mencionado tipo penal, especificamente o núcleo do tipo “registrar como seu filho de outrem”, Cleber Masson (2013, p.182) assim se posiciona: Esta conduta é conhecida como “adoção à brasileira”, em razão de tratar-se de atividade comum no território nacional, quase uma criação pátria, no mais das vezes cometidas por pessoas que buscam auxiliar amigos, parentes ou mesmo estranhos que não têm condições para cuidar do próprio filho, ou então para em conjunto criar, como se também seu filho fosse, o descendente de seu cônjuge ou companheiro.

Então, o encaminhamento do bebê para terceiros, sem intermediação do Poder Judiciário, constitui uma contravenção legal. Pessoas que registram como filho biológico uma criança sem que ela tenha sido concebida como tal cometem, simultaneamente, três tipos de infração: parto suposto, presunção de rapto e falsidade ideológica (LANZUCA, 2012, s/p).

Contudo, nesse mesmo art. 242 do Código Penal – Parágrafo único infere-se: “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”.

A lacuna existe exatamente na menção da reconhecida nobreza, até então não explicitada. De acordo com Plácido E. Silva, em sua obra Vocabulário Jurídico (2004, p 953), uma causa nobre seria aquela que 'exprime qualidades de virtuosa, bondosa, generosa, magnânima e méritos que elevam a pessoa na consideração de seus semelhantes'. Portanto, se o reconhecimento do filho alheio possuir causas como o bem-estar da criança ou garantia de um futuro melhor para o menor, então o registro teria como fundamento uma causa nobre podendo não estar sujeito à pena alguma.

Vale ressaltar, portanto, que, na prática, dificilmente alguém é condenado ou recebe pena por conta desse delito. Isso porque, no caso concreto, poderá o juiz reconhecer a existência de erro de proibição ou, então, aplicar o perdão judicial previsto no parágrafo único do art. 242 do CP (CAVALCANTE, 2013, s/p).

Além dessa isenção de consequências no âmbito penal, pode-se falar em isenção de consequências também para o âmbito civil, pois apesar de não se revestir de uma modalidade legítima de adoção, o entendimento adotado pela jurisprudência é pela manutenção do registro e irrevogabilidade do ato, por privilegiar, na hipótese, os laços de afeto e amor que se firmam entre os sujeitos envolvidos (CAVALCANTE, 2013, s/p).

Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, a saber:

Direito civil. Família. Recurso Especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Ausência de vício de consentimento. Maternidade sócio afetiva. Situação consolidada. Preponderância da preservação da estabilidade familiar - Mantém-se o acórdão impugnado, impondo-se a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da maternidade, por força da ausência de vício na manifestação da vontade, ainda que procedida em descompasso com a verdade biológica. Isso porque prevalece, na hipótese, a ligação sócio afetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo na preservação da estabilidade familiar. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1000356/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 07/06/2010) (grifou-se).

Portanto, apesar da adoção à brasileira, não se utilizar do devido processo legal e se enquadrar como crime, o adotante que a pratica, geralmente tem seu ato enquadrado no parágrafo único do artigo 242 do Código Penal, ou seja, acaba por ser absolvido pelo perdão judicial. Ademais, segundo entendimento do STJ, civilmente o ato do adotante também não será punido, pois o ato tornar-se-á irrevogável e manter-se-á o registro do adotado.

### 3 ANÁLISE ECONÔMICA DA ADOÇÃO À BRASILEIRA

#### 3.1 A Teoria dos Custos de Transação

A Teoria dos Custos de Transação foi criada pelo economista Ronald Coase, na década dos anos setenta, no artigo intitulado “The Nature Of The Firm”. Conceitua-se como sendo todos os custos envolvidos para a realização ou feitura de uma troca, ou de um contrato. Sob uma perspectiva mais ampla, são todos os custos decorrentes das instituições e da interação humana, no tempo, para se efetuar uma determinada transação (COASE, 1937, pp. 386-405).

