

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Valéria Silva Galdino Cardin

José Sebastião de Oliveira – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-089-3

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

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I

Apresentação

O I Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Conpedi), dos dias 23 de junho à 1 de julho de 2020, proporcionou o intercâmbio de conhecimento científico entre os pesquisadores e as instituições de pesquisas na seara jurídica acerca de temas relacionados ao direito de família.

Considerado como um dos mais relevantes eventos de cunho científico na área jurídica, o Conpedi é responsável por viabilizar a discussão, em elevado nível de profundidade, de questões controvertidas e originais que permeiam o ambiente acadêmico e o meio jurídico, além de possibilitar a integração e a divulgação das linhas de pesquisa e dos trabalhos desenvolvidos nos programas de mestrado e doutorado.

O grupo de trabalho direito de família e das sucessões linha I, ao qual honrosamente participamos como coordenadores da mesa, contou com a participação de dedicados e experientes pesquisadores, os quais levantaram inúmeras indagações acerca de temáticas ainda pouco exploradas.

A respeito disso, Dirceu Pereira Siqueira juntamente com Henriqueta Fernanda Chaves Alencar Ferreira Lima e Danilo Cezar Ochiuto analisaram a inconstitucionalidade da natureza solidária dos alimentos em favor de pessoa idosa ante a natureza de direito da personalidade do instituto. Os pesquisadores entendem que os alimentos devem ser considerados como um direito da personalidade sendo a interseção do texto constitucional clarividente nesse aspecto, e ainda analisaram a compatibilidade da natureza solidária da obrigação alimentar aos idosos.

Por sua vez, Samantha Ribeiro Meyer-pflug e Maria Cristina Zainaghi, apresentaram o artigo “A Celeuma do Divórcio Impositivo” onde examinaram a resolução dos Tribunais de Justiça de Pernambuco e do Maranhão, que permitiu que o divórcio extrajudicial seja solicitado e averbado por um único dos cônjuges. O tema tem levantado dúvidas tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Os autores buscaram analisar as discussões suscitadas por essa normatização, pois de um lado defende-se o divórcio impositivo unilateral, pois entende-se que tal posição encontra guarida na redação da EC n. 66/10 e de outro lado ela seria vedada pelo CPC, que determina a realização de audiência de conciliação.

Posteriormente, Carlos Alexandre Moraes e Diego Fernandes Vieira apresentaram o trabalho intitulado “A crise processual civil e sua inefetividade a tutela do direito à convivência familiar e dos direitos da personalidade da criança e do adolescente” onde tiveram como objetivo principal analisar a efetividade dos meios processuais na proteção do direito à convivência familiar, pautando-se na doutrina, na jurisprudência e sobretudo na legislação vigente. Levantaram também questões acerca dos limites processuais na tutela dos direitos imateriais e existenciais. Os autores concluíram o entendimento de que o processo civil é ineficaz na tutela do direito à convivência familiar adequada e habitual.

No artigo “A desconstrução da heterocisnormatividade: o reconhecimento da identidade de gênero dos transexuais para a “transparentalidade” ou “parentalidetrans” os autores Caroline Vargas Barbosa e João Felipe Da Silva Neto abordaram a questão da transparentalidade como reconhecimento do indivíduo transexual e de toda a família como direito fundamental a partir da desconstrução da heterocisnormatividade, além de abordar a construção político-social de gênero afirmada pela heterocisnormatividade, do reconhecimento à identidade de gênero, da transparentalidade como direito fundamental aos membros da família e da necessidade de ruptura de paradigmas excludentes em prol do direito humano e fundamental à identidade e à personalidade. A problemática circulou em torno do reconhecimento jurídico às famílias com indivíduos transexuais.

O próximo trabalho, cuja autoria é de Marcia Mara Frota Magalhaes e Tais Vasconcelos Cidrao levantou o questionamento se: a educação domiciliar é a liberdade em escolher a escola dos filhos ou um dever do estado? O objetivo primordial do estudo foi discutir a importância não só da educação da criança para o seu completo desenvolvimento, mas também da necessidade de uma revisão do próprio conceito de educação frente a um mundo (pós) moderno. Para tanto, avaliou-se a proposta do homeschooling, já discutida e aplicada no exterior. A grande discussão levantada teve como ponto de partida o debate acerca da intervenção estatal na educação das crianças e a autonomia privada dos pais, tendo como foco o princípio do melhor interesse da criança.

Em seguida, Gustavo Gabriel Danieli Santos , Mariane Silva Oliveira e Rozane Da Rosa Cachapuz apresentaram o trabalho: A plurissignificação da família: reflexos no direito das famílias”, onde foi abordado a plurissignificação da família na pós-modernidade e seus reflexos no Direito das Famílias, objetivando analisar a transformação da família, bem como identificar os principais arquétipos familiares e as repercussões dessa conjuntura no Direito Familiarista. Os autores demonstraram que a família não apresenta unívoca significação, e aliado à estruturação psíquica, concorre à complexização de situações jurídicas e conflitos, que nem sempre são tutelados adequadamente nos rígidos lindes dos textos normativos. Após

observar as balizas constitucionais levanta-se desempenho desse mister, da resolução negociada de contendas e do respeito à autonomia privada e autodeterminação, observadas as balizas constitucionais.

O artigo intitulado como: Alienação parental e mediação: uma possível forma de tratar o conflito familiar, foi desenvolvido pelos autores Marcelo de Mello Vieira, Marina Carneiro Matos Sillmann. Ambos trataram da temática da mediação. Que é um instituto jurídico que tem como principal objetivo a restauração do relacionamento em conflito, é a técnica mais compatível com o direito à convivência familiar, do que as sanções apresentadas na Lei de alienação parental. Sendo assim, o trabalho propôs o emprego da mediação como uma possível forma para tratar situações de alienação parental.

Posteriormente, Marcelo de Mello Vieira e Marina Carneiro Matos Sillmann apresentaram o trabalho: “Direito à origem e direito à convivência familiar de crianças e de adolescentes: adoção à brasileira sob a ótica do direito infanto-juvenil,” que teve por objetivo analisar a adoção à brasileira sob a ótica do direito infantojuvenil, em especial, o direito à origem e o direito à convivência familiar de crianças e de adolescentes.

Em seguida, Adriane Haas, Eduardo Hoffmann , Lucas Paulo Orlando de Oliveira apresentaram a pesquisa intitulada como: Herança digital: sua já possível preservação no direito brasileiro,”que abordou a temática da sucessão de bens em que descreveram que atualmente a formação de um patrimônio físico ou de um patrimônio virtual são geralmente formados por informações constantes nas redes sociais e/ou internet, que se trata de um ativo, seja ele emocional ou financeiro; e, portanto, passível de transferência. Concluíram que se faz necessário o estabelecimento de meios para que estes ativos sejam transferíveis, respeitando a privacidade, honra e imagem do falecido.

