



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais - FAJS

PEDRO ASSIS GONÇALVES BRITO

**ANÁLISE CRÍTICA DO INSTITUTO DA ADOÇÃO NO DIREITO DE
FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO**

BRASÍLIA

2018

PEDRO ASSIS GONÇALVES BRITO

**ANÁLISE CRÍTICA DO INSTITUTO DA ADOÇÃO NO DIREITO DE
FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO**

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB

BRASÍLIA

2018

PEDRO ASSIS GONÇALVES BRITO

**ANÁLISE CRÍTICA DO INSTITUTO DA ADOÇÃO NO DIREITO DE
FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília – UniCEUB.

BRASÍLIA, de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Professor Mestre Júlio César Lérias Ribeiro

Orientador

Prof. Examinador(a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo discernir. Ao orientador pela dedicação e atenção. Aos familiares pelo apoio e suporte. Àqueles que na ausência permaneceram amigos e àquele que na necessidade foi companheiro.

RESUMO

Esta presente pesquisa versou sobre a possibilidade de uma análise crítica do instituto da adoção no Direito de Família contemporâneo, na qual foi baseada em pesquisas legais, doutrinárias e jurisprudenciais. A família contemporânea não cabe tão somente em uma única definição, pois com o passar dos anos, seus núcleos são alterados, bem como as suas definições legais. Os novos controles assumidos pelas novas famílias merecem toda a tutela estatal, ainda mais nos aspectos concernentes a adoção. A afetividade é a essência principal deste trabalho, sendo utilizada como princípio basilar da adoção. Outrossim, os novos contornos assumidos pelas relações familiares anseiam por amparo jurídico, de modo que o Poder Judiciário não pode se eximir de solucionar conflitos que por ventura aparecem. À luz do Direito de Família contemporâneo, a partir da análise doutrinária, legal e jurisprudencial, se buscou verificar elementos pertinentes à adoção, sua conceituação, seus dispositivos legais, bem como sua aplicabilidade no mundo real, fora do mundo imaginário buscado pelo legislador. Assim, a partir desses pressupostos o trabalho será pautado, a fim de se analisar a aplicabilidade do instituto da adoção, pautada em princípios constitucionais, sendo a afetividade sua mola propulsora. Serão explanados os conceitos de família, de filiação e suas normas positivadas, igualmente com o instituto da adoção. Por fim, após apontamentos doutrinários, legais e jurisprudenciais, a hipótese respondeu afirmativamente ao problema.

Palavras-Chave: Direito Civil. Direito de Família. Filiação. Afeto. Adoção

ABSTRACT

This work has been written under the possibility of a critical analysis of the adoption in the contemporary Family law, which was based on legal research, doctrine and jurisprudence. The contemporary family does not fit onto just one definition, as the years has passed its unit has been altered, as its legal definition. The new management assumed by the new families deserves the entire State's tutelar, specially related to adoption aspects. Affectivity is the core of this work, used as adoption's basic principle. Furthermore, the new framework that shape family relations crave for legal support, in which the Judiciary Branch can not evade in order to settle potential conflict. Under the contemporary Family law, through doctrine, legal and jurisprudence, it seeks to verify relevant elements to adoption, its conception, legal devices, as its applicability in the real world, out of the imaginary world searched by the legislator. Thus, as of those assumptions, this work is set, in order to analyse the applicability of the adoption, grounded on contitucional principles, as the affectivity is its driving force. It will be explained the concepts of family, parentage and its positive norms, just as with the adoption. Lastly, after addressing the doctrine, law and jurisprudence, the hypothesis are positive.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. A DOCTRINA DO INSTITUTO DA ADOÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO	9
1.1 O DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO	9
1.2 A FILIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO	14
1.3 A ADOÇÃO COMO FILIAÇÃO AFETIVA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO.	19
2. O INSTITUTO DA ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO VIGENTE	25
2.1 A ADOÇÃO COMO FILIAÇÃO AFETIVA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.	25
2.2 A ADOÇÃO COMO FILIAÇÃO AFETIVA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.	30
3. APLICAÇÃO JUDICIAL DA ADOÇÃO NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA BRASILEIROS EM TEMAS CONCERNENTES AO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO	36
3.1 TUTELA JUDICIAL DA ADOÇÃO	36
3.1.1 DA ADOÇÃO À BRASILEIRA	36
3.1.2 INDENIZAÇÃO NA DEVOLUÇÃO DO ADOTADO	39
3.1.3 RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA EM CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL	41
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

Este presente trabalho tem como propósito analisar criticamente o instituto da adoção no Direito de Família contemporâneo, mostrando as definições de família, suas normatizações no decorrer do tempo, bem como os princípios constitucionais basilares que sustentam o vértice moderno deste instituto.

A adoção é tema de demasiada relevância social e jurídica no tempo atual, principalmente ao se considerar a evolução que o Direito de Família sofreu no decorrer dos anos. Diante da crescente demanda sobre o presente tema, é imprescindível que se explique o instituto, evidenciando seus conceitos e dispositivos legais positivados no Direito contemporâneo.

O problema central desta presente pesquisa é a possibilidade, ou não, de se realizar uma análise crítica da adoção à luz do Direito de Família contemporâneo, sendo pautados nos princípios constitucionais, sendo o da afetividade e o do melhor interesse da criança e do adolescente os seus núcleos centrais. Sabe-se que o conceito de família é constantemente ressignificado ao longo do tempo, motivo pelo qual cabe ao Direito regular sobre as novas definições de família, igualmente positivar e gerar estabilidade em seu ordenamento jurídico. Assim, a adoção se integra nessa nova realidade, uma vez que sua demanda encontra-se cada vez maior, pois novos modelos de família surgem e com eles o anseio por expandir seu núcleo familiar.

Outrossim, é de extrema importância verificar os julgados e o entendimentos dos tribunais em torno da modernidade do instituto da adoção, levando em conta seus posicionamentos e fundamentações legais para estruturar o instituto e normatizá-lo.

Diante da evolução social do instituto e suas conseqüentes mudanças jurídicas, a hipótese responderá afirmativamente o problema proposto, consoante argumentação doutrinária, legal e jurisprudencial a ser apresentada.

O primeiro capítulo é destinado à explanação dos aspectos doutrinários que fundamentam a hipótese, a contextualizando, bem como inserindo o leitor às primeiras considerações no Direito de Família. Será realizada uma exposição sobre

o Direito de Família, igualmente o significado de filiação será exaurido no Direito contemporâneo, por fim, será realizada uma exposição sobre a adoção como filiação afetiva no Direito moderno, sendo amplamente fundamentada à luz da doutrina vigente no ordenamento jurídico atual.

No segundo capítulo serão expostos os ordenamentos jurídicos que fundamentam o instituto da adoção, seus dispositivos legais e suas evoluções diante do tempo. Desde o advento da Constituição Federal de 1988, uma nova realidade surgiu em todo o ordenamento jurídico brasileiro. Ela trouxe consigo princípios a serem seguidos, o que, conseqüentemente, mudou completamente o conceitos no Direito de Família, a pautando, constantemente, no afeto. Posteriormente, concernente ao presente tema, surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei ordinária que passou a dispor sobre direitos e deveres das crianças e dos adolescentes, bem como positivou todas as regras do instituto da adoção. Por fim, ao final do capítulo será evidenciado o Código Civil de 2002, que se preocupou tão somente a discorrer sobre a adoção dos maiores de idade.

Finalmente, o terceiro capítulo consiste em exposições dos fundamentos jurídicos ao tema proposto, sendo eles pautados nos temas contemporâneos no ordenamento jurídico brasileiro, pautados na afetividade e no princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente. A adoção à brasileira será fundamentada e reconhecida juridicamente, bem como será exposta a possibilidade de indenização em dano moral do adotado diante da sua devolução aos cuidados do Poder Público, igualmente será esmiuçado o provimento do Conselho Nacional de Justiça que buscou regulamentar a possibilidade do reconhecimento da filiação socioafetiva em cartório extrajudicial.

O referencial teórico será concebido a partir da doutrina de autores como Arnaldo Rizzardo, Maria Berenice Dias, Álvaro Villaça Azevedo, Nelson Rosendal, Paulo Lôbo, dentre outros.

A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica em doutrinas brasileiras, especialmente as que tratam especificamente do Direito de Família, bem como em artigos científicos. No final, conforme todo o exposto, a pesquisa jurisprudencial foi usada, a fim de compor a bibliografia da presente pesquisa.

1. A DOCTRINA DO INSTITUTO DA ADOÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

1.1. O DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

Este capítulo é destinado à explanação dos aspectos doutrinários que fundamentam a hipótese desta pesquisa, a contextualizando, bem como inserindo as primeiras considerações no Direito de Família. Será realizada uma exposição sobre o Direito de Família, igualmente o significado de filiação será exaurido no Direito contemporâneo, por fim, será realizada uma exposição sobre a adoção como filiação afetiva no Direito moderno, sendo amplamente fundamentada à luz da doutrina vigente no ordenamento jurídico atual.

O Direito de Família é o ramo do direito de maior incidência prática ou de aplicabilidade, pois, de uma forma ou de outra, todas as pessoas procedem de uma família, e vivem quase sempre em um conjunto familiar. É importante salientar que existem diversas formas de família, formas essas que devem ser tuteladas e protegidas pelo Estado. (DIAS, 2016)

Esse ramo do direito vai muito além de conceituar família, para doutrinadores clássicos, a exemplo de Orlando Gomes, buscam conceituar e a estabelecer os termos sobre que é o direito de família, nota-se, que esse conceito remete a década de 60, mesmo assim, o núcleo central do seu entendimento permanece o mesmo em essência, veja:

Compreendem normas sobre o casamento, relações pessoais e patrimoniais entre cônjuges e entre pais e filhos, e vínculo de parentesco no seu âmbito. Inserem-se os institutos da tutela e da curatela, que não se originam de relações familiares propriamente ditas, mas, por sua finalidade e conexão histórica com a família, bem como pela configuração, permanecem no campo do direito de família. Como institutos complementares, situa-se, corretamente, essa parte especial do direito civil (GOMES, 1968, p. 7).