Custos de transação compreendem, portanto, os custos com a realização de cinco atividades que tendem a ser necessárias para viabilizar a concretização de uma transação. Primeiro, a atividade pela *busca* pela informação sobre regras de distribuição de preço e qualidade de mercadorias; sobre insumos de trabalho e a busca por potenciais compradores e vendedores, assim como de informação relevante sobre o comportamento desses agentes e a circunstância em que operam. Segundo, a atividade de negociação, que será necessária para determinar as verdadeiras intenções e os limites de compradores e vendedores na hipótese de a determinação dos preços serem endógena. Terceiras a realização e a formalização dos contratos inclusive o registro nos órgãos competentes, de acordo com as normas legais, atividade fundamental do ponto de vista do direito privado, já que é o que reveste o ato das garantias legais. Quarto, o monitoramento dos parceiros contratuais com o intuito de verificar se aquelas formas contratuais estão sendo devidamente cumpridas, e a proteção dos direitos de propriedade contra a expropriação por particulares ou o próprio setor público. Finalmente, a correta aplicação do contrato, bem como a cobrança de indenização por prejuízos às partes faltantes ou que não estiverem seguindo corretamente suas obrigações contratuais, e o esforço para recuperar controle de direitos de propriedade que tenham sido parcial ou totalmente expropriados (SADDI, PINHEIRO, 2006, p.61).

Salienta-se que a expressão “custos” não está relacionada diretamente a conteúdos materiais. Ela deve ser observada como um ato praticado para se alcançar um determinado resultado.

A Teoria dos Custos de Transação trabalha com o conceito de racionalidade limitada, uma forma de racionalidade imperfeita que assume que as pessoas buscam maximizar a sua utilidade, mas estão sujeitas a restrições cognitivas que

podem transformar a capacidade de processamento mental no fator mais importante a ser economizado (SADDI, PINHEIRO, 2006, p 65).

Acerca do tema racionalidade pode-se dizer:

Racionalidade é um conceito técnico que pode ser expresso de três formas diversas e complementares. De início, dizer que o agente econômico é racional significa supor que cada pessoa possui gostos específicos, que chamamos de preferências. Não se fazem julgamentos de valor em relação a estas preferências, nem se tenta entender porque cada pessoa gosta de uma coisa ou outra. A teoria econômica é uma teoria sobre os meios empregados pelas pessoas para alcançarem seus fins (comportamentos) e não sobre os fins que elas buscam (motivação) (TIMM, 2012, p. 25).

Ainda no que tange a definição de racionalidade, o autor aborda que:

Outra forma de expressar a mesma ideia é dizer que cada indivíduo atribui uma utilidade a cada escolha possível e é capaz de ordenar essas escolhas de acordo com as que lhe provem. Toda vez que tiver de escolher entre duas opções, o indivíduo escolherá aquela que mais lhe traz utilidade, isto é, os agentes são racionais maximizadores de utilidade (TIMM, 2012, p. 26).

A terceira forma de se expressar a ideia de racionalidade, para Timm, (2010, s/p), ocorre no sentido de que mesmo que a escolha racional do indivíduo gere a ele custos para certa atividade (perda de utilidade), pode-se pressupor que o agente continuará agindo na busca da atividade desenvolvida quando esta lhe trouxer maior benefício do que o custo (ganho de utilidade).

Desse modo:

[...] a maximização racional traduz-se no pressuposto de que os indivíduos calculam para alcançarem os maiores benefícios aos menores custos. Assim, suas atitudes sempre serão – supostamente – racionais, vez que direcionam-se no sentido de atingir o melhor resultado – para eles – por menores custos. Não se pode ouvir, porém que tal noção é instrumental. Não há uma “mão invisível” que guia os agentes, não significa que sempre haverá um cálculo consciente pelos indivíduos entre custos e benefícios. O que reflete a flexibilização de tal noção para a ideia da racionalidade limitada. (SALAMA, 2008, p. 16).

Não se pode trabalhar com a perspectiva da racionalidade ilimitada que entende que qualquer pessoa é capaz de absorver e processar de forma ótima toda informação disponível – o que seria responsável pelas melhores escolhas na realização de negócios -; que o

comportamento das pessoas é baseado na busca do interesse próprio, mas respeitadas as regras do jogo (WILLIAMSON: 2005, p. 19)

Por isto, a melhor ideia a se trabalhar é a da racionalidade limitada e não máxima: os atores humanos buscam ser racionais, mas apenas conseguem sê-lo de modo limitativo (WILLIAMSON, 2005, p. 17).

Assim, sabe-se que os indivíduos são direcionados a uma escolha racional, ou seja, em absolutamente todas as decisões que tomam em seu cotidiano, os sujeitos, ainda que inconscientemente, fazem um cálculo entre o custo e o benefício para chegarem a uma resposta acerca de seus atos. Tais escolhas são baseadas em preferências, em valores e, inclusive, no orçamento disponível.