Em seu turno, Ana Paula Dalmás Rodrigues e Daniele Ferrazzo Machado, apresentaram o artigo “A amor que vai além dos limites territoriais” onde suscitaram a problemática da internet e da globalização, dois fenômenos que foram além dos objetivos econômicos e comerciais. Explicaram que a internet e a comunicação entre pessoas de diversos países fez com que nascesse diversos relacionamentos entre estrangeiros de várias nacionalidades e que o direito precisa regulamentar tais relações, principalmente, no que tange aos direitos patrimoniais das pessoas envolvidas. O artigo analisou as principais normas de validade em relação às uniões celebradas no estrangeiro.

Seguindo a ordem de apresentação, as autoras Valéria Silva Galdino Cardin e Janaina Sampaio De Oliveira, descreveram a problemática do direito ao conhecimento da origem

genética em face da inseminação artificial heteróloga e a aparente colisão de direitos fundamentais entre o direito daquele que busca a sua origem e do doador de ter preservado o seu anonimato. Em face da ausência de legislação as autoras pontuaram a necessidade da aplicação da técnica da ponderação de interesses. Concluíram que, conhecer a identidade civil do doador não significa a aplicação das consequências da parentalidade, já que conhecimento da origem não tem o condão de estabelecer vínculo parental.

Em “O direito fundamental de testar”, apresentado por Raphael Rego Borges Ribeiro, defende a existência de um direito fundamental de fazer testamento, em que é utilizada a metodologia civil-constitucional, bem como adotada a doutrina de Robert Alexy como marco teórico. Partindo da premissa da dupla titularidade do direito à herança, deduziu que o direito de testar está incluído no âmbito de proteção do artigo 5º, XXX da Constituição Federal. E que a abolição da sucessão testamentária é vedada, tanto por lei ordinária como por emenda constitucional. Concluiu que o direito de testar não é absoluto, podendo sofrer restrições quantitativas e qualitativas justificadas por outros valores constitucionalmente tutelados.

O artigo “O tratamento da união estável nos ofícios registrais: características e efeitos, de autoria de Camila Caixeta Cardoso, Ronan Cardoso Naves Neto e Marina Araújo Campos, explanou acerca da temática da união estável no âmbito dos registros públicos. Para tanto partiu-se do tratamento sucinto da união estável, analisando suas características primordiais. Após, elencaram alguns aspectos gerais da atividade extrajudicial desempenhada nas serventias brasileiras, pertinentes ao assunto. E por fim, demonstraram aspectos técnicos e práticos da inscrição da união estável nos referidos serviços.

Por fim, a última apresentação foi do trabalho desenvolvido Alexandre Herrera De Oliveira, Diego Castro de Melo e Oscar Ivan Prux em que a pesquisa focou o direito e dever de prestação alimentícia aos filhos, partindo da realidade nacional e alcançando situações de esfera internacional, verificando a convergência entre este direito e os direitos da personalidade. Observou-se o fenômeno de reconhecimento da proteção dos alimentandos, especialmente, no que diz respeito a convenção de direitos das crianças, e a efetividade desse direito aos alimentos.

A partir da seleção dos trabalhos mais qualificados acima elencados, o referido congresso científico demonstrou, assim, a preocupação com as mazelas que acometem o direito de família, o espaço ao qual os núcleos familiares então inseridos, especialmente ao que diz respeito a evolução dos fenômenos sociais e do direito, para que se consolide a efetiva proteção, respeito e proteção dos direitos fundamentais e de personalidade.

Dra. Valéria Silva Galdino Cardin (UNICESUMAR/PR e UEM/PR)

Dr. José Sebastião de Oliveira (UNICESUMAR/PR)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito de Família e das Sucessões I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito de Família e Sucessão. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIREITO À ORIGEM E DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES: ADOÇÃO À BRASILEIRA SOB A ÓTICA DO DIREITO INFANTOJUVENIL

RIGHT TO ORIGIN AND RIGHT TO FAMILY LIFE OF CHILDREN AND ADOLESCENTS: BRAZILIAN ADOPTION UNDER THE VIEW OF CHILDREN'S LAW

Marcelo de Mello Vieira ¹

Marina Carneiro Matos Sillmann ²

Resumo

A prática da adoção à brasileira consiste em registrar como seu o filho de outrem e é tipificada pelo Código Penal Brasileiro no art. 242. Sendo assim, o presente trabalho tem por objetivo analisar a adoção à brasileira sob a ótica do direito infantojuvenil, em especial, o direito à origem e o direito à convivência familiar de crianças e de adolescentes. Para concretizar o presente estudo, utilizar-se-á a pesquisa teórica. Por sua vez, o método a ser empregado na pesquisa será por meio do estudo monográfico e legislativo de obras que trataram a temática da adoção à brasileira.

Palavras-chave: Direito das famílias, Convivência familiar, Direito à origem, Adoção à brasileira, Afetividade

Abstract/Resumen/Résumé

The practice of Brazilian adoption is to register the child of another as your own and is typified by the Brazilian Penal Code in art. 242. Therefore, the present study aims to analyze Brazilian adoption from the perspective of child and youth law, in particular, the right to origin and the right to family life for children and adolescents. To carry out the present study, theoretical research will be used. In turn, the method to be used in the research will be through the monographic and legislative study of works that dealt with the theme of Brazilian adoption.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Family law, Family living, Right to origin, Brazilian adoption, Affectivity

¹ Doutor em Direito Privado pela Pucminas. Mestre em Direito pela UFMG. Docente do Centro Universitário Unihorizontes. Membro da Associação Mineira dos Professores de Direito Civil - AMPDIC

² Mestre em Direito Privado pela Pucminas.

1 INTRODUÇÃO

A prática da adoção à brasileira consiste em registrar como seu o filho de outrem e é tipificada pelo Código Penal Brasileiro no art. 242. O mesmo tipo penal estabelece uma hipótese de isenção de pena quando restar comprovado que o autor agiu por motivo de reconhecida nobreza. Quando se analisam os mencionados dispositivo dentro do paradigma constitucional iniciado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), que consolida a Doutrina da Proteção Integral e o reconhecimento de que a criança e o adolescente são titulares de direitos que vão além do mero estado de filiação, deve se questionar se a adoção à brasileira consiste violação de direitos da criança e do adolescente como o direito à convivência familiar ou o direito à origem.

O presente trabalho tem por objeto compreender o direito à convivência familiar, incluindo o processo regular de adoção e o direito de origem, para em um segundo momento analisar a prática da adoção à brasileira, a partir da literatura jurídica e de julgados do STJ, com o intuito de apurar se ela viola direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. A metodologia empregada consiste na revisão bibliográfica e jurisprudencial acerca da temática proposta sempre por meio do exame crítico das leituras realizadas e feito a partir de uma análise interdisciplinar do problema posto, envolvendo assim aspectos do Direito da Criança e do Adolescente, do Direito das Famílias e do Direito Penal. O método eleito foi o dedutivo.