Assim, este ramo do Direito se trata de um conjunto de normas e princípios que explicam o casamento, sua incidência, validade e efeitos, bem como a relação de pai e filho, do vínculo de parentesco, da tutela e da curatela, da dissolução da sociedade conjugal e dos alimentos devidos entre parentes e cônjuges. Trata-se de

um campo vasto e está em constante transformação, visto que as famílias estão sempre se transformando e adquirindo novos meios de formação.

Segundo Gonçalves (2010, p. 17) o Direito de Família, se comparado a todos os outros ramos do direito, é o que se encontra mais intimamente ligado à própria vida, afinal, os indivíduos no geral são providos de um organismo familiar. Para este autor, família é considerada como um instituto de realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo central de qualquer organização social. (GONÇALVES, 2010, p. 17).

Agora, em outras palavras, ousa dizer que o Direito de Família é um conjunto de normas jurídicas, até mesmo morais, que orientam esse ramo particular do Direito Civil, sendo sensível a fatores locais e sociais, que disciplinam as relações entre seus membros, influenciando suas relações entre si, com os filhos e até mesmo em relação a patrimônio.

Ainda, em um entendimento subjetivista, Maria Berenice Dias (2010, p. 33), tem o entendimento de que a família não é um instituto que está em decadência, pelo contrário, está se moldando às novas realidades sociais, neste sentido, dispõe que:

A família, apesar do que muitos dizem, não está em decadência. Ao contrário, é o resultado das transformações sociais. Houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor. Ao Estado, inclusive nas suas funções legislativas e jurisdicionais, foi imposto o dever jurídico constitucional de implementar medidas necessárias e indispensáveis para a constituição e desenvolvimento das famílias.(DIAS, 2010, p. 33)

A família em si é entendida como um núcleo social primário. Observa-se que esses laços de união aparecem desde a remota humanidade. Desde a fase dita como primitiva a até a conceituada como pós-moderna.

Para se entender o Direito de Família contemporâneo, é necessário descrever como ele era concebido em outros períodos históricos, a fim de um melhor entendimento e visualização de suas características modernas, uma vez que tudo ocorre de forma gradativa.

No direito romano, o termo família exprimia a reunião de pessoas colocadas sob o poder familiar ou ao mando de um único chefe - o *pater familias* -, que era o chefe sob cujas ordens se encontravam os descendentes e a mulher, a qual era considerada em uma condição análoga a de filha. Já na Grécia a família era disciplinada por um direito não escrito, era um grupo social, político, religioso e econômico, com sede na casa em que reside o ancestral mais velho, o chefe da família por assim dizer, revestido de poder absoluto e sacerdotal. (RIZZARDO, 2011, p. 9-11).

Neste mesmo sentido, o nobre doutrinador Arnaldo Rizzardo segue corroborando este entendimento, especificando a família em seu sentido estrito. Observe:

Em sentido estrito, a família tem um significado limitador, sendo constituída pelos pais e filhos, apresentando certa unidade de relações jurídicas, com idêntico nome e o mesmo domicílio e residência, preponderando identidade de interesses materiais e morais. (RIZZARDO, 2011, p. 10.).

O Direito de Família contemporâneo bebeu demasiadamente na fonte do Direito Canônico, o que se justifica uma vez que várias regras deste direito foram transladadas àquele. A religiosidade influenciou e ainda influencia o atual Direito de Família, ela está em sua base, em todo o seu contexto histórico. O cristianismo influenciou Estados em todo o Ocidente e, em sua maioria, fez prevalecer os seus dogmas e conceitos. Pode-se retirar disso a definição de família no dispositivo legal em que a define como a união do homem e da mulher, excluindo, assim, todas as diversas formas que derivam desse conceito.

O Direito de Família apresenta características próprias, assentando sua base mais em regras morais e religiosas do que jurídicas. A população escolhe e organiza a sua família, fundamentando-se em antigas tradições ou em concepções religiosas.

Entretanto, com o passar dos anos, o Direito de Família passou a andar de modo próprio, dadas grandes transformações históricas, culturais e sociais, adquirindo para si concepções modernas e contemporâneas.

Esse ramo do Direito Civil passou a seguir um caminho próprio, com adaptações a realidade a sua volta, e, com o passar do tempo, foi perdendo seu caráter canonista e dogmático. Atualmente busca-se moldar o Direito na liberdade do indivíduo, uma vez que cabe a ele escolher a forma de modelo familiar que quer fazer parte.

Diante da conceituação exposta, é importante ressaltar sua natureza institucional. A principal característica deste direito é a busca de se tutelar e proteger a família, os bens que lhe são próprios, a prole e outros interesses afins. É função do Estado sua proteção, conforme disposto no texto da Constituição Federal de 1988, que será analisada nos tópicos seguintes.

Outra forma de corroborar sua importância institucional evidencia-se no fato de que o Ministério Público fica responsável por participar em todos os conflitos que envolvam relações familiares, demonstrando, assim, a importância que o Estado dá a esse instituto.

É assegurada à família especial proteção do Estado, no que, atualmente, envolve o termo família em um sentido amplo, abrangendo a forma dada pelo casamento, como também a situações de grupos análogos à família provenientes do matrimônio do homem e da mulher, seja também na união estável, pelos pais e seus descendentes ou na família adotiva. Porquanto, nota-se que o Direito de Família busca abranger os novos moldes familiares criados com o decorrer dos avanços sociais.

Conforme mencionado, o Estado visa proteger a célula familiar, a exemplo é cabível mencionar os direitos e deveres do cônjuge ou dos conviventes, pois eles não podem renunciá-los, deve-se preservar e manter a fidelidade, a lealdade, a boa convivência, entre outros. Todavia, essa argumentação não quer dizer que o Direito de Família seja um ramo do Direito Público, como é mencionado por alguns doutrinadores. Uma vez que fosse verdade, conforme dispõe Álvaro Vilaça Azevedo,

Tal entendimento retiraria do Direito de Família sua característica de Direito Privado, conforme exposto a seguir.

Isso retiraria do direito de família a característica de Direito Privado, que admite o perdão do adultério, por exemplo, não admitindo a intervenção do Direito Público. Também no Direito Privado em geral existem normas de ordem pública que o não desnaturam. São normas de proteção que existem com a atuação do Estado para evitar lesão. (AZEVEDO, 2013, p. 7-8).

O Direito de Família insere-se no Direito Privado, uma vez que cabe somente aos indivíduos escolherem seus moldes familiares, cabendo ao Poder Público

protegê-los. A família é protegida de tal forma que não pode o Estado ou o particular nela intervir, como assegura o atual Código Civil, conforme o dispositivo:

Artigo 1.513: É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado interferir na comunhão de vida instituída pela família. (BRASIL, 2002).

Contudo, o atual Direito de Família vem crescendo de forma evidente, expandindo o seu conteúdo, sendo corroborado, ainda, com a atuação jurisprudencial, incluindo, também, em seus conceitos as famílias homoafetivas, outrossim, segundo a renomada doutrinadora Maria Berenice Dias, tem o entendimento de que cabe o Estado respeitar e resguardar todas as formas de modelos familiares.

A sexualidade e orientação sexual do indivíduo integram a sua própria natureza. Nesse sentido, proibir ou restringi-las significa impedir o exercício de um direito da personalidade. Consagrado o direito à igualdade na própria Constituição da República, não se podem limitar direitos de uma pessoa em razão de sua orientação sexual. (DIAS, 2010, p. 372-373).

Além do mais, todo esse ramo jurídico é regido por princípios e normas, sejam elas enunciadas na Constituição Federal ou em outros dispositivos legais. Emergem alguns princípios desses dispositivos, buscando afastar injustificadas discriminações.

Um deles é a igualdade de direitos entre o homem e a mulher, não sendo cabível nenhuma forma de diferenciação entre eles. Também é cabível mencionar a absoluta paridade entre os filhos, independentemente de sua origem, sejam eles biológicos ou adotivos. A prevalência da afeição mútua nas relações de caráter pessoal e a aceitação da união estável também faz parte desses princípios.

Por fim, conforme todo o mencionado, não há como negar as transformações existentes nos núcleos familiares, afastando os conceitos dominantes no direito romano, grego e no direito canônico. Evidencia-se o reconhecimento constitucional, no seu sentido de reconhecer e proteger outras formas de família, seja pela união estável ou pela homoafetiva, conforme corrobora a atual jurisprudência. Busca-se uma constante adaptação do ordenamento legal à realidade social e cultural em vigor.

Além do mais o reconhecimento do afeto e suas consequências vem sendo disseminadas no direito de família, fortalecendo esse conceito e, eventualmente, vem sendo integrado ao seu dispositivo. Velhos ritos estão sendo dessacralizados. Nota-se que o afeto deve ser o seu polo central, visto que é o sentimento primário para a formação e sustentação de um grupo familiar.

A sociedade atual casa-se mais tarde, sendo mais voláteis e dissolúveis, uma vez que se divorciam com mais facilidade. Os filhos não são mais o objetivo primordial do casamento, sendo eles, muitas vezes, concebidos por pais solteiros. Observa-se aumento de nascimentos extrajudiciais e a formação de famílias com só um dos genitores. A mulher vem adquirindo independência emocional e financeira, desvinculando-se a prisão que a ela era imposto por meio do casamento.

A figura patriarcal vem desaparecendo. Há a evolução de um processo de correlações no direito de família, agregando a realidade social ao instituto, sendo, alguns dos casos expostos, apenas alguns fenômenos que a nova família vem apresentando.

1.2. A FILIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

A filiação é um importante conceito que integra o direito de família, uma vez que a prole é uma consequência da família, não sendo necessariamente elemento obrigatório para a sua caracterização. Tem-se no filho a continuidade da família e ao tratarmos da família biológica, este é o responsável pelo futuro do núcleo familiar.

O termo filiação não se limita ao filho e as pessoas que o geram, existe um vasto quadro de leis e regulamentações que cuidam dessa questão, apresentando direitos e deveres entre ambos.