Mas, certamente, toda escolha implicará em uma renúncia, que deve ser feita levando-se em consideração os custos de oportunidade. Assim, toda decisão tomada por um sujeito tem como reflexo os custos da outra decisão que não fora tomada.

Pode-se dizer, ainda, que segundo essa teoria, o comportamento humano é marcado pelo oportunismo, definido como uma maneira mais forte de buscar o interesse próprio e que em busca desse interesse pode levar as pessoas a esconder ou distorcer informações, para enganar os outros.

Então, agrupando os conceitos da Teoria dos Custos de Transação e os aspectos da eficiência pode-se dizer que as premissas fundamentais para a Análise Econômica do Direito são que o ser humano procura aquilo que considera ser o melhor para si, preferindo mais a menos satisfação. Formalmente, diz-se que os agentes econômicos agem de maneira racional, procurando maximizar sua utilidade, bem como se pode aferir que no processo de maximização de sua utilidade as pessoas reagem aos incentivos que recebem do ambiente em que vivem e trabalham, incluindo o sistema de preços e, além disso, diz-se que as regras legais moldam os incentivos a que as pessoas estão submetidas e, portanto, influencia nas suas decisões de troca, produção, consumo, investimento etc. (SADDI, PINHEIRO, 2006, s/p).

### **3.2 Adoção à Brasileira sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito**

Sob a perspectiva da Análise Econômica do direito, especificamente buscando o conceito da Teoria dos Custos de Transação pode-se afirmar que a conduta dos agentes econômicos é racional e maximizadora, ou seja, eles ponderam os custos e os benefícios quando precisam decidir, sendo assim, pode-se dizer que eles respondem a incentivos, sendo esta também uma ideia central do direito (TIMM, 2012, s/p).

Assim, se as pessoas respondem a incentivos, então, do ponto de vista de uma ética consequencialista, as regras de nossa sociedade devem levar em consideração a estrutura de incentivos dos agentes afetados e a possibilidade de que eles mudem de conduta caso essas regras sejam alteradas (TIMM, 2012, s/p).

Segundo Dias (2010, p. 23):

A análise econômica parte da premissa de que os destinatários das normas jurídicas são sujeitos racionais, nos moldes do agente econômico que, ao se depararem com um obstáculo à sua vontade, decidem agir calculando os incentivos positivos ou negativos que sua escolha envolve.

Assim, ao se analisar a adoção à brasileira, deve-se ponderar o custo benefício trazido pela norma aos agentes que resolvem adotar o instituto e em contrapartida avaliar o incentivo dado ao agente para que o mesmo opte por este meio em detrimento da adoção convencional. Para tanto se verá abaixo algumas considerações acerca do tema.

A utilização do meio convencional da adoção é certamente mais vantajoso se se pensar sob o ponto de vista da irrevogabilidade da sentença que a constitui, bem como que há uma exigência para que a adoção seja sempre em benefício do adotando, trazendo tanto para o adotante quanto para o adotado toda proteção e segurança jurídica necessária.

Contudo, há uma desvantagem da adoção convencional, haja vista que o devido processo legal necessário, torna o instituto demorado e burocrático, indo de encontro, muitas vezes, com as necessidades da criança e com a ansiedade dos interessados.

De acordo com as informações prestadas no site do Senado, apenas um em cada quatro pretendentes (25,63%) admite adotar crianças com quatro anos ou

mais, enquanto apenas 4,1% dos que estão no cadastro do CNJ à espera de uma família têm menos de 4 anos. Em 13 de março deste ano, eram apenas 227 em um universo de 5.465. Por isso, cada dia que passam nos abrigos afasta as crianças ainda mais da chance de encontrar um novo lar. Tanto que é inferior a 1% o índice de pessoas prontas a adotar adolescentes (acima de 11 anos), que por sua vez respondem por dois terços do total de cadastrados pelo CNJ (JORNAL DO SENADO, 2013, s/p).

Ademais, no Brasil, o tempo médio nos processos de adoção é de 3,7 anos. Isso significa que muitas das crianças disponíveis deixam de atender às condições estipuladas pelos candidatos e acabam condenadas à vida nos abrigos e orfanatos. (ATTUCH, 2013, s/p).