É importante esclarecer que as reflexões aqui expostas se fazem necessárias para aprimorar o sistema jurídico atual, uma vez que ainda hoje a adoção à brasileira não é uma prática incomum.

2 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E O DIREITO À ORIGEM: reflexões sobre os efeitos da adoção nesses dois direitos

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) reestruturou o tratamento jurídico conferido à criança no Direito brasileiro, pois foi responsável pela consagração da Doutrina da Proteção Integral e pelo rompimento com a Doutrina da Situação Irregular¹. Na visão de Emílio Buaiz (2003), a Doutrina da Proteção

¹ A Doutrina da Situação Irregular estabelecia um tratamento jurídico próprio para os menores em situação irregular, ou seja, aqueles que praticavam algum tipo de delito ou não possuíam família. O Código de Menores era a norma responsável por determinar o tratamento jurídico conferido aos menores.

Integral pode ser definida a partir de um conjunto de medidas elaboradas e administradas pelo Estado com prioridade absoluta e aliada a uma participação da família e da sociedade como um todo, buscando garantir que as crianças gozem dos mesmos direitos humanos que os adultos, bem como direitos próprios de sua peculiar condição, como o desenvolvimento e à participação.

Posto isso, tem-se que o art. 227 da CRFB/1988 efetiva o compromisso do Brasil de assegurar os direitos infantojuvenis com prioridade absoluta, promovendo e protegendo o desenvolvimento saudável das crianças e dos adolescentes, bem como atribui ao Estado, à família e à sociedade o dever de garantir essa absoluta prioridade nas mais diversas esferas da vida. Desse modo, a criança e o adolescente se tornam credores de seus direitos, podendo exigir de cada um desses agentes a concretização de suas necessidades. Nesse contexto, tanto a família quanto o Estado e a sociedade são devedoras da população infantojuvenil, possuindo cada uma delas sua respectiva parcela de responsabilidade na defesa, promoção e proteção de tais direitos, ressaltando que as responsabilidades são distintas e complementares. (VIEIRA, 2016, p. 83)

Assim, foi necessário efetuar uma articulação normativa infraconstitucional para assegurar a concretização da Doutrina da Proteção Integral no território brasileiro, reforçando seus preceitos e revendo as legislações existentes. Dessa forma, como o Código de Menores se tornou incompatível com os preceitos constitucionais, houve a necessidade de promulgar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990):

[A] a construção do Direito da Criança e do Adolescente proporcionou significativo processo de reordenamento institucional, com a desjudicialização das práticas de caráter administrativo; com mudanças de conteúdo, método e gestão, bem como, a integração dos princípios constitucionais da descentralização político-administrativa e da democratização na efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente que, a partir daí, têm reconhecido seu status de sujeito de direitos, garantindo o irrestrito, amplo e privilegiado acesso à Justiça. (CUSTÓDIO, 2008, p.31)

A partir desse panorama jurídico apresentado pela Doutrina da Proteção Integral, diversos direitos fundamentais específicos para crianças e para adolescentes foram introduzidos, reafirmados ou remodelados no texto constitucional com o intuito de assegurar o livre desenvolvimento saudável de crianças e de adolescentes no Brasil. Destaca-se o direito à convivência familiar, que aparece com essa nomenclatura pela primeira vez no ordenamento jurídico nacional na CRFB/1988. Esse direito é fruto de

uma construção do Direito Internacional da criança que se preocupa com o ambiente no qual ocorre a criação de crianças e de adolescentes e com o seu direito à família natural.

Foi considerando o exposto que o Estatuto da Criança e do Adolescente firmou as bases do direito à convivência familiar, prevendo, no seu art. 19, que é “direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.”²

Sendo assim, tenta-se tem-se por objetivo o rompimento com a tradição brasileira de abrigo de crianças nascidas em famílias consideradas, pelo Estado, desestruturadas, privilegiando a manutenção da criança em sua família sempre que possível. Nesse sentido, o infante é preferencialmente criado em sua família natural, comunidade constituída pelos pais ou um deles e os descendentes, e somente em caso de impossibilidade é que ele poderia ser encaminhadas primeiramente para família ampliada, aquela formada por parentes próximos com os quais haja laços de convivência, afetividade e afinidade (art. 25 parágrafo único da Lei n. 8.069/1990), e, subsidiariamente, para a família substituta.³

Nos termos do art. 28 da Lei n. 8.069 a colocação em família substituta pode ser mediante guarda, tutela ou adoção.⁴

A adoção pode ser considerada como sendo um dos institutos mais formais do Direito brasileiro, tendo passado por significativas transformações desde o advento da Lei n. 6.898/1981. Talvez a mais relevante seja a compreensão de que a adoção não é um instituto apenas do Direito das Famílias, mas também de efetivação do Direito da Criança e do Adolescente, especialmente do direito à convivência familiar.

² Essa é a atual redação do art. 19 da Lei n. 8.069/1990 dada pela Lei n. 13.257/2016. Na redação original, falava-se apenas em ambiente livre de pessoas dependentes de entorpecentes. Logo, a atual redação é mais ampla e mais condizente com a Doutrina da Proteção Integral.

³ A família substituta não é definida em lei. Ela tem “um conceito residual, compreendendo tudo aquilo que não se enquadra nas definições de família natural ou de família extensa e abrangendo desde parentes com quem a criança não tenha convivência, amigos da família, vizinhos, até totalmente desconhecidos.” (VIEIRA, 2016, p. 110).

⁴ A guarda, a tutela e adoção são, portanto, instrumentos para a efetivação do direito à convivência familiar usados quando for necessária a retirada da criança ou do adolescente da sua família natural. A guarda é o mais simples desses mecanismos, obrigando o guardião a prestar assistência educacional, material e moral e conferindo o direito de oposição à terceiros inclusive aos pais. Ela também pode excepcionalmente possuir direito de representação para alguns atos determinados pelo Juízo da Infância e da Juventude e convive com o poder familiar (art. 33 da Lei n. 8.069/1990). Já a tutela pressupõe a suspensão ou perda do poder familiar e confere além do dever de guarda (art. 36, parágrafo único, da Lei n. 8.069/1990), o dever de representação legal para atos de administração do patrimônio conforme previsto no Código Civil de 2002.