Para Carlos Roberto Gonçalves, filiação é a relação jurídica que vincula o filho a seus pais. Ela deve ser assim denominada quando visualizada pelo lado do filho. Por seu turno, pelo lado dos pais em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade. (GONÇALVES, 2009, p. 6).

Assim como, a filiação é conceituada por Maria Helena Diniz como o vínculo existente entre pais e filhos, a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de

primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe geraram a vida ou a receberam como se a tivessem gerado. (DINIZ, 2010, v. 5).

O termo “filiação” é enfatizado por Washington de Barros Monteiro, que afirma que “exprime a relação que existe entre o filho e as pessoas que o geram” (MONTEIRO, 2010, p. 240).

O autor Arnaldo Rizzardo introduz o assunto introduzindo um pequeno contexto histórico, explicando a relação da filiação nos vínculos de uniões interpessoais.

Desde a antiguidade, a relação de filiação é o vínculo mais importante da união e aproximação das pessoas constitui liame inato, emanado da própria natureza, que nasce institivamente e se prolonga ao longo da vida dos seres humanos, embora se atenua o sentimento com o passar do tempo. (RIZZARDO, 2011, v. 8).

De todo modo, nota-se a importância que o ordenamento jurídico dá à filiação, ressaltando sua tamanha relevância, a ponto de, na impossibilidade de existir uma relação parental por sangue, esta pode ser reproduzida por meio de lei, no instituto da adoção.

Na contemporaneidade jurídica, todos os filhos, não importando se nascidos na constância do casamento ou não, tem assegurados uma série de direitos, sendo estes decorrentes do simples fato da filiação, e não por qualquer outra situação adversa. A Carta Magna veda qualquer designação que leve a desigualdade entre a prole, ou seja, todo filho é simplesmente filho, seja qual for a natureza do relacionamento dos seus pais, sejam eles havidos dentro ou fora do casamento, em casos de adulterinos, consanguíneos ou adotivos.

Diante dessa realidade, o atual ordenamento jurídico preocupa-se também com os casos de filiação reproduzidas por técnicas de engenharia genética, pela fertilização *in vitro* e outros meios tecnológicos para a concepção de um filho. Todavia, conforme mencionado anteriormente, existe a vedação constitucional ao tratamento discriminatório entre a prole, pois todos se encontram em um patamar de igualdade, independentemente dos modos e meios que a prole for concebida.

As técnicas de fecundação estão sendo a, cada dia, mais usadas pela população, principalmente por pessoas que possuem dificuldades em engravidar através dos meios naturais, sendo a reprodução assistida a maneira que encontraram para realizar o desejo da paternidade. O Código Civil de 2002 não aborda este tema de forma clara, uma vez que não a autoriza e não a regula, apenas trata sobre alguns dos aspectos relacionados à paternidade.

Na reprodução assistida existem basicamente duas formas de se chegar à fertilização, a fecundação artificial homóloga e a heteróloga. A homóloga é a que manipula gametas da mulher (óvulo) e do marido (sêmen). A manipulação, que permite a fecundação, substitui a concepção natural, havida por meio da cópula. O meio artificial resulta da impossibilidade ou deficiência para gerar de um ou de ambos os cônjuges. (VILAS BOAS, 2011).

Já a heteróloga “é a que ocorre por meio de doação de sêmen de um homem que não seja o marido, contando com a sua concordância” (DIAS, 2009, p. 335). Ou seja, é o gameta masculino de uma pessoa que não faz parte do vínculo familiar idealizado pela portadora do gameta feminino, se tem, assim, mais uma vez a valorização do vínculo socioafetivo da criança que, porventura, irá nascer.

Além do mais, existe uma forma de reprodução assistida em ascensão no Direito contemporâneo, é a técnica conhecida popularmente por barriga de aluguel. Consiste no fato de que uma mulher aceita receber óvulos e sêmen, ou por melhor dizer, o embrião já fecundado, e leva a gravidez adiante até o nascimento do bebê, o qual, após o parto, é entregue àqueles que contrataram o seu serviço.

Ainda não existe lei no Direito brasileiro que regule essa prática, existem, apenas, normas elaboradas pelas Agência Nacional de Vigilância Sanitária e pelo Conselho Federal de Medicina. No ordenamento jurídico brasileiro a cobrança por esse procedimento não é permitida. As normas vigentes no país estabelecem, apenas, algumas regras para que a barriga solidária possa ser uma opção para casais que não podem gerar filhos. A receptora do óvulo e do esperma dos pais biológicos tem que ser de até quarto grau de parentesco do casal. Nesse caso, não precisa nem de autorização prévia do Conselho Federal de Medicina. Todavia, essa gestação deve acontecer de forma gratuita, se houver negociação financeira, caracteriza crime. (DIAS, 209, p. 432).

Afinal, o Direito contemporâneo passa a acreditar e a postular cada vez mais em uma verdade socioafativa, tendo o afeto como o seu elemento principal. O elemento socioafetivo da filiação reflete a verdade jurídica que está além do fator biológico. Orlando Gomes definiu essa realidade jurídica como composta por dois elementos: o formal e o material, sendo este a matéria prima do produto jurídico, constituindo-se de fatos sociais. (GOMES, 2011, p. 297).

O afeto passou a possuir um valor jurídico. A filiação se constitui em sua essência no afeto, sentimento esse que une pais e filhos, com ou sem vínculo biológico entre eles. Assim, o direito pátrio – mesmo antes do advento da Constituição Federal de 1988, com a defesa da igualdade entre os filhos – ao estabelecer o instituto da adoção, buscou a reconhecer a filiação fundada na vontade e no afeto, ainda que acima dos vínculos de sangue.

Desta forma, lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal:

A liberdade de cada pessoa de efetivar a filiação pode ser realizada através de mecanismos biológicos (através de relacionamentos sexuais, estáveis ou não), da adoção (por decisão judicial), da fertilização medicamente assistida ou por meio do estabelecimento afetivo puro e simples da condição paternofilial. Seja qual for o método escolhido, não haverá qualquer efeito diferenciado para o tratamento jurídico (pessoal e patrimonial) do filho. (FARIAS, 2015).

Conforme outrora exposto, há a vedação constitucional à diferenciação entre os filhos, pautada a partir dos princípios da igualdade e da inocência, o que veio a considerar o afeto como elemento de maior importância no que tange o estabelecimento da paternidade. Foi para a Constituição o que já estava reconhecido na doutrina, assim como, conseqüentemente para a jurisprudência.

A jurisprudência pátria reconhece o valor jurídico do afeto como primordial para o estabelecimento da filiação, conforme será exposto em capítulos seguintes deste trabalho acadêmico.

Diante da realidade trazida, se faz necessário explorar as espécies de filiação existentes no atual ordenamento jurídico, seja pelo vínculo biológico, biológico presumido e ou até mesmo pela sociológica.

Arnaldo Rizzardo aborda os conceitos desses três tipos de filiação:

A biológica é aquela em que, como o nome indica, decorre das relações sexuais dos pais. O filho tem o sangue dos pais, sendo, assim, filho consanguíneo. É importante mencionar que a filiação biológica distingue-se em legítima, legitimada e ilegítima. Legítimos se consideram os filhos gerados na vigência do casamento de seus pais. Os legitimados são os filhos gerados antes do casamento, sendo o casamento o seu fator de legitimação. Já os ilegítimos são os nascidos fora do casamento civil, os quais, por sua vez, se distinguem em naturais e espúrios. Os naturais são os filhos cujos pais não se achavam impedidos de se casar entre si. Os espúrios são os que nasceram ou foram gerados quando seus pais eram impedidos de se casar entre si. Essa espécie de divisão não é mais utilizada, porque evidencia a distinção entre os filhos, contrariando o princípio constitucional da absoluta igualdade que deve existir. (RIZZARDO, 2011).

A filiação biológica presumida é aquela em que se presume filho biológico quando o filho nasce na constância do casamento ou até certo tempo após sua desconstituição, fazendo presumir que o pai é aquele que convive com a mãe. O fato do matrimônio é o elemento definitivo da maternidade.

Já a sociológica é a concernente a adoção, sem vínculos biológicos, mas admitida e reconhecida por lei. (RIZZARDO, 2011, p.341).

Nestes termos, conforme mencionado anteriormente, se tem no atual ordenamento jurídico brasileiro a valorização dos laços afetivos entre as partes e suas mais variadas formas de se adquirir família. É sabido que os moldes de famílias foram alterados, uma vez que o divórcio, muitas vezes, faz parte da rotina de inúmeras famílias no território nacional, a partir disso, novos núcleos familiares são formados, pois casais divorciados se casam entre si, unindo, assim, as duas famílias outrora estabelecida. Dá-se a esse fenômeno o nome de famílias pluriparentais, conforme dispõe Jussara Suzi Assis Borges Nasser:

As famílias pluriparentais resultam da pluralidade das relações parentais, especialmente fomentadas pelo divórcio, pela separação, pelo recasamento, seguidos das famílias não-matrimoniais e pelas desuniões. A estrutura das recomposições familiares vem caracterizada por matrimônios ou uniões sucessivas e a presença de filhos de outras relações. (FERREIRA, 2011).

A filiação, neste caso, se dá pela multiplicidade de vínculos familiares que são definidos, de modo excepcional, pelo amor e pela afetividade, diferentemente da

família clássica em que o vínculo principal é o biológico. O vínculo afetivo é elemento essencial nessa nova configuração de família.

De acordo com Waldyr Grisard, é perceptível o seguinte entendimento:

Nas famílias reconstituídas o lugar do pai ou da mãe afim tem variado segundo a sua origem. Se fundado em razão da morte de um dos genitores, aqueles cumprem um papel de substituição, *in loco parentis*. Se fundado decorrentemente de uma situação de separação, estando presente o casal parental, as expectativas das funções dos pais afins se modificam. Diante de um dos genitores presentes, os pais afins não substituem estes, principalmente se ambos têm efetiva participação na criação e educação dos filhos; dá-se aqui a lógica da perenidade, onde se mantém o laço parental original na reconstituição da família. Ao contrário, diante de um genitor ausente, desinteressado das funções parentais, pode dar-se a lógica da substituição, por se encontrar vago o lugar do pai ou da mãe. Nesta hipótese há menos a conciliar. (GRISARD, 2004, p. 669-670).