Em contrapartida, quando se busca o instituto da adoção à brasileira, não há que se falar na figura do devido processo legal, ou seja, não há que se falar em intermédio do Poder Público nas relações entre adotante e adotado. Assim, para se adotar não se torna necessária a apresentação da documentação dos interessados, as entrevistas, as manifestações do Judiciário e do Ministério Público, nem mesmo torna-se necessário a destituição do poder familiar. Estes são alguns dos fatores que modificam por completo o instituto da adoção à brasileira da adoção convencional.

O não cumprimento do devido processo legal, automaticamente, faz com que seja diminuído o tempo gasto para se efetivar uma adoção. A redução do fator “tempo” é extremamente favorável ao instituto da adoção, haja vista que conseqüentemente diminui-se o período que as crianças permanecem nos abrigos sem desfrutarem de uma relação sócio afetiva da família interessada em adotar, faz com que um número maior de crianças seja adotado, já que um dos fatores agravantes para que se tenha um grande número de crianças em instituições esperando a adoção é justamente pelo fato de que as crianças possuem mais que quatro anos de idade e, de acordo com a preferência nacional brasileira, os interessados em adotar preferem recém-nascidos. Ademais, com a diminuição do fator “tempo”, reduz-se a ansiedade que aflige tanto o adotante, como o adotado.

Sob este prisma, pode-se dizer que a adoção convencional acaba sendo uma motivadora da adoção à brasileira, uma vez que, no Brasil, não há incentivos suficientes para que um interessado em adotar utilize-se do método legal, já que neste, haverá uma imensa burocracia e lentidão para se alcançar o objetivo principal enquanto que naquele não há o devido processo legal e conseqüentemente a falta

de procedimento torna o instituto mais atrativo, sob o ponto de vista da Análise Econômica do Direito.

Em outras palavras, pode-se dizer que todo aparato judicial faz com que as pessoas, seja por querer abreviar a espera, seja por medo de estar na frente das autoridades públicas, seja por temor em não ter o seu pedido deferido, preferem, simplesmente, registrar filho alheio como próprio, já que não possuem os incentivos na lei necessários à permanência exclusiva da adoção legal.

Neste mesmo sentido, tomando a economia como poderosa ferramenta para analisar normas jurídicas, em face da premissa de que as pessoas agem racionalmente, conclui-se que elas responderão melhor a incentivos externos que induzam a certos comportamentos mediante sistema de prêmios e punições. Ora, se a legislação é um desses estímulos externos, quantos mais as forem as normas positivadas aderentes às instituições sociais, mais eficiente será o sistema (ZYEBERSZTAZN; SZTAJN, 2005, p.75).

Assim sendo, quando não há os trâmites legais nem mesmo a burocracia, o procedimento torna-se mais célere e, portanto, mais eficiente, já que os custos (e leiam-se custos neste caso, como o tempo necessário para que seja efetivada a adoção, bem como todas as nuances que o permeiam) desse instituto tornam-se menores e, por excelência, quando os custos de uma transação são baixos gera uma maior motivação para a permanência do instituto e, em contrapartida, os benefícios encontrados na utilização da adoção à brasileira são grandes, já que de forma mediata os anseios da família interessada são cessados, bem como o principal objetivo do instituto da adoção é atingido, já que de uma maneira tão rápida a criança que até então não possuía expectativas de se encontrar dentro de um núcleo familiar tem a oportunidade de criar vínculos (paternos e maternos) e de encontrar um lar que a queira acolher e que lhe trate de modo afetivo.

A doutrina familiarista moderna é unânime em reconhecer a filiação socioafetiva. Por todos, cite-se o pioneiro e mais genial:

A verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação psicoativa, aquele, enfim, que além de poder lhe emprestar seu nome de família, o trata verdadeiramente como seu filho perante o ambiente social (FACHIN, 1992, p 169).

Em determinados casos o Superior Tribunal de Justiça tem superado o preciosismo formal da inadequação do registro e concedido o direito aos adotantes de permanecerem com a criança adotada pelo instituto da adoção à brasileira, sob o argumento de que o acolhimento da criança em um lar é mais favorável à mesma que a sua permanência em um abrigo. Afirmou, ainda, que a adoção não existe apenas para promover a satisfação do interesse de quem adota, mas, sobretudo, para a formação da família da criança, com a finalidade de possibilitar seu desenvolvimento.