Assim, considera-se que a adoção é uma medida irrevogável, personalíssima e excepcional, utilizada somente “quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa” (art. 39, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente), ou seja, se a inserção em família substituta é excepcional, a adoção é a exceção da exceção. Deve-se considerar ainda que a regra no Direito nacional é a adoção não *intuitu personae*, sendo necessária a prévia inexistência do poder familiar e encaminhamento da criança ou do adolescente pela autoridade judicial competente aos interessados inscritos no Cadastro Nacional de Adoção (CNA).⁵ Em terceiro lugar, a inscrição no CNA exige que os postulantes à adoção passem por um procedimento administrativo conduzido pelo Juiz da Infância e da Juventude e com participação obrigatória do Ministério Público, que, além da análise de ampla documentação, inclui a elaboração de estudo psicossocial pela equipe interprofissional judicial e a participação em programa de preparação para adoção (art. 197-A a 197-F da Lei n. 8.069/1990). Em último lugar, existe um período de aproximação entre adotantes e adotando chamado de estágio de convivência, que, na adoção nacional, varia de trinta a quarenta e cinco dias prorrogável por até igual período mediante decisão judicial, que visa examinar a formação de vínculos entre as partes, o comportamento de cada envolvido e o processo de adaptação de todos a essa nova situação familiar, tudo isso com o intuito de avaliar se a adoção atende aos interesses da criança e do adolescente. Ou seja, aquilo que o senso comum denomina de burocracia excessiva para a adoção, representa, na verdade, cautela necessária para não se colocar uma criança ou um adolescente em risco.

Cumprido ressaltar que, mesmo com a possibilidade de constituição dos laços familiares pela via da adoção, preserva-se, nos termos da Lei, o direito da criança e do adolescente de conhecerem sua origem biológica, pois há o entendimento de que o conhecimento das raízes genéticas tem influência na construção da identidade da pessoa.⁶ Segundo Moraes,

⁵ Questão que geralmente não recebe a devida consideração na literatura jurídica é a preparação dos adotandos, em especial aqueles que estão em acolhimento institucional ou familiar, para que se busque o sucesso da adoção. Cabe a equipe interprofissional realizar essa preparação para a inclusão em família adotiva, visando auxiliar o adotando a compreender as repercussões que a adoção terá em sua vida, evitando assim traumas e estranhamentos (art. 197-C § 3º da Lei n. 8.069/1990).

⁶ Sobre o direito à identidade, o Comitê das Nações Unidas para os Direitos da Criança afirma que “[A] a identidade da criança inclui características tais como o sexo, a orientação sexual, a nacionalidade de origem, a religião e as crenças, a identidade cultural e a personalidade. Embora as crianças e os jovens partilhem as mesmas necessidades básicas universais, a expressão dessas necessidades depende de um conjunto alargado de aspetos pessoais, físicos, sociais e culturais, incluindo o desenvolvimento das suas capacidades. O direito da criança a preservar a sua identidade é garantido pela Convenção (artigo 8.º) e deve ser respeitado e tido

[C] conhecer as próprias origens. Origens que não são apenas genéticas, mas também culturais e sociais. O patrimônio genético não é mais indiferente em relação às condições de vida nas quais a pessoa opera. Conhecê-lo significa não apenas impedir o incesto e possibilitar a aplicação de impedimentos matrimoniais ou prever e, eventualmente, evitar enfermidades hereditárias mas, responsabilmente, estabelecido o vínculo entre o titular do patrimônio genético e sua descendência, assegurar o uso do sobrenome familiar, com sua história e sua reputação, garantir o exercício dos direitos e deveres decorrentes do pátrio poder, além das repercussões patrimoniais e sucessórias. (MORAES, 2002, p. 227).

Nesse sentido, se afirma que o direito à origem consiste em um direito da personalidade decorrente do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, bem como do direito à historicidade pessoal. Portanto,

[...] não se esgota em um código genético informador do genótipo. Sem dúvida, os aspectos mais significativos da história pessoal são aqueles que foram vivenciados pelo sujeito de forma consciente, constituindo um conjunto de lembranças e de aprendizado. Mas, é preciso reconhecer que o conhecimento das origens é, muitas vezes, um anseio legítimo do indivíduo, e desse modo, trata-se de aspecto relevante para a tutela da identidade. (AULER, 2010, p. 25).

Ainda que se entenda que os laços familiares são pautados na afetividade entre os membros, a identidade genética tem sua importância considerando a necessidade humana de se reconhecer no outro, de conhecer sua origem e saber sua história de forma completa, representando garantia do livre desenvolvimento da personalidade o direito a conhecer as circunstâncias em que foi gerado, bem como saber sobre as pessoas que determinaram biologicamente sua existência (AULER, 2010, p. 26).

Reconhecendo os aspectos supramencionados, o legislador brasileiro estabeleceu no art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente uma permissão para que o adotado conheça seu processo de adoção e sua origem biológica. Esse direito é imprescritível e seu exercício decore de livre escolha do adotado. Para Juliana Auler (2010, p. 25), essa faculdade deve ser conferida pelo Direito como proteção à personalidade, indo além do aspecto da proteção à integridade física, referente à prevenção de doenças genéticas, sendo fundamentada no direito de conhecer a verdade sobre si mesmo.

O direito à origem é essencial para o livre desenvolvimento da personalidade humana, sendo fundamentado no legítimo interesse da pessoa em conhecer sua origem

em consideração na avaliação do interesse superior da criança.” (COMITÊ DOS DIREITOS DA CRIANÇA, 2013, p. 22).

biológica como parte da história da sua vida. Esse direito não se confunde com os laços de filiação:

[F] filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele. (LÔBO, 2004, p. 1).

Por outro lado, o direito à identidade genética é de caráter puramente biológico, não tendo qualquer relação com laços de afetividade ou mesmo com o interesse em assumir os papéis de pai, de mãe ou de filho. Assim, distingue-se o direito de filiação do direito à identidade genética, uma vez que apenas o primeiro tem o condão de criar vínculos jurídicos de ancestralidade, enquanto o segundo se refere aos aspectos de historicidade e de genética da pessoa.

Ante o exposto, se mostra de suma importância preservar o acesso da criança ou do adolescente à sua origem. Em razão disso, o procedimento de adoção deve ser respeitado em sua integralidade, uma vez que foi pensado para proteger a criança, assegurar seus direitos fundamentais e encontrar uma família com condições para a acolher e promover o seu saudável desenvolvimento. No entrando, observa-se a ocorrência da situação da adoção à brasileira, apresentada, muitas vezes, como uma forma de se encontrar um lar para uma criança desamparada, sem maiores preocupações com outros direitos ou o respeito ao ordenamento jurídico.

3 PENSANDO ADOÇÃO À BRASILEIRA DE FORMA INTERDISCIPLINAR

A ideia de estado de pessoa pode ser definida como o conjunto de qualidades próprias de cada um com repercussões jurídicas ou “qualificação na sociedade, hábil a produzir efeitos de direito”. (PEREIRA, 2009, p. 227). Caio Mário Pereira (2009, p. 227) ensina que, no direito moderno, o estado de pessoa englobaria o estado político e o estado civil, sendo que neste haveria o estado pessoal (*status personalis*), relacionado à capacidade civil, e o estado familiar (*status familiae*), ligado às relações familiares, como filiação, casamentos, etc.