Observa-se que a afetividade, é elemento essencial para a caracterização da família moderna, sendo o seu reconhecimento necessário para a sua configuração, caso relacionado a condições diversas da filiação biológica.

A filiação é extremamente importante no Direito de Família, sendo ela evidenciada em inúmeros dispositivos legais. Observa-se o afeto como elemento substancial deste instituto, sendo este sentimento o centro dessas relações familiares. Igualmente do afeto e da filiação sociológica, surgiu no direito brasileiro o instituto jurídico da adoção.

1.3. A ADOÇÃO COMO FILIAÇÃO AFETIVA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO.

Conforme já mencionado, a Família teve sua origem nos primórdios da civilização humana, e, o direito que a regula, vem sendo moldado de acordo com a demanda social. O instituto da adoção é uma forma de que pessoas inférteis ou pessoas que não tenham a vontade, por qualquer motivo, de adquirirem filhos biológicos, encontraram para suprir o seu desejo e satisfazerem o anseio da paternidade. Na atualidade, Washington de Barros Monteiro tem o seguinte entendimento sobre o instituto da adoção:

O instituto da adoção não busca tão somente conceder filhos a pessoas que os queiram, mas tem como objetivo principal a proteção de crianças e adolescentes em situações de abandono, inclusive porque a finalidade do casamento nos dias de hoje é a realização pessoal ou a felicidade, nem sempre atrelada à existência de filiação. (MONTEIRO, 2016, p. 518).

Já para o renomado doutrinador Orlando Gomes possui um entendimento semelhante, o qual dispõe que adoção trata-se de uma ficção legal, que equipara pessoa diferente geneticamente ao filho biológico. Observe:

A Adoção é o ato jurídico pelo qual se estabelece independentemente do fato natural de procriação, o vínculo de filiação. Trata-se de *ficção legal*, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco do primeiro grau na linha reta. (GOMES, 2000, p. 369).

Observa-se que todos os conceitos, por mais diversos que sejam, convergem para um mesmo ponto em comum, qual seja, a criação do vínculo jurídico de filiação. A filiação sociológica é adquirida por lei e cria-se, assim, um instituto jurídico que procura imitar a filiação natural.

Desde a instituição da Constituição Federal, estão assegurados os mesmos direitos a todos os filhos, sejam eles concebidos ou não no casamento, assim como ao adotado, diante disso, não se deve mais usar o termo “filho adotivo”, uma vez que todos são de fato filhos.

Evidencia-se, novamente, a importância do afeto para a configuração da família. A adoção é um instituto que existe há séculos, nascida dos costumes de quase todos os povos, e, por isso, encontra-se em quase todo ordenamento jurídico, sendo sua definição e finalidade variante de acordo com a época e tradições. Muito embora, ainda que não positivado e regulamentado, a adoção ocorria de forma costumeira e informal.

Antes de se chegar a atual finalidade da adoção, é cabível mencionar a evolução que esse instituto sofreu no decorrer do tempo, uma vez que o direito experimentou avanços nesse campo.

O Código Civil de 1916 instituiu o instituto da adoção no Capítulo V, do Título V, do Livro de Família, nos artigos 368 a 378, estabelecendo regras excessivas que

acabaram desestimulando a prática, como exemplo a exigência dos adotantes a serem maiores de cinquenta anos e não possuírem prole legítima ou legitimada. Nesse aspecto a adoção era constituída por escritura pública, sem termo ou condição, e sem a assistência do Poder Público (art. 134, I e art. 375), podendo ser extinta pela manifestação unilateral da vontade do adotado, pela manifestação bilateral das partes, e nos casos de ingratição, capazes de autorizar a deserção.

Com o advento da Lei nº 3.133 de 1957 houve uma reestruturação do instituto, deixando de servir à satisfação do interesse do adotante e passando a ter função assistencial: a de garantir a melhora na condição de vida do adotado. Os artigos 368, 369, 372, 374 e 377 do Código Civil de 1916 foram alterados o que acarretou na redução do limite mínimo de idade do adotante para trinta anos, assim como a imposição de prazo de cinco anos após o matrimônio para poder adotar. Nota-se, que por meio dessas modificações mais plausíveis, a intenção do legislador em incentivar essa prática.

No decorrer do tempo surgiu o Código de Menores – Lei nº 6.697/79, a legitimação adotiva foi substituída pela adoção plena, que manteve as mesmas características daquela e também previu a adoção simples, regulada pelo Código Civil, ou seja, o novo diploma bipartiu o instituto, passando a regulamentar duas espécies de adoção: a simples e a plena.

Posteriormente, em 1988, A Constituição Federal veio atribuiu nova feição ao instituto da família “de forma a prestigiar a dignidade humana, personalizando as relações entre seus componentes e afastando-se do modelo patriarcal que vigorou por muito tempo.” (SILVA FILHO, 2009, p. 43).

Reduziu os poderes do homem como chefe da sociedade conjugal e da família visando ampliar os direitos da esposa e dos filhos tornando a família uma instituição democrática.

Na ótica de Augusto Coelho Bordallo entende o que segue:

Com a nova sistemática constitucional, houve mudança mais do que significativa com referência à hipótese de colocação dos filhos no seio da família. No sistema anterior à Constituição Federal de 1988, os filhos pertenciam às famílias, sem que tivessem qualquer direito,

pois, na hierarquia familiar, ficavam em plano inferior. Na nova sistemática, com a consagração do Princípio da Igualdade trazido para a família, combinado com o Princípio Fundamental da Dignidade Humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), a família se torna instituição democrática, deixando de ser encarada sob o prisma patrimonial e passando a receber enfoque social, o que se denomina despatrimonialização da família. Isso faz com que os filhos passem a ser tratados como membros participativos da família, tornando-se titulares de direitos. O filho passa a ser o centro de atenção da família. (BORDALO, 2010, p. 103).

No que se refere à adoção, por esta ser uma espécie de filiação, também foi abarcada por essa nova sistemática, passando a ser tutelada pelos princípios da igualdade e o da dignidade da pessoa humana. Como consequência, a CF/88 avançou equiparando os direitos de todos os filhos, oriundos ou não do casamento, naturais ou adotivos (art. 227, § 6º), conforme outrora mencionado.

Em decorrência dessa nova roupagem conferida à família trazida pela Constituição Federal de 1988, surgiu a Lei nº 8.069 de 1990, conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente.

As crianças e os adolescentes deixaram de ser objetos e tornaram-se sujeitos de direitos, usufruindo dos mesmos direitos constitucionais das pessoas adultas, ainda com alguns direitos específicos por estarem em processo de desenvolvimento.

Já o Código Civil de 2002 dispõe sobre a adoção no Capítulo IV, do Título I, do Livro de Família, nos artigos 1.618 a 1.629. Por meio desse dispositivo legal o instituto foi unificado, deixando de existir dois regramentos: o do CC/1916 que regia a adoção de pessoas maiores de 18 anos, instrumentalizada através da escritura pública, e o do Estatuto da Criança e do Adolescente que regula a de pessoas com idade inferior a 18 anos, promovida judicialmente.

Posteriormente, na tentativa de agilizar o processo de adoção e reduzir o tempo de espera de crianças e adolescentes em instituições, surgiu à lei nº 12.010/09, chamada de Lei de Adoção. Com a vigência dessa lei o Código Civil deixou de tratar da adoção de menores. Os artigos 1.62º a 1.629 foram expressamente revogados pelo art. 8º da nova lei, restando apenas dois dispositivos, o art. 1.618 e o art. 1.619 do Código Civil que tiveram redação alterada. O primeiro deles dispõe que a adoção de crianças e adolescentes será regida pelas

normas constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente. O segundo cuida da adoção de pessoas maiores de 18 anos, determinando que sua constituição se dará por meio de processo judicial e que serão aplicados, no que couber, as regras do referido Estatuto.

A nova lei deixou clara a visão do poder público de melhorar a qualidade de vida do jovem no núcleo da sua família natural, sendo a colocação em família substituta médica excepcional concedida apenas quando não for possível a manutenção na família biológica. Esta lei sofreu duras críticas, Maria Berenice Dias leciona nestes termos:

O fato é que a adoção transformou-se em medida excepcional, à qual se deve recorrer apenas quando esgotado os recursos de manutenção da criança e do adolescente na família natural ou extensa. Assim, a chamada Lei da Adoção não consegue alcançar seus propósitos. Em vez de agilizar a adoção, acaba por impor mais entraves para a sua concessão, tanto que onze vezes faz referência a prioridade da família natural. (DIAS, 2011, p. 478).

Realmente a nova lei dificultou o processo de adoção, o tornando mais lento e burocrático. É inquestionável que o ideal é que crianças e adolescentes cresçam juntos da sua família biológica, mas quando esta não é possível, deveria o Estado facilitar o processo de relocação dessas crianças à famílias substitutas, a pessoas que anseiam por adquirir a filiação.

A adoção trás consigo quatro efeitos pessoais, sendo eles: a ruptura dos vínculos jurídicos entre o adotado e a sua família anterior; impedimentos matrimoniais, alteração do poder familiar e a alteração do nome do adotado.

No que se diz a respeito da ruptura dos vínculos jurídicos entre o adotado e sua família anterior, a ruptura dos vínculos jurídicos com a família biológica é total e envolve todo tipo de direitos e obrigações, sendo o adotado plenamente integrado na família do adotante.