Esse entendimento encontra-se nos seguintes julgados: HC 221.594, rel. ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13.3.2012, DJe 21.3.2012; AgRg na MC 15.097, rel. ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 05.3.2009, DJe 6.5.2009, e MC 18.329, relatora para acórdão ministra Nancy Andrighi, julgada em 20.9.2011, DJe 28.11.2011.

Ainda neste sentido, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), seguindo o voto do relator, ministro Massami Uyeda decidiu que quando ocorre a adoção à brasileira e já estiver sido constituído o vínculo de socioafetividade com o adotado, não cabe ao pai adotante requerer a nulidade do registro. Neste sentido:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL -NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO GENÉRICA - RECURSO ESPECIAL, NO PONTO, DEFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO - APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284/STF - ADOÇÃO À BRASILEIRA - PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE DE DESFAZIMENTO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.1. O conhecimento do recurso especial exige a clara indicação do dispositivo, em tese, violado, bem assim em que medida o aresto a quo teria contrariado lei federal, o que in casu não ocorreu com relação à pretensa ofensa ao artigo 535 do Código de processo Civil (Súmula n. 284/STF). 2. Em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai adotante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de sócio afetividade com o adotado. 3. Recurso especial improvido. REsp 1088157 / PB RECURSO ESPECIAL2008/0199564-3. Ministro MASSAMI UYEDA. T3 - TERCEIRA TURMA. Data do julgamento 23/06/2009. Data da publicação DJe 04/08/2009REVFOR vol. 407 p. 401RMP vol. 36 p. 277.

Pode-se concluir, então, que um novo registro de jurisprudências sobre o assunto tem sido tomado como exemplo nas decisões dos Tribunais de Justiça de todo o país. O novo rumo simboliza uma adaptação do sistema jurídico aos

problemas enfrentados ao se deparar com lacunas no ordenamento. É importante reconhecer o avanço que mostra não só a capacidade de ajuste do sistema quando necessário como também a preocupação com os interesses da criança, que hoje passa a ser o foco de causas como a da Adoção à Brasileira (MOREIRA, 2011).

Destarte, diante das informações trazidas por estas decisões, pode-se dizer que vem sendo mitigado o formalismo jurídico em prol da real necessidade do instituto.

## CONCLUSÃO

Feitas as considerações acerca do tema Adoção à Brasileira sob o viés da Análise Econômica do Direito, pode-se aferir que o ser humano opta por determinadas decisões a partir dos incentivos que lhe é dado. Além disso, objetiva diminuir os custos de qualquer ato a fim de obter maiores benefícios.

Viu-se que para se adotar uma criança da forma convencional, os custos são altos, já que há a ocorrência do devido processo legal, o que torna o procedimento mais demorado e burocrático, e os benefícios apesar de existirem, já que o instituto traz maiores garantias aos interessados, muitas vezes vão de encontro aos interesses pessoais das pessoas, já que em muitos casos acabam não sendo atingidos e, além disso, a premissa maior do instituto da adoção também não é alcançada, uma vez que não é com a mesma celeridade que uma criança é colocada à adoção e uma família interessada consegue atingir seu objetivo em adotar.

Por outro lado, analisou-se a adoção à brasileira sob a perspectiva da análise Econômica do Direito e mais precisamente em relação à Teoria dos Custos de Transação, e pode-se aferir que os custos desse instituto acabam por serem menores, pois não há a utilização do devido processo legal. Logo, o procedimento torna-se mais célere e não burocrático.

Ademais, os benefícios da adoção à brasileira são em grandes proporções, na medida em que a função social da adoção é atingida, haja vista que a família interessada em adotar atinge seu principal objetivo de forma célere. Neste mesmo sentido, o menor que, na maioria das vezes estaria fadado a permanecer em um abrigo por ultrapassar a idade máxima limitada pelos casais interessados em adotar,

é acolhido de forma mediata por familiares que estão a sua espera com um futuro a oferecê-lo.

Neste íterim, os incentivos dados à adoção à brasileira são maiores que os da adoção convencional. Conforme demonstrado no decorrer do trabalho, a punição criminal acaba por muitas vezes não ocorrendo por preponderar o chamado perdão judicial. Além disso, civilmente, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento da possibilidade de permanecer o registro da pessoa adotada ilegalmente visando à preservação dos interesses do adotado.

Assim, a segurança jurídica, que era um dos principais aspectos fortalecedores da adoção convencional, também corrobora a adoção à brasileira, sendo esta, pois mais eficiente.