Com o intuito de tutelar penalmente este bem jurídico, o Decreto-Lei n. 2.848/1940 (CPB) apresenta um título específico para os crimes contra a família,

dedicando um capítulo aos crimes contra o estado de filiação. O estado de filiação compreende um fato que fixa alguém em uma família, podendo decorrer de um fato natural como o nascimento ou de um fato jurídico como a adoção (PEREIRA, 2009, p. 227),⁷ sendo sua proteção necessária para garantir os efeitos jurídicos inerentes à maternidade ou à paternidade.

Para a finalidade proposta por este trabalho, destaca-se o art. 242 CPB com as alterações feitas pela Lei. 6.898/1981, o qual possui condutas típicas: o crime de parto suposto – “dar parto alheio como próprio” – supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido – “ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil” – e “registrar como seu o filho de outrem”, sendo esta última conduta conhecida como adoção à brasileira. O tipo prevê ainda uma hipótese de isenção de pena quando o ato fosse cometido por motivo de reconhecida nobreza.

Pierangeli afirma que a mudança legislativa advinda da Lei n. 6. 898/1981 era necessária para combater o “incessante expediente utilizado por muitos casais, normalmente sem filhos, que passaram a registrar filho alheio como próprio, expediente que passou a se chamar de *adoção à brasileira*” (PIERANGELI, 2007, p. 556, destaque no original). Essa prática gerava, e ainda gera, uma distorção no sistema legal de filiação, uma vez que, segundo Luiz Régis Prado (2017, p. 513), casais “deixavam de adotar uma criança, preferindo registrá-la como seu filho”. No entanto, conforme a exposição de motivos da lei, a finalidade da modificação legislativa foi mais garantir o perdão judicial para aqueles que, ainda que ilegalmente, praticavam um “gesto de conteúdo nobre, embora errôneo, mas que não representa nenhum mal a perturbar a ordem social” (PODER EXECUTIVO, 1980) do que combater a ilegalidade do ato em si.

Desse modo, o que caracteriza a adoção à brasileira não é a entrega da criança para terceiros⁸, mas sim o registro civil da criança como sendo sua, já que é em razão da informação errônea inserida no registro é que será modificado o estado de filiação.⁹ Não

⁷ Obviamente, hoje a filiação possui contornos bem diferentes daqueles de quando o CPB foi promulgado, uma vez que os avanços sociais e tecnológicos revolucionaram essa temática. Em relação ao nascimento, as técnicas de reprodução assistida permitem que quem gere a criança não seja legalmente pai, o que era inimaginável em meados do século passado. A simplificação feita aqui se deve apenas ao recorte feito para este trabalho.

⁸ Cumpre ressaltar que a mera entrega da criança para terceiros não dispensa o procedimento formal de adoção, ou seja, a entrega por si só, não gera o vínculo de parentesco. Este só nasce com o registro.

⁹ Náthani Lima e Shirlena Amaral (2015, p. 53-54) afirmam sobre a adoção à brasileira que essa “prática é bastante comum no Brasil, haja vista a facilidade de se proceder com o registro de nascimento no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, que é feito com a presença do pai ou mãe que declaram o nascimento da criança em casa, pois de acordo com a regra prevista pelo artigo 52, §1º, da Lei de Registros públicos,

se tem processo formal de adoção na hipótese de adoção à brasileira. A razão deste nome é justamente o contorno que se dá à lei para se ter o mesmo efeito produzido quando o procedimento jurídico é realizado. É o famoso “jeitinho brasileiro” aplicado à filiação.

Em relação à possibilidade de isenção de pena do art. 242 CPB, cumpre ressaltar que a expressão ‘por motivo de reconhecida nobreza’ é ampla e deve ser delimitada à luz do caso concreto. Rogério Greco (2017, p. 235) afirma que nobre seria aquele ato altruísta, generoso ou humano, atos lastreados em sentimentos que devem ser levados em conta para aplicação ou isenção da pena. Werter Rocha e Marcela Selow são mais específicos e ensinam que

[A] a nobreza pode ser entendida no ato praticado que visa o bem estar (sic) da criança e a proteção e seus interesses, e nesse caso, quando o adotante pretende dar a criança entregue aos seus cuidados, uma parentalidade documental a fim de protegê-la de qualquer tipo de discriminação, além da segurança jurídica quanto aos direitos imediatos advindos da paternidade.

A causa nobre fica evidenciada quando os adotantes demonstram claramente que o gesto foi praticado em função da criança, e não em razão de si mesmos, como por exemplo, em se buscar uma criança para adoção direta com o fim de burlar a Lei 8069/90, não realizando a inscrição no CNA com todo seu trâmite legal. (ROCHA; SELOW, 2015, p. 569/570).

Assim, entende-se que a motivação a fundamentar a isenção de pena deve ser anterior à prática do ato, evitando que questões como o vínculo afetivo da criança com os autores do crime seja um fator determinante e que poderia esvaziar o tipo penal. Ademais, quando os autores conhecem o procedimento legal de adoção, seja porque são inscritos ou estão em processo de habilitação para adoção, seja porque têm conhecimento jurídico ou atuam em áreas afins, como serviço social, psicologia, etc., não há de se falar que o ato foi praticado de boa-fé. Isso porque tais pessoas sabem que crianças em tenra idade possuem grandes chances¹⁰ de serem encaminhadas a interessados que vão zelar pelo bem-estar delas e exercer a paternidade/maternidade de forma tão satisfatória quanto os “pais” criminosos.¹¹ Essa reflexão é importante para desconstituir a ideia de que os

de nº 6.015, a presunção da declaração é a de veracidade, e somente quando houver motivos para duvidar, poderá o oficial investigá-la”. Esse seja talvez o ponto mais difícil de se combater a adoção à brasileira no país, uma vez que dificultar o procedimento de registro civil não é uma opção muito viável, já que isso poderia acarretar ao não registro de inúmeras crianças que estão sendo registradas pelos pais corretamente. Dificultar o registro civil poderia se tornar uma forma de negar o acesso ao direito à filiação.

¹⁰ Em pesquisa realizada em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) informou que 25,7% dos interessados em adotar procuram crianças com um ano ou menos, e esse número cresce para 45,7% para crianças com menos de três anos.

¹¹ A expressão “criminoso” foi utilizada com intenção de esclarecer que quem pratica a adoção à brasileira não tem, para o sistema jurídico, diferença daquele que furta, que corrompe, que rouba, etc. Todos são violadores da lei penal.

autores de adoção à brasileira acreditam que eles devem agir para “salvar” aquele infante de viver sua vida em uma entidade de acolhimento institucional. Ressalte-se ainda que a má-fé é razão para o não deferimento da adoção, mesmo na hipótese que o adotante detém a guarda ou a tutela da criança por mais de três anos (art. 50 §13º, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Contudo, nomes significativos do Direito das Famílias brasileiro defendem que a adoção à brasileira merece ser mantida em razão dos vínculos afetivos desenvolvidos entre os pais registrais e a criança.