No que tange o poder familiar, inicialmente, cumpre registrar que o atual Código Civil optou pela expressão “poder familiar” em vez de “pátrio poder” e a Lei nº 12.010/09 alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente para seguir a mesma nomenclatura. Essa modificação deriva da igualdade de direitos entre o homem e a

mulher conferida pela Constituição Federal em seu artigo. 226, § 5º. A expressão anteriormente usada fazia referência apenas ao papel do pai (pátrio) como figura notável na relação parental, o qual, não é mais cabível diante da igualdade entre os pares no casamento. Maria Berenice Dias postula o seguinte entendimento:

Esse poder conferido simultânea e igualmente a ambos os genitores, exercido no proveito, interesse e proteção dos filhos menores, advém de uma necessidade natural, uma vez que todo ser humano, durante sua infância, precisa de alguém que crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo sua pessoa e seus bens. (DINIZ, 2011, p. 589).

Por fim, a transmissão do nome da família é o último efeito pessoal a ser analisado diante da adoção. Verifica-se que “a sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome.” (art. 47, § 5º, Estatuto da Criança e do Adolescente).

O adotado não pode manter o nome ou apelidos da família biológica, já que a adoção o desvincula totalmente dessa família. Tal fato pode gerar transtorno de identidade na criança.

Por fim, nota-se a evolução do instituto da adoção no direito brasileiro, seus diplomas legais que foram se sucedendo e conferindo alterações no o instituto, no anseio de proteger a criança e o adolescente. Tem-se no afeto a base da adoção, assim como o princípio do melhor interesse da criança deve ser sempre usado prioritariamente, pois se trata da vida de incapazes, devendo o Estado e seus representantes protegê-los.

2. O INSTITUTO DA ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO VIGENTE

2.1. A ADOÇÃO COMO FILIAÇÃO AFETIVA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Neste capítulo serão expostos os ordenamentos jurídicos que fundamentam o instituto da adoção, seus dispositivos legais e suas evoluções diante do tempo. Desde o advento da Constituição Federal de 1988, uma nova realidade surgiu em todo o ordenamento jurídico brasileiro. Ela trouxe consigo princípios a serem seguidos, o que, conseqüentemente, mudou completamente o conceitos no Direito de Família, a pautando, constantemente, no afeto. Posteriormente, concernente ao presente tema, surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei ordinária que passou a dispor sobre direitos e deveres das crianças e dos adolescentes, bem como positivar todas as regras do instituto da adoção. Por fim, ao final do capítulo será evidenciado o Código Civil de 2002, que se preocupou tão somente a discorrer sobre a adoção dos maiores de idade.

Desde o advento da Constituição Federal de 1988 todo o ordenamento jurídico brasileiro vem sofrendo notáveis adaptações em paradigmas anteriormente estabelecidos. O Direito Civil não ficou de fora desse processo, pois a Carta Magna trouxe consigo nova roupagem a vários institutos, sendo no Direito de Família um dos alvos principais dessa nova concepção. Neste giro, o doutrinador Paulo Lobo dispõe que A constitucionalização do Direito Civil, no Brasil, é um fenômeno doutrinário que se incorporou a partir da última década do século XX, entre os juristas preocupados com a revitalização do direito civil e sua adequação aos valores que tinham sido consagrados na Constituição de 1988, como expressões das transformações sociais. (LOBO, 2016).

Todos os paradigmas patrimonialistas e patriarcais que revestiam as relações privadas no Brasil ganharam um caráter mais humanitário, preocupando-se mais com o ser humano em si do que patrimônios pessoais. O Direito de Família foi o ramo do Direito que mais sofreu alterações, assim como obteve mudanças concretas e práticas em seus institutos.

O novo conceito de família, a superação da família tradicional oriunda do casamento e a institucionalização da união estável faziam parte de anseios sociais que já estavam acontecendo. Conforme outrora mencionado, o Direito de Família deve acompanhar a evolução social e, assim, passar a postular sobre a nova realidade familiar, conforme leciona Maria Helena Diniz.

Maria Berenice Dias tem o entendimento de que o legislador procedeu a constituinte ao alargamento do conceito de família, calcado na nova realidade que se impôs, emprestando juridicidade ao relacionamento existente fora do casamento. (DIAS, 2010, p. 36).

A Constituição Federal de 1988 é conhecida também como a verdadeira carta de princípios, os quais impõe eficácia a todas as normas definidoras de direitos e garantias. Segundo Paulo Bonavides, os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional. (BONAVIDES, 2015, p. 237).

Assim, o ordenamento jurídico passou a ser composto por princípios, sendo considerados como normas jurídicas que se distinguem das demais regras não só porque têm alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização. “Os princípios constitucionais dispõem de primazia diante da lei, sendo a primeira regra a ser invocada em qualquer processo hermenêutico. É equivocada a ideia de que os princípios vêm por último no ato integrativo”. (ALEXY, 2011, p. 84).

Assim, o Direito de família foi o ramo em que mais se sentiu os reflexos desses princípios constitucionais, Maria Berenice Dias postula que “os princípios que regem o direito das famílias não podem distanciar-se da atual concepção da família, dentro de sua feição desdobrada e de múltiplas facetas.” (DIAS, 2010, p. 61).

Outrossim, a Constituição Federal de 1988 inovou ao trazer o princípio da dignidade da pessoa humana e o da igualdade entre homens e mulheres, quebrando, assim, um paradigma patrimonialista que existia anteriormente.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (Brasil, Constituição da República Federativa de 1988).

Gonçalves (2010, p. 33) aduz que a Carta Magna abriu horizontes ao instituto jurídico da família, sendo o planejamento familiar um dos principais beneficiados, pois, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o constituinte enfrentou problemas na limitação da natalidade, ficando então de competência do Estado oferecer os recursos necessários para educação e exercício desse direito, cabendo ao casal a escolha de como agir em relação a instituição de sua família.

No mesmo vértice Dias (2010, p. 105) disserta que a Constituição Cidadã estabeleceu a maior reforma já ocorrida no direito de família, pois, já em seu preâmbulo assegura o direito à igualdade e objetiva ao Estado promover o bem de todos, sem preconceito de sexo. O conceito de família foi amplamente alterado, recebendo um tratamento mais abrangente e igualitário.

Conforme leciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear constitucional, ele dispõe que:

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideias pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas. (GAMA, 2005, p. 295-324).

Já o entendimento de Paulo Lobo é no giro de que a figura patriarcal era de extrema relevância, conforme se observa neste trecho de sua obra:

A ideia de que no passado, a exemplo da família patriarcal, apenas o pai possuía a plena cidadania, dotada de direitos. Enquanto aos demais membros, à mulher e os filhos, tais direitos eram negados, ou seja, a dignidade humana não podia ser a mesma. Era vedada a intervenção pública neste espaço privado familiar. Logo, abusos e subjugações contra os mais fracos eram tolerados. (LOBO, 2008, p. 38).

O princípio da dignidade da pessoa humana, conforme exposto, foi essencial para a nova roupagem do direito de família. O home e a mulher passaram a ser seres de mesmos direitos e deveres, ambos dotados de personalidade e responsabilidades. A mulher deixou de ser inferior ao homem no seio da família, fato que é essencial para a compreensão do direito de família contemporâneo.

Ademais, a Constituição Federal trouxe consigo outros princípios necessários à instituição da família. O princípio da dignidade da criança faz parte dessa inovação. Em seu artigo 227, a dignidade da criança não é somente um dever imposto ao Estado e a sociedade em si, mas, também, a todo ente da família. Veja:

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

Maria Isabel Pereira ensina que a principal função da família é, sem dúvida, a de criar as condições para o desenvolvimento da personalidade dos filhos para que se tornem dignos integrantes da sociedade, sabendo também respeitar a dignidade de todos. Esses são valores que primeiramente têm de ser aprendidos dentro de

casa. E ensinamentos dessa natureza não se fazem com truculência nem com omissão de carinho ou de. (PEREIRA, 2005, p.20).

Nota-se que cresce a preocupação do Estado com a formação e desenvolvimento pessoal dos filhos, devendo os pais sempre diligenciar pelo seu bem estar, sendo responsável civilmente por suas omissões, caso seja necessário.

Outro princípio correlacionado ao dispositivo constitucional anteriormente exposto é o princípio da convivência familiar. De acordo com Paulo Lobo, a convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura, entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar. É o ninho onde as pessoas sentem-se acolhidas e protegidas, especialmente a criança. (LOBO, 2008, p. 52).

Assim, chega-se a conclusão de que a convivência familiar é um direito do filho, sendo dever do ente familiar, da sociedade e do Estado garanti-la.

Um princípio extremamente importante é o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. O magistério do nobre doutrinador Paulo Lobo obra dispõe no sentido de que:

O princípio expõe a prioridade que deve ser oferecida às crianças e adolescentes, como sujeitos de direitos, e indivíduos que comporão o futuro do país. No entanto, tal prioridade tem limites, pois aqui se fala em prioridade e não em exclusão de outros direitos e interesses seja de adultos, mulheres ou idosos. Em resumo, não mais poderá ser considerado de forma absoluta dos interesses do Estado ou dos pais, deixando os interesses dos filhos descobertos (LOBO, 2009, p. 54).

No ordenamento jurídico brasileiro, este princípio encontra fundamento no artigo 227 da Constituição, conforme já pudemos ver anteriormente, estabelece o dever da família, Estado e sociedade assegurar à criança e o adolescente com absoluta prioridade.

No que concerne à adoção o princípio da afetividade é essencial ao vínculo afetivo que se formará entre o adotante e o adotado. O afeto passou a ser enfrentado pelo legislador como um princípio de ordem básica na constituição da atual família.

Belmiro Pedro Welter leciona que “com a consagração do afeto a direito fundamental, resta enfraquecida a resistência dos juristas que não admitem a igualdade entre a filiação biológica e a socioafetiva.” (WELTER, 2004, p. 64).

“O princípio da afetividade faz despontar a igualdade entre os irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais.” (DIAS, 2010, p. 70).

Maria Berenice Dias aduz que “o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não de sangue.” (DIAS, 2010, p.71). Ainda, tem o entendimento de que o novo olhar sobre sexualidade valorizou os vínculos conjugais, sustentando-se no amor e no afeto. Na esteira dessa evolução, o direito de família instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo o valor jurídico do afeto. (DIAS, 2010, p. 72).