Logo, enquanto os custos de adotar da forma convencional forem maiores que os benefícios e os incentivos forem baixos, haverá a ruptura desse modelo e conseqüentemente a permanência do instituto da adoção à brasileira, que traz maiores incentivos, menores custos e maiores benefícios.

**BRAZILIAN ADOPTION:** the institute under the economic analysis of law bias.

### ABSTRACT

This paper seeks to demonstrate the emergence, conceptualization and goal of Economic Analysis of Law and report how important the influence of the economy on the law, both as regards the creation of laws as in relation to decisions to be taken by the judiciary. The retrospective presents the conceptualization of Brazilian adoption and its dichotomy between being considered criminal offense, the absence of due process and a possible parallel more efficiently than traditional, through the study of Transaction Cost Theory. Finally, it is concluded that the human being is, in essence, a selfish being, whose personal interests are achieved and the Brazilian adoption as lacking due process becomes faster, decreasing because, its costs and satisfying way to mediate the concerns of the parties involved in the adoption process.

**KEYWORDS:** ECONOMIC ANALYSIS. Brazilian adoption. CRIMINAL OFFENCES. THEORY OF TRANSACTION COSTS.

## REFERÊNCIAS

ATTUCH, Leonardo. **Adoção à Brasileira.** Disponível em: [http://www.istoe.com.br/colunas-e-blogs/coluna/9343\\_ADOCAO+A+BRASILEIRA](http://www.istoe.com.br/colunas-e-blogs/coluna/9343_ADOCAO+A+BRASILEIRA).

Acesso em: 06 ago. 2013.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Adoção à brasileira e a (im)possibilidade de anulação do registro segundo o STJ.** Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/marciocavalcante/2013/02/27/adocao-a-brasileira-e-a-impossibilidade-de-anulacao-do-registro-segundo-o-stj/>. Acessado em: 20 de ago. 2013.

COASE, Ronald. **The nature of the firm.** Oxford, U.K.: Blackwell Publishing. *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16, Nov. 1937.

COGGIOLA, Oswaldo. **O tráfico internacional de drogas e o capitalismo.** Revista Adusp, ed. ago 1996. USP: São Paulo.

DIAS, Jean Carlos. **Análise Econômica do Processo Civil Brasileiro.** São Paulo: Ed. Método, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida.** Porto Alegre: SAFE, 1992.

GICO JUNIOR. Ivo Teixeira. **Introdução ao Direito e Economia.** In TIMM, Luciano Benetti (org.) *Direito e Economia no Brasil*, São Paulo: Atlas, 2012.

JORNAL DO SENADO. **Realidade brasileira sobre adoção, a diferença entre o perfil desejado pelos pais adotantes e as crianças disponíveis para serem adotadas.** Disponível em

<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao.aspx>. Acesso em: 10 de ago. 2013.

LANZUCA, Júlio Cesar. **Adoção à Brasileira – esclarecimentos.** Disponível em: (<http://www.adocao.blog.br/adocao-a-brasileira.htm>). Acesso em: 20 de jun. 2013.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado.** Parte Especial. Vol. 3, 3ª edição. São Paulo: Método, 2013.

MOREIRA, Raquel Macedo . **A evolução do conceito de Adoção à Brasileira e os novos rumos das Jurisprudências.** Disponível

em:<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI130348,21048>  
A+evolucao+do+conceito+de+Adocao+a+Brasileira+e+os+novos+rumos+das.  
Acesso em: 25 de jul. 2013.

PIMENTA, Eduardo Goulart, **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências**, São Paulo: IOB Thomson, 2006.

RESENDE, Ricardo. **Direito do trabalho esquematizado**. Ed. Método, 2011

SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2006.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** Cadernos Direito GV, Fundação Getúlio Vargas, 2008.

SILVA, De plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Marllisson Andrade. **Adoção à brasileira x filiação biológica**, posição do STJ, 2013. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/ado%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-brasileira-x-filia%C3%A7%C3%A3o-biol%C3%B3gica-posi%C3%A7%C3%A3o-do-stj>. Acesso em 25 jun. 2013.

TIMM, Luciano. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

VENOSA, Silvio, **Direito Civil** Vol VI, Direito da Família, 3ª ed. São Paulo: Jurídica Atlas, 2010.

ZYEBERSZTAZN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia** – análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

WILLIAMSON, Oliver. **Por que Direito, Economia e organizações?**In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.