Para Rolf Madaleno (2018, p. 659), a socioafetividade é pautada nos laços de afeto, no desejo de ser pai ou de ser mãe, independentemente de vínculos biológicos. Ao apresentar a relação entre socioafetividade e adoção à brasileira, o mesmo autor (2018, p. 661), em uma visão romantizada, aponta que a

[...] filiação socioafetiva da adoção à brasileira pressupõe o estabelecimento de laços de afeto desenvolvidos entre o que promoveu o registro e a pessoa registrada como filho, sem que necessariamente tenha ciência da veracidade ou falsidade do registro de filiação, pois a filiação socioafetiva se estabelece justamente em função desse elo de afeto desencadeado entre os dois polos de amor de uma filiação que nasceu do coração. Entrementes, se a pessoa foi induzida em erro e levada a acreditar se tratasse de seu filho biológico, mas com ele não criara nenhum laço de afeto, não há que ser falado em filiação socioafetiva, como tampouco biológica ou registral, sendo passível de anulação o registro de nascimento de quem o fez na crença equivocada de que o filho realmente era seu [...] ¹²

Desse modo, o supracitado autor entende que a adoção à brasileira é pautada na socioafetividade, independentemente de a criança ter a oportunidade de saber sobre sua origem genética, podendo a pretensa adoção ser desconstituída apenas se a afetividade não for concretizada. Ocorre que o autor se esquece de que, com a prática da adoção à brasileira, a criança é impedida de criar vínculos afetivos com sua família de origem, já que não há convivência.

Para Maria Berenice Dias (2010, p. 489):

Há uma prática disseminada no Brasil – daí o nome eleito pela jurisprudência – de o companheiro da mulher perfilhar o filho dela, simplesmente registrando a criança como se fosse seu descendente. Ainda que este agir constitua crime contra o estado de filiação (CP, 242), não tem havido condenações, pela motivação afetiva que envolve essa forma de agir. Em muitos casos, rompido

¹² É importante ressaltar que, ao contrário do que pode se compreender da última frase da citação de Paulo Lobo, o registro feito por aquele que foi induzido ao erro não configura o tipo penal do art. 242 do CPB, uma vez que a conduta penalmente vedada é exclusivamente dolosa. Ademais, o STJ possui entendimento unânime, permitindo a anulação de registro civil e modificação da filiação nos casos de erro ou coação.

o vínculo afetivo do casal, ante a obrigatoriedade de arcar com alimentos a favor do filho, o pai busca a desconstituição do registro por meio de ação anulatória ou negatória de paternidade. A jurisprudência, reconhecendo a voluntariedade do ato, praticado de modo espontâneo, por meio da “adoção à brasileira”, passou a não admitir a anulação do registro de nascimento, considerando-o irreversível. Não tendo havido vício de vontade, não cabe a anulação, sob o fundamento de que a lei não autoriza ninguém vindicar estado contrário ao que resulta o registro de nascimento (CC, art. 1604).

Assim, a autora entende que o afeto seria motivo suficiente para não se condenar os autores do crime do art. 242 CPB e mais, também seria motivo relevante para não se desconstruir o registro civil fraudado, o que impediria a criança ou o adolescente de conhecer a verdade real acerca de sua origem biológica.

Deve também o julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça HC 385507/PR. de relatoria da Ministra Nancy Andrighi (BRASIL, 2018), é decidido um caso no qual os pretensos adotantes burlam o cadastro nacional de adoção, ainda que cientes de sua existência, bem como dos procedimentos necessários para a adoção formal. A criança era filha biológica de conhecidos de um casal de amigos que residiam em outra cidade, a família biológica afirmava não ter intenções e nem condições de cuidar da criança. A Ministra ressalta que o casal já havia sido aprovado há algum tempo para o cadastro nacional de adoção e que proporcionar um ambiente familiar saudável para a criança. Destacou que:

Por esse motivo, é razoável crer que uma brusca ruptura desses laços formados a partir do amor, da convivência, do respeito e do carinho, sem que haja juízo de certeza acerca da possibilidade, ou não, de destituição do poder familiar biológico e da regularização da adoção, é potencialmente devastadora à menor, com risco concreto de que lhe sejam causados danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Diante desse cenário, sendo verossímil a fundamentação de que se estabeleceu, entre o casal e a menor, uma verdadeira relação de filiação socioafetiva, que deve ser reconhecida e amparada juridicamente, ainda que em caráter provisório, é amplamente recomendável que não seja realizada nenhuma alteração de guarda, ou uma medida de acolhimento da infante, até que se delibere sobre a possível adoção pelo casal em juízo de certeza ou, ainda, até que eventualmente se verifique a existência de modificação das circunstâncias de fato acima apresentadas e que torne nociva ou imprópria a convivência da infante com os pretensos adotantes. (BRASIL, 2018, p. 1)

Para o julgado, o vínculo afetivo é motivo suficiente para que se conceda a guarda para pessoas que desrespeitaram o processo formal de adoção. O fundamento utilizado pelo STJ é que é mais compatível com o princípio do melhor interesse da criança ser mantida na família na qual desenvolveu laços afetivos do que aguardar a fila da adoção em um abrigo.

Cumpra ressaltar que, apesar de a adoção à brasileira ser tipificada como crime para o ordenamento jurídico brasileiro, não se nega a possibilidade de a criança desenvolver laços afetivos com o autor do ilícito penal, sendo mais prejudicial para seu processo de desenvolvimento humano o rompimento brusco desse relacionamento e a reinserção na família de origem ou disponibilização da criança para adoção formal.

Neste sentido, tem-se o HC 418.431-SP de relatoria do Ministro Moura Ribeiro (BRASIL, 2017). No caso sob análise, a genitora era pessoa em situação de rua e já havia deixado outra criança sob os cuidados do casal. Logo após o parto do segundo filho, o pai registrou a criança como se fosse sua. A rápida atuação do Ministério Público de São Paulo na apuração dos fatos, bem como, aplicação da medida de acolhimento institucional, impediu a criação de vínculos afetivos entre a criança e os pretensos pais, já que conviveram por apenas dois meses. O Ministério Público reforçou o direito da criança em ter sua situação tratada em conformidade com o que a lei estabelece, com o acompanhamento de profissionais aptos a avaliar suas necessidades, ser observada a ordem do cadastro nacional de adoção e que o infante não poderia ficar à mercê de pessoas que supostamente praticaram crime para o acolher como filho. Assim, o Ministro relator decidiu que, apesar da Terceira Turma do STJ reiteradamente decidir que não é do melhor interesse da criança o acolhimento em abrigo quando não há evidente risco à sua integridade física e psíquica, bem como a necessidade de se preservar os laços afetivos, no caso em análise entendeu que não houve tempo hábil para a formação de vínculos afetivos.