Conforme o exposto, a criança e o adolescente à luz da Constituição Federal de 1988, passaram a ser considerados como sujeitos de direitos e dignos de serem tutelados pelo Estado, em especial seus interesses personalíssimos. A análise destes princípios é necessária para demonstrar que o atual ordenamento jurídico, em razão da condição de fragilidade da criança, considerada como ser em formação, dá especial ênfase para seus interesses e, em consequência, para os deveres dos pais, biológicos ou não, mormente os de conviver com o filho, respeitar a sua dignidade como pessoa humana, bem como conferir-lhe carinho, cuidado, afeto.

2.2. A ADOÇÃO COMO FILIAÇÃO AFETIVA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Conforme todo o exposto, a adoção é o meio utilizado para se inserir uma criança ou adolescente em um seio familiar. O nobre doutrinador Arnaldo Rizzardo, ensina que: “em termos singelos, a adoção nada mais representa do que um ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho”. (RIZZARDO, 2011, p. 458).

Outrossim, no decorrer do tempo, o instituto da adoção sofreu inúmeras modificações, seja pela Constituição Federal de 1988, pelo Estatuto da Criança e do

Adolescente e pelo Código Civil de 2002, que se resguardou a postular sobre um fragmento desse instituto. O estatuto da criança e do adolescente pegou para si diversos princípios constitucionais, conforme evidencia o nobre doutrinador Venosa.

Veja:

O Estatuto da Criança e do Adolescente ao importar da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o princípio da prioridade absoluta, visando o melhor interesse da criança e do adolescente, inovou o instituto brasileiro da adoção, haja vista que as legislações detinham uma visão, sobretudo, patrimonialista, o que na legislação vigente fora extirpada as diferença entre filhos adotivos e biológicos. (VENOSA, 2009, p. 231).

Com o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, grandes mudanças aconteceram no instituto da adoção, pois, buscando dar efetividade ao dispositivo constitucional da proteção integral da criança e do adolescente, esta lei passou a regular a adoção dos menores de 18 anos, assegurando-lhes todos os direitos, consoante ensinamento de Maria Berenice Dias. (DIAS, 2010, p. 471).

Assim, na época, dois diplomas legais passaram a postular sobre o mesmo tema, o que causou certo conflito. Havia o entendimento de que o Estatuto da Criança e do Adolescente postulava tão somente sobre a adoção de menores de 18 anos, e o Código Civil de 1916 sobre os demais temas concernentes do instituto. Maria Berenice Dias tem o entendimento de que remanesceu o Código Civil de 1916 regulamentando a adoção dos maiores de idade. (DIAS, 2010, p. 472).

Adentrando nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, esta lei veio para solidificar o instituto da adoção, estabelecendo um criterioso sistema para a adoção de menores de 18 anos, os quais grandes institutos desse estatuto também foram recepcionados pelo atual Código Civil, ambos embasados nos preceitos constitucionais.

Assim, considera-se criança, para os efeitos da Lei, a pessoa de até doze anos de idade incompletos, e, adolescente, aquela entre doze e dezoito anos de idade. Nos moldes do art. 2º do Estatuto.

A adoção começa a ser referenciada na Subseção IV, no art. 39. Já o art. 41 atribui ao adotado a condição de filho, com os mesmos direitos e deveres do filho biológico, se desligando de seu parentesco natural. Veja:

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Para Venosa, o estatuto considera a criança e o adolescente sujeitos de direitos, ao contrário do revogado Código de Menores, que os tratava como objeto da relação jurídica, deixando mais claro o espectro de direitos subjetivos. (VENOSA, 2008, p. 270).

Assim, a doutrinadora Maria Berenice Dias tem o entendimento de que a adoção atribui ao adotado a condição de filho para todos os efeitos, desligando-o de qualquer vínculo com os pais biológicos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento. (DIAS, 2010, p. 473).

Nota-se, que o afeto é o ponto central na adoção, que é por meio dele que o adotado tem seus direitos reconhecidos, sejam eles morais ou jurídicos, e colocado em pé de igualdade com qualquer filho biológico.

Adiante, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a adoção é medida definitiva de inserção da criança ou adolescente como membro na família substituta, devendo seus reais interesses e necessidades serem priorizados. A inserção em família substituta dependerá sempre de decisão judicial, o que evidencia a importância da intervenção do Poder Judiciário na tutela deste tema.

Luiz Edson Fachin alerta que o direito de convivência é uma via de mão dupla, sendo direito dos pais e direito dos filhos, com ênfase para o direito destes, que é uma estrela de brilho maior, em função da prioridade absoluta prevista na Constituição Federal. (FACHIN, 1999, p. 172.).

É mister, ressaltar, no que tange a filiação afetiva, que qualquer pessoa pode adotar, seja ela, solteira, divorciada, viúva, casada. A lei sequer faz restrição quanto a orientação sexual do adotante, também independe do estado civil do adotante,

conforme dispõe o art. 42: Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

Ademais, o consentimento os pais ou do representante legal do adotando é dispensado se os pais biológicos forem desconhecidos ou se o poder familiar tenha sido destituído. Belmiro Welter sustenta que seria até dispensável o procedimento judicial de adoção, ao menos em favor de candidatos já habilitados ou quando já estabelecido convívio. (WELTER, Inconstitucionalidade do processo de adoção judicial, p. 78).

Nota-se, que o Estatuto da Criança e do Adolescente buscou estabelecer os termos da adoção, bem como priorizar a filiação afetiva, nos moldes dos artigos citados. Entretanto, posteriormente, houve o advento do Código Civil, em 2002, o que causou grande polêmica em sede doutrinária, consoante o posicionamento de Maria Berenice Dias:

O Estatuto da Criança e do Adolescente regulava de forma exclusiva a adoção de crianças e adolescentes, mas a lei civil trazia dispositivos que faziam referência à adoção de menores de idade. Esta superposição foi corrigida pela Lei de Adoção que, modo expresse, delega ao ECA a adoção de crianças e adolescentes e manda aplicar seus princípios à adoção dos maiores de idade ao Código Civil. (DIAS, 2010, p. 472).

Assim, o Código Civil de 2002 passou a disciplinar a questão da adoção dos maiores de 18 anos, manteve as diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como os princípios consagrados na Constituição Federal de 1988.

Inicialmente, o Código Civil não estabeleceu qual a competência jurisdicional para a adoção de maiores de 18 anos, permanecendo exclusivamente à Vara da Infância e Juventude responsável pela adoção, conforme previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Conforme o entendimento de Rizzardo:

Como o Estatuto da Criança e do Adolescente, profundas as alterações que apareceram. Duas, então, as formas de adoção que remanesceram: a do Código Civil e a do Estatuto, aplicável aquela aos maiores de dezoito anos e procedida através de escritura pública, e a última aos menores até os dezoito anos, a quem era dirigido o diploma da Lei n. 8.069/1990. (RIZZARDO, 2009, p. 320).

Um requisito exigido no Estatuto da Criança e do Adolescente foi mantido no

Código Civil, uma vez que expressamente, no que couber, o Estatuto será aplicado. Assim, uma das exigências é que o adotante seja pelo menos 16 anos mais velho que o adotando, bem como todo o processo seja realizado por via judicial, conforme o art. 1.619, Código Civil. Fato com que leva a equivalência da filiação biológica, o que gera autoridade e respeito. Caio Mário tem o seguinte entendimento sobre o assunto:

Esta diferença etária existe no pressuposto de certo condicionamento hierárquico entre adotante e adotado, no que, aliás, usa-se por parâmetro a circunstância de que a idade núbil é também de dezesseis anos e, assim, assemelha o parentesco civil à relação de paternidade biológica (2004, p.401).

No que tange a adoção, no Código Civil não existem muitos artigos referente ao tema, uma vez que este se submete as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme dispõe Arnaldo Rizzardo.

Com o Código Civil de 2002, passou a adoção a submeter-se às suas regras, ficando o Estatuto derogado nos assuntos que aquele diploma disciplinasse. Isto até o advento da Lei nº 12.010, que revitalizou o Estatuto, pois revogou os artigos 1.620 a 1.629 que tratavam da adoção, e ficando em vigor apenas os artigos 1.618 e 1.619. Unicamente quanto aos maiores de dezoito anos, o procedimento de adoção é mais de jurisdição voluntária, mas havendo o interesse público, e seguindo também as linhas da Lei nº 8.069, nos termos do art. 1.619 do Código Civil, na redação que lhe deu a Lei nº 12.010. (2011, p. 463).

O artigo 1.619 dispõe que a adoção de maiores de 18 anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, em ambas as modalidades de adoção, o caminho para se adquirir é por via judicial, com a constituição do ato por meio de sentença, com averbação em registro público dos atos judiciais e extrajudiciais da adoção.

No aspecto da filiação afetiva, o atual Código Civil dispõe sobre o poder familiar, Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves, o "Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores".

Diante disso, o poder familiar é instituído no interesse da prole e da família, e

não em proveito dos pais, consoante o princípio constitucional da paternidade responsável, estabelecido no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal.

O artigo 1.630 do Código Civil preceitua que "Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores". Assim, a menoridade cessa aos 18 anos completos, extinguindo nessa idade o poder familiar, ou antes, em caso de emancipação em razão de alguma das causas indicadas no parágrafo único, do artigo 5º, do Código Civil.

Nota-se, portanto, que o legislador sempre esteve preocupado em proporcionar aos filhos todos os direitos que lhes são devidos, para que cresçam em um ambiente harmônico e amoroso, sempre preocupado com os laços afetivos de seus membros.

Diante do exposto, observa-se que ambas legislações buscaram priorizar e evidenciar as relações de afeto entre adotante e adotando, bem como garantir que todos os direitos constitucionais sejam resguardados, uma vez que o melhor interesse da criança sempre deve prevalecer. Assim, a legislação vigente, tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, corroboram o entendimento de que o afeto deve prevalecer nas relações familiares.

