

**NATALY MORETZSOHN SILVEIRA SIMÕES**

**A ADOÇÃO E O DIREITO AO CONVÍVIO FAMILIAR SOB A PERSPECTIVA DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**UNIFIEO - Centro Universitário FIEO**

**Osasco**

**2009**

**NATALY MORETZSOHN SILVEIRA SIMÕES**

**A ADOÇÃO E O DIREITO AO CONVÍVIO FAMILIAR SOB A PERSPECTIVA DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, para a obtenção do título de mestre em Direito, dentro da Linha de Pesquisa 1 "Direitos Fundamentais em sua Dimensão Material" e do Projeto 2 "A Tutela da Dignidade da Pessoa Humana perante a Ordem Política Social e Econômica".

Orientadora: Profa. Dra. Débora Gozzo.

**UNIFIEO – Centro Universitário FIEO**

**Osasco - SP**

**2009**

**NATALY MORETZSOHN SILVEIRA SIMÕES**

**A ADOÇÃO E O DIREITO AO CONVÍVIO FAMILIAR SOB A PERSPECTIVA DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Data: \_\_\_\_/\_\_\_\_/2009

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais que me ensinaram o valor do conhecimento e do amor, cujo exemplo é orgulho pelo passado e meta para o futuro.

Aos meus avós, por me amarem tanto.

Aos meus queridos irmãos por crescerem ao meu lado e fazerem parte da minha história, me apoiando sempre.

Ao querido