Por isso, ressalta-se a relevância de se apurar o crime antes de a afetividade ser consolidada. Reforça-se o fato de que a prática da adoção à brasileira é violadora de direitos fundamentais da criança e do adolescente como o direito à convivência familiar e o direito de origem, não podendo ser romantizada a qualquer custo.

Quando se analisa a adoção regular, observa-se a preocupação em resguardar o estado de filiação e o direito à identidade genética, pois o processo de adoção rompe com os vínculos familiares pretéritos e estabelece novos vínculos de filiação com os adotantes ao mesmo tempo que garante ao adotado o conhecimento da sua origem biológica, nos termos do art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido,

[R] ressalte-se que, ao tutelar o direito ao conhecimento da origem biológica, a lei não restabelece os vínculos jurídicos do adotado com a família de origem. Apenas reconhece a existência de um liame genético que não se extingue. O conhecimento da identidade dos genitores não implica o reestabelecimento de qualquer vínculo jurídico com eles. Trata-se do mero conhecimento, como uma

forma de buscar a própria história e de reafirmar a individualidade. (AULER, 2010, p. 29)

Quando se discute a relação entre o direito à filiação e o direito à identidade genética na adoção à brasileira, no entanto, não se vislumbra a mesma compatibilidade da adoção regular. Nesse caso, os laços de filiação são constituídos com base em um procedimento irregular, que não dá garantia de que a criança ou o adolescente possa buscar informações a respeito da sua origem. Toda a informação sobre a identidade genética é aquela que os pais registrais possuem e que, normalmente, não mantêm registro, já que qualquer registro acabaria sendo prova do ilícito penal por eles mesmos cometido.

Não se defende neste trabalho a manutenção da criança na família natural a qualquer custo, mas sim que o processo de adoção tem por objetivo preservar o melhor interesse da criança, encontrando uma família que está apta a acolhê-la ao mesmo tempo que assegura a concretização do direito à origem. Assim, a adoção à brasileira é um crime que não deve ser romantizado, nem deve ser distorcida a questão da afetividade para manter os laços familiares que surgiram a partir dessa prática. A hipótese de isenção de pena deve ser analisada à luz do caso concreto, observando os motivos que ensejaram a prática do ato e não os laços que surgiram após o cometimento do crime.

Quando se discute a adoção à brasileira e os vínculos de ancestralidade, o STJ tem o entendimento de que

[...] a chamada "adoção à brasileira" – ao contrário da adoção legal – não tem aptidão de romper os vínculos civis entre o filho e pai biológicos, que devem ser restabelecidos sempre que o filho manifestar o seu desejo de desfazer o liame jurídico nascido do registro ilegalmente levado a efeito, restaurando-se, por conseguinte, todos os consectários legais resultantes da paternidade biológica, como os registrais, patrimoniais e hereditários.

O direito da pessoa ao reconhecimento de sua ancestralidade e origem genética – o qual, aliás, é conferido também aos filhos legalmente adotados – insere-se nos atributos da própria personalidade; é segura manifestação da predileção do Ordenamento Constitucional pela dignidade humana em detrimento de todos os óbices que eventualmente possam ser opostos à realização da pessoa em sua plenitude.

Muito embora no mais das vezes a chamada "adoção à brasileira" não denote torpeza de quem a pratica – na verdade, não raro é movida por sentimentos de elevada nobreza –, pode ser instrumental de diversos ilícitos, como aqueles relacionados ao tráfico internacional de crianças, além de poder não refletir o melhor interesse do menor, que é o guia a ser seguido em matéria de adoção. Bem por isso o ordenamento jurídico tipificou como crime "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" (art. 242 do Código Penal).

Em suma, a paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada "adoção à brasileira", independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada "adoção à brasileira". (BRASIL, 2012, p.1.)

Com isso, entende-se que a relação entre a filiação e a adoção à brasileira se resume a quem deseja a investigação de paternidade. Se for requerida por aqueles que registraram a criança como sua, só há a anulação da paternidade/maternidade se for comprovado erro ou coação, devendo prevalecer a filiação socioafetiva em caso contrário. Por outro lado, sendo a investigação de paternidade requerida pelo adotado, é possível a anulação do registro, independentemente do transcurso do tempo ou até mesmo dos vínculos afetivos. Em suma, na primeira possibilidade, prevalece a afetividade sobre a verdade biológica, enquanto na segunda, surge um direito de escolha entre os laços afetivos e a verdade biológica para o adotado.

Quando se fala em filiação não biológica, trabalha-se com a concepção de adoção, responsável pela constituição de laços parentais pautados na afetividade, sem qualquer vínculo sanguíneo. No caso da adoção regular, há a desconstituição dos vínculos jurídicos com os pais biológicos e a constituição com os adotantes, a partir da observância do trâmite legal. Por sua vez, na hipótese de adoção à brasileira, não há o rompimento legal dos vínculos de ancestralidade, podendo o vínculo com os pais registrais ser rompido caso solicitado pelo adotado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prática denominada adoção à brasileira consiste no ato de registrar filho alheio como se fosse seu, estando tipificada no art. 242 CPB após nova redação conferida pela Lei n. 6.898/1981. A mesma Lei acrescentou hipótese de isenção de pena quando ficar comprovado que o autor agiu por motivo de reconhecida nobreza.

Ocorre que tal prática ganhou novos contornos com a promulgação da CRFB/1988 e a consequente inserção da Doutrina da Proteção Integral no Brasil, estabelecendo um conjunto de políticas públicas administradas pelo Estado e com envolvimento da família e da sociedade em prol da criança com prioridade absoluta. Ademais reconhece-se à criança o status de protagonista do seu processo de desenvolvimento, bem como todos os direitos fundamentais atribuídos aos adultos e

outros próprios para a sua situação. Desse modo, a adoção à brasileira deixa de ser analisada apenas em relação ao estado de filiação, abrangendo também a violação ao Direito à Origem e ao Direito à Convivência Familiar.

Quando se analisa o tipo penal disposto no art. 242 CPB, tem-se a busca pela proteção ao estado de filiação, chamando atenção a hipótese de isenção de pena quando o ato for praticado por motivo de relevante nobreza, o qual exige, para reconhecimento dessa isenção, que o ato seja praticado de boa-fé. Com isso, tem-se a distorção de um dos institutos mais solenes do ordenamento jurídico, que é a adoção. Apesar das críticas à burocracia do processo de adoção, tem-se que ela é necessária para a preservação do melhor interesse da criança, garantindo um período prévio de aproximação entre adotado e adotantes, bem como uma pesquisa para apurar se os adotantes estão aptos para receberem no seio familiar o adotado.

Não se defende neste artigo a manutenção da criança ou do adolescente a qualquer custo no seio familiar, mas sim que se respeite o processo de adoção a fim de se resguardar outros direitos fundamentais infantojuvenis que vão além do estado de filiação.

Ademais, conforme os dados supramencionados, dificilmente uma criança recém-nascida vai permanecer nos abrigos sem ser adotada. O que desconstitui o argumento defendido pela doutrina de que a adoção à brasileira é uma forma de salvar a criança.