3. APLICAÇÃO JUDICIAL DA ADOÇÃO NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA BRASILEIROS EM TEMAS CONCERNENTES AO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

3.1. TUTELA JUDICIAL DA ADOÇÃO

3.1.1. DA ADOÇÃO À BRASILEIRA

Na jurisprudência, há uma grande demanda de temas concernentes à afetividade e a adoção. O Poder Judiciário busca analisar as lides referentes a este tema, procurando solucionar conflitos pautados nos princípios constitucionais, principalmente no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Nestes termos, se faz mister adentrar nos termos de uma modalidade de adoção disseminada na ordem jurídica brasileira, conhecida como adoção à brasileira, que nada mais é do que achar a criança que se gostaria de adotar, ou mesmo assumindo crianças entregues diretamente aos pais adotivos por seus pais biológicos e, em vez de passar pelos processos legais de adoção, desconhecem o programa da Justiça e depois buscam o juizado para "oficializar" a adoção. (ELIAS,1994).

As pessoas têm a falsa impressão de que o processo de adoção é longo e burocrático, motivo pelo qual resolvem adotar extrajudicialmente, apenas nos termos de suas vontades. Com a "adoção à brasileira", as crianças não são entregues à Justiça, o que aumenta é o tempo de espera dos candidatos a pais adotivos que estão nas filas dos juzizados e que, desanimados, acabam se rendendo às formas mais rápidas de adoção (CHAVES, 1995).

A Adoção à Brasileira dá origem a um atalho ilegal para um processo complexo. Segundo o Código Penal, artigo 242: "é crime contra o Estado de Filiação, com pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem" (ALBUQUERQUE,2003).

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça usa a terminologia de adoção

simulada para se referir aos casos em que casais registram filhos alheios como próprios, com a intenção de dar-lhes um lar, pautados na vontade de se constituir uma família embasada no afeto. Todavia, tal fato constitui crime de falsidade ideológica, mas os tribunais tendem a absolver os casais em virtude da ausência de dolo, uma vez que a própria legislação insinua que o juiz deixe de punir caso perceba a nobreza do caso.

O Superior Tribunal de Justiça têm precedentes favoráveis concernentes a este tema, conforme se observa deste julgado. Veja:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. AUSÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. RECONHECIMENTO. "ADOÇÃO À BRASILEIRA". IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. A chamada "adoção à brasileira", muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, não consubstancia negócio jurídico vulgar sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida a condição resolutiva consistente no término do relacionamento com a genitora.

2. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva.

3. No caso, ficou claro que o autor reconheceu a paternidade do recorrido voluntariamente, mesmo sabendo que não era seu filho biológico, e desse reconhecimento estabeleceu-se vínculo afetivo que só cessou com o término da relação com a genitora da criança reconhecida. De tudo que consta nas decisões anteriormente proferidas, deduz-se que o autor, imbuído de propósito manifestamente nobre na origem, por ocasião do registro de nascimento, pretende negá-lo agora, por razões patrimoniais declaradas.

4. Com efeito, tal providência ofende, na letra e no espírito, o art. 1.604 do Código Civil, segundo o qual não se pode "vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro", do que efetivamente não se cuida no caso em apreço. Se a declaração realizada pelo autor, por ocasião do registro, foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao

desígnio de estabelecer com o infante vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade social em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro.

5. A manutenção do registro de nascimento não retira da criança o direito de buscar sua identidade biológica e de ter, em seus assentos civis, o nome do verdadeiro pai. É sempre possível o desfazimento da adoção à brasileira mesmo nos casos de vínculo socioafetivo, se assim decidir o menor por ocasião da maioridade; assim como não decai seu direito de buscar a identidade biológica em qualquer caso, mesmo na hipótese de adoção regular. Precedentes.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1352529/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 13/04/2015)

Nota-se, que o julgador se preocupa com os laços de afetividade criados nesta modalidade de adoção, o que faz com que o ambiente de afetividade seja mantido e regularizado de acordo com o caso concreto.

Assim, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que a paternidade socioafetiva prevalece em detrimento da biológica. Nesse diapasão o Ministro Luis Felipe Salomão tem o seguinte entendimento:

A chamada "adoção à brasileira", muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, não consubstancia negócio jurídico vulgar sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida a condição resolutiva consistente no término do relacionamento com a genitora. (REsp 1352529/SP).

Igualmente é o magistério de Paulo Lobo caminha no mesmo sentido, o da prevalência do afeto nos casos de adoção à brasileira, o que é plenamente aceito e, com o passar do tempo, está sobre o entendimento majoritário dos tribunais brasileiros. Veja:

Em outras palavras, para que possa ser impugnada a paternidade independentemente do tempo de seu exercício, terá o marido da mãe que provar não ser o genitor, no sentido biológico (por exemplo, o resultado de exame de DNA) e, por esta razão, não ter sido constituído o estado de filiação, de natureza socioafetiva; e se foi o próprio declarante perante o registro de nascimento, comprovar que teria agido induzido em erro ou em razão de dolo ou coação. A Constituição rompeu com os fundamentos da filiação na origem

biológica e na legitimidade, quando igualou os filhos de qualquer origem, inclusive os gerados por outros pais. Do mesmo modo, o Código Civil de 2002 girou completamente da legitimidade e de sua presunção, em torno da qual a legislação anterior estabeleceu os requisitos da filiação, para a paternidade de qualquer origem, não a radicando mais e exclusivamente na origem genética. Portanto, a origem genética, por si só, não é suficiente para atribuir ou negar a paternidade, por força da interpretação sistemática do Código Civil e de sua conformidade com a Constituição. (LOBO, 2009, p. 224).

3.1.2. *INDENIZAÇÃO NA DEVOLUÇÃO DO ADOTADO.*

Ainda nos termos da jurisprudência sobre a contemporaneidade no instituto da adoção, o que se observa é que o Poder Judiciário está se posicionando favoravelmente aos casos de indenização em favor de crianças adotadas caso sejam devolvidas ao abrigo, seja em virtude de mau comportamento ou má adaptação. Essa situação plangente está se tornando cada vez comum, pois casais após iniciarem o estágio de convivência no animo de adotar, simplesmente desistem devolvendo o adotado aos cuidados do Poder Público.

Neste termos, se faz presente avaliar a possibilidade de responsabilização dos adotantes em caso de desistência e abandono. Diante dos ensinamentos dos princípios da responsabilidade civil, Venosa ensina que os princípios buscam restaurar equilíbrio patrimonial e moral violado. Veja:

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos. (VENOSA, 2007, p. 1-2).

No caso em comento, poder-se-ia questionar que a devolução não é uma conduta culposa, assim, a responsabilidade civil dos adotantes seria excluída, uma vez que inexistente vedação ou previsão da antijuridicidade da conduta de "devolver" uma criança ou mesmo de desistir da adoção, antes de sua ultimação obviamente, já que o ato é irrevogável, por força do §1º, do artigo 39, do Estatuto da Criança e do Adolescente, tratando-se de direito potestativo do adotante.

Ademais, apesar de inexistência de norma que proíba a devolução, essa ação dos adotantes acarreta imensurável prejuízo a terceiro, pois é inquestionável a

violência psicológica realizada contra o adotado. Rosenvald buscou esclarecer o tema, identificando a ilicitude cometida por parte dos adotantes.

Para além do tradicional ato ilícito subjetivo, o novo Código Civil desenvolve o ato ilícito objetivo, pautado pelo abuso do direito, como fonte de obrigações (art. 187 Código Civil). Aqui não incide violação formal a uma norma, porém um desvio do agente às suas finalidades sociais (art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), mediante a prática de uma conduta que ofenda os limites materiais impostos pelo ordenamento jurídico. (ROSENVALD, 2004, p. 39).

Conforme todo o exposto, é de conhecimento que a Poder Público dispõe aos indivíduos uma série de deveres e obrigações a serem cumpridas, cometendo ato ilícito a não execução de um desses atos. Dessa forma, é completamente legítimo acionar o Poder Judiciário para exercer a pretensão de se inscrever para a adoção, buscando, a formação de um núcleo familiar. Todavia, é preciso que o exercício deste direito não lesione terceiro, e, ainda, seja exercido de acordo com os limites impostos pelo seu fim econômico e social.

Quando se inicia o estágio de convivência, indiretamente gera na criança e no adolescente uma expectativa para a adoção, o que é evidentemente legítima, pois, após esse período, a adoção será consumada. Entretanto, com a devolução essa expectativa é frustrada, o que gera o odioso abandono afetivo, perfeitamente compensável pelo dano moral, segundo jurisprudência do Eg. Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa

em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

Nota-se que independe de lapso temporal, a mínima convivência entre adotante e adotado já é suficiente para a formação de vínculos afetivos, o que, uma possível desistência será geradora de uma ideia de abandono e uma simbólica violência psicológica para a criança ou adolescente, uma vez que estariam sendo abandonados pela segunda vez, sendo a primeira pelos pais biológicos, e a segunda pelos pais adotivos.

3.1.3. RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA EM CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL

Ainda concernente aos temas relativos à adoção no direito contemporâneo, observa-se a possibilidade do reconhecimento da filiação socioafetiva em cartório extrajudicial.

Assim, a renomada doutrinadora Paula Ferla Lopes expõe que a motivação para que seja a paternidade socioafetiva reconhecida de forma extrajudicial é a seguinte:

O fato de existirem grande número de pessoas sem paternidade registral reconhecida, mas com paternidade socioafetiva já consolidada acabara por motivar a regulamentação do seu reconhecimento extrajudicial, tal como ocorre nos casos de filiação biológica. (FERLA, 2015).

Atualmente, o entendimento geral é de que a paternidade socioafetiva pode ser realizada de forma extrajudicial, movimento esse que ganhou força com o Provimento nº 63/2017, de 14 de novembro de 2017, passou a dispor de modelos únicos de certidão de nascimento, casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva em seu no Livro "A" e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

Fato que levou demais tribunas a disporem sobre o mesmo assunto, fazendo que o dispositivo fosse amplamente aplicado no âmbito dos cartórios extrajudiciais.

Para consolidar a possibilidade de que o reconhecimento da filiação socioafetiva seja efetivado nos cartórios do registro civil de qualquer unidade federativa, O Conselho Nacional de Justiça publicou o provimento 63, através do qual, dentre outros temas, disciplinou o procedimento de reconhecimento da filiação socioafetiva perante os Ofícios de Registro Civil das Pessoas Naturais, uniformizando o seu procedimento.

Ademais, são requisitos ao reconhecimento da filiação socioafetiva o requerimento firmado pelo ascendente socioafetivo, testamento ou codicilo (artigo 11, parágrafos 1º e 8º); de documento de identificação com foto do requerente – original e cópia simples ou autenticada (artigo 11); de certidão de nascimento atualizada do filho – original e cópia simples ou autenticada (artigo 11); de anuência pessoalmente dos pais biológicos, na hipótese do filho ser menor de 18 anos de idade (artigo 11, parágrafos 3º e 5º); anuência pessoalmente do filho maior de 12 anos de idade (artigo 11, parágrafos 4º e 5º).

Bem como, não poderão ter a filiação socioafetiva reconhecida os irmãos entre si nem os ascendentes (artigo 10, parágrafo 3º); entre o requerente e o filho deve haver uma diferença de pelo menos 16 anos de idade (artigo 10, parágrafo 3º),

devendo ocorrer sempre mediante comprovação da posse do estado de filho, conforme disposto no artigo 12.

Vale a pena destacar que o artigo 12 deste Provimento prevê que: “suspeitando de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida sobre a configuração do estado de posse de filho, o registrador fundamentará a recusa, não praticará o ato e encaminhará o pedido ao juiz competente nos termos da legislação local”.

Desta feita, além do requisito da manifestação de vontade do requerente, dos pais biológicos e do filho maior de 12 anos, a norma impõe ao oficial de registro a necessidade de observar a configuração da posse de estado de filho como condição indispensável à caracterização da filiação socioafetiva.

Renata Viana Neri tem o entendimento de que:

A posse do estado de filho corresponde à “relação de afeto, íntimo e duradouro, exteriorizado e com reconhecimento social, entre homem e uma criança, que se comportam e se tratam como pai e filho, exercitando os direitos e assumem as obrigações que essa relação paterno-filial determina”. (NERY, 2014).

Assim, depois do reconhecimento da filiação de modo extrajudicial, não será necessária que se envie para a via Judicial, e se a demanda já tiver sido levada à discussão por meio de via judicial, não poderá ser levada a via extrajudicial, nos moldes do art. 13 do provimento 63, do Conselho Nacional de Justiça.

Art. 13. A discussão judicial sobre o reconhecimento da paternidade ou de procedimento de adoção obstará o reconhecimento da filiação pela sistemática estabelecida neste provimento.

Parágrafo único. O requerente deverá declarar o desconhecimento da existência de processo judicial em que se discuta a filiação do reconhecendo, sob pena de incorrer em ilícito civil e penal.

Todavia, de igual sorte, se faz necessário alertar que este instituto pode vir a acarretar prejuízos, uma vez que ao ser realizado, não é permitida a remessa à via judicial, podendo ocorrer fraudes quando ao registro, pois não há uma investigação aprofundada quanto à veracidade dos fatos apresentados.

Assim, diante de todo o exposto, percebe-se que o direito contemporâneo

prioriza as relações de afeto no âmbito familiar. A Constituição Federal de 1988 igualou a paternidade socioafetiva à biológica, a fim de diminuir possíveis discriminações entre elas. Igualmente positivou princípios constitucionais que protegem integralmente a criança e o adolescente, conforme foi exposto em todo o trabalho.

CONCLUSÃO

Este presente trabalho teve como propósito realizar uma análise crítica do instituto da adoção no Direito de Família contemporâneo, identificando as definições de família, suas normatizações no decorrer dos anos, bem como os princípios constitucionais basilares que sustentam o vértice deste instituto.

A adoção é tema de desmedida relevância social e jurídica na atualidade, principalmente ao se considerar a evolução que o Direito de Família sofreu no decorrer dos anos. Conforme foi exposto, esse ramo do Direito sempre está em constante transformação, visto que, com o passar do tempo, novos modelos de família surgem, uma vez que a sociedade está em constante alteração.

O problema central desta presente pesquisa foi a possibilidade de se realizar uma análise crítica da adoção à luz do Direito de Família contemporâneo, conforme foi demonstrada favoravelmente, pois todo o estudo foi pautado em princípios constitucionais, sendo o da afetividade e o do melhor interesse da criança e do adolescente os seus núcleos centrais. É de conhecimento geral que o conceito de família é constantemente ressignificado ao longo do tempo, motivo pelo qual cabe ao Direito regular sobre as novas definições de família, igualmente positivar e gerar estabilidade em seu ordenamento jurídico. Assim, a adoção se integra nessa nova realidade, uma vez que sua demanda se encontra cada vez maior, diante dos novos modelos de família que surgem, trazendo com eles os de expansão do núcleo familiar.

O primeiro capítulo se destinou a explicar os conceitos doutrinários de família no Direito de Família Contemporâneo, evidenciando o que lhe é mais pertinente, bem como se atentou a demonstrar os conceitos de filiação no Direito contemporâneo, até mesmo apresentando casos de fertilização *in vitro*, destacando toda a modernidade que o instituto apresenta. Neste contexto, foi apresentada, também, a adoção como filiação afetiva na modernidade, a entrelaçando em princípios basilares dispostos na Constituição Federal, sendo o mais importante o do melhor interesse da criança e do adolescente, o que foi um divisor de águas no ordenamento jurídico brasileiro.

Já o segundo capítulo foi destinado ao ordenamento jurídico brasileiro, o qual

a presente pesquisa buscou demonstrar exaustivamente a positivação desses conceitos outrora apresentados. Foi na Constituição Federal de 1988 que o Direito de Família encontrou novo rumo, preceitos constitucionais foram extremamente importantes para a caracterização do instituto, fazendo com que, posteriormente, fosse criado um Estatuto apenas para dirimir temas intrínsecos às crianças e adolescente. Houve, também, a preocupação em demonstrar o instituto da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente, mostrando sua incidência, bem como com o Código Civil, o qual se destinou apenas tratar da adoção dos maiores e capazes.

Existem várias definições sobre o que é família, conforme foi exaustivamente demonstrado, bem como foi analisado temas pertinentes à modernidade do instituto da adoção. Temas como a adoção à brasileira, a possibilidade de indenização em dano moral na devolução do adotado e o reconhecimento da filiação socioafetiva em cartório extrajudicial, só confirmaram a preocupação de se dar reconhecimento e tutela à afetividade dessas relações, conforme foi exposto no terceiro capítulo desta pesquisa. O legislador buscou priorizar o sentimento de afeto que une essas famílias, bem como responsabilizá-las caso incorram em prejuízo aos seus entes mais frágeis, a exemplo do caso de reconhecimento da responsabilidade civil dos adotantes em detrimentos dos adotados.

Assim, diante da evolução social do instituto e suas conseqüentes mudanças jurídicas, a hipótese respondeu afirmativamente o problema proposto, consoante argumentação doutrinária, legal e jurisprudencial a ser apresentada.

Por fim, esta pesquisa buscou analisar criticamente o instituto da adoção, o evidenciando no espaço e tempo, bem como apresentou suas formas positivadas, seus dispositivos legais. Toda forma de família deve ser respeitada, pois o afeto independe de qualquer outro fator externo. Novas formas de família poderão surgir, devendo o Estado tutelá-las e ampará-las, a fim de proteger as crianças e adolescentes nessas relações, conforme princípio constitucional.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo 2011, p.84

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Direito de Família – Curso de Direito Civil*. São Paulo: Atlas 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp. 1159242/SP. Terceira turma. Rel. Ministra Nancy Andrighi,, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901937019&dp_publicacao=10/05/2012>. Acesso em:1 stb 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1352529/SP. Quarta turma. Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 24/02/2015, DJe 13/04/2015. Disponível em <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/6359/5/STJ%20-%20Recurso%20Especial%201352529.pdf>>. Acesso em:7 stb 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 20 stb 2018.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm > Acesso em 2 stb 2018.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 3 de julho de 1990. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em 29 stb 2018.

Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 63/2017, de 14 de novembro de 2017. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em 03 otb 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª Ed. 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das Famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direitos das Famílias*. 5ª ed. 2009, p. 432

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves. *Curso de Direito Civil.v.3*. JusPodivm, 2015.

FERREIRA, Jussara Assis Borges Nasser. *As famílias pluriparentais ou mosaicos*. Local: IBDFAM, 2011, Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/23.pdf>. Acesso em: 24 stb. 2018

GAMA, Guilherme Nogueira Calmon da. *Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal*. São Paulo. Saraiva, 2005.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense 1968.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro 2011.

Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família*. 7 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de Família*. 5ª Edição 2009. Rio de Janeiro: Saraiva.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de Família*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 669.

LOBO, Paulo. *Famílias*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 3v.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil - Vol. 2 - Direito de Família* - 43ª ed. 2016, p. 518.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Saraiva 2010, p. 240.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de Direito Civil – Família*, v. 5. Saraiva, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: direito de família*. 15. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro, Forense, v. 5, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito do Família*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. ROSENVALD, 2004, p. 39

SILVA FILHO, Artur Marques da. *Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação*. 2ª ed, revista, atualizada e ampliada da obra *O regime jurídico da adoção estatutária*. Ed. Revista dos Tribunais, 2009. BORDALO, 2010, p. 103

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2007.

VILAS BOAS, Renata Malta. *Inseminação Artificial no Ordenamento Jurídico Brasileiro: A omissão presente no Código Civil e a busca por uma legislação específica*. Local: IBDFAM, 2011, Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Insemina%C3%A7%C3%A3o%20artificial.pdf

>. Acesso em: 29, setembro, 2018).

WELTER, Belmiro Pedro. *Inconstitucionalidade do processo de Adoção Judicial*. In: _____. *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 70RIZZARDO, 2011, p. 458