A adoção à brasileira representa um contorno da lei, apresentando, na prática, os mesmos efeitos da adoção regular em relação à constituição dos vínculos filiais, mas viola o Direito à Identidade Genética.

Em relação ao Direito à Identidade Genética, cumpre ressaltar que não se confunde com a filiação. Enquanto o primeiro busca a satisfação do legítimo interesse da pessoa em conhecer sua origem biológica, o segundo representa a constituição de vínculos jurídicos. Assim, o fato de a pessoa desejar o conhecimento da sua identidade genética, tal descoberta não tem, à priori, o condão de romper com os vínculos de filiação. A adoção à brasileira representa uma violação ao Direito à Identidade Genética por não haver garantia de que o adotado poderá buscar informações sobre sua origem biológica, eis que não há um regular processo de adoção.

Também deve-se ressaltar a questão da socioafetividade na adoção à brasileira, sendo apresentada uma visão romantizada na qual o ilícito penal seria irrelevante diante dos laços de amor criados a partir da convivência entre a criança e o autor do crime.

Ocorre que, na realidade, impede-se a constituição de vínculos afetivos com a família de origem.

Por fim, para o Superior Tribunal de Justiça, a questão da socioafetividade e adoção à brasileira se resume a quem requer a investigação de paternidade: quando requerida pelos genitores biológicos, os vínculos de filiação são desconstituídos apenas se comprovado erro ou coação, do contrário, prevalece a socioafetividade. Caso a investigação seja requerida pelo adotado, há possibilidade de desconstituição dos vínculos de filiação, caso seja a vontade do adotado.

REFERÊNCIAS

AULER, Juliana de Alencar. Adoção e direito à verdade sobre a própria origem. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, a. 61, n° 194, p. 23-46, jul./set. 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: **Senado**, 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (...).Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Promulga o Código Penal Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940.

BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 jan. 2002

BRASIL. Lei n° 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, 16 jul. 1990b.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** (3 Turma) HC: 385507 PR 2017/0007772-9 Civil. Processual civil. Habeas corpus. Acolhimento institucional de menor. Aparente adoção à brasileira e indícios de burla ao cadastro nacional de adoção. Pretensos adotantes que reúnem as qualidades necessárias para o exercício da guarda provisória. Vínculo socioafetivo presumível no contexto das relações familiares desenvolvidas. Observância do princípio do melhor interesse do menor. (Impetrante: Helio Ferraz De Oliveira; Impetrado: Tribunal De Justiça Do Estado Do Paraná Paciente: M J DOS S. Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 27/02/2018, Data de Publicação: DJe 02/03/2018).

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** (3 Turma). HC 418431/SP. Habeas corpus. Anulação de registro de nascimento. Medida liminar protetiva de acolhimento de criança em abrigo. Grave suspeita da prática de "adoção à brasileira" em duas ocasiões distintas. Indícios de adoção de criança mediante pagamento. Ausência de configuração de relação afetiva. Gravidez falsa. Induzimento a erro. Ameaça grave a oficial de justiça. Circunstâncias negativas. Melhor interesse da criança. Abrigamento. Excepcionalidade.

Não ocorrência de decisão flagrantemente ilegal ou teratológica. Habeas corpus não conhecido. (Impetrante: Sueli Regina Vendramini Mendonca; Impetrado: Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo; Paciente: Y Z; Relator: Ministro Moura Ribeiro Data do julgamento: 05/12/2017)

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** (4 Turma). REsp nº 1.167.993/RS. Direito de família. Recurso especial. Ação Investigatória de paternidade e maternidade ajuizada pela filha. Ocorrência da chamada "adoção à Brasileira". Rompimento dos vínculos civis decorrentes da filiação biológica. Não ocorrência. Paternidade e maternidade reconhecidos. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: CGS; FSC. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ: 18.12.2012. Disponível em: <<http://civile imobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2013/07/ado%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-brasileira-STJ.pdf>> Acesso em: 15 jan. 2020.

BUIAZ VALERA. Yuri Emílio. **La doctrina para la protección integral de los niños: Aproximaciones a su definición y principales consideraciones**. Ministerio de Salud. 2003. Disponível em: https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/dereninezunicef.pdf. Acesso em 21 set. 2018.

COMITÊ DOS DIREITOS DA CRIANÇA. **Comentário geral n.º 14 de 14 de janeiro a 1 de fevereiro de 2013**. Sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja primacialmente tido em conta. Lisboa: Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens [2017]. Disponível em: <http://https://www.cnpdpcj.gov.pt/direitos-das-criancas/covencao-sobre-os-direitos-da-crianca/interesse-superior-da-crianca-pdf.aspx>. Acesso em: 20 fev. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Encontros e desencontros da adoção no Brasil: uma análise do Cadastro Nacional de Adoção do Conselho Nacional de Justiça. **Conselho Nacional de Justiça**: Brasília; 2013. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/pesq_adocao_brasil.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2019.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do Direito da Criança e do Adolescente. **Revista do Direito** (Santa Cruz do Sul. Online), v. 29, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, vol. III. – 14a ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

LIMA, Náthani Siqueira; AMARAL, Shirlena Campos de Souza. Adoção à brasileira: o melhor interesse da criança sob a perspectiva da conduta tipificada pelo código penal brasileiro. **Revista Científica Interdisciplinar**. ISSN: 2358-8411 n. 1, vol. 2, art. n. 4, jan./mar. 2015 D.O.I: 10.17115/2358-8411/v2n1a4. p. 50-61.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **IBDFAM**, 2004. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Paulo Luiz Netto Lôbo](http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Paulo%20Luiz%20Netto%20Lobo)> Acesso em: 06.12.19.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O direito personalíssimo à filiação e a recusa ao exame de DNA**: uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade – DNA como meio de prova da filiação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: volume 1: introdução ao direito civil e teoria geral de direito civil. 23. ed. Rio de Janeiro-RJ: Forense, 2009.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: volume. 2: parte especial (121 a 361). 2ª ed.rev., atual., ampl. e compl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PODER EXECUTIVO. **Projeto de Lei nº 3.358, de 1980**. Altera o art. 242 do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=93BEF99C78F9EEC597AA4E1885950E3C.proposicoesWebExterno1?codteor=1172773&filename=Dossie+-PL+3358/1980>. Acesso em: 14 dez. 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – vol. 2**. Col. Gisele Mendes de Carvalho. 15. Ed. rev., atual. e reformulada. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

ROCHA, Werter; SELOW, Marcela Lima Cardoso. A adoção à brasileira e o perdão judicial motivado pela causa nobre. **Vitrine Produção Acadêmica**, Curitiba, v.3, n.2, jul/dez. 2015, p.300-650.

VIEIRA, Marcelo de Mello. **Direito de Crianças e de Adolescentes à Convivência Familiar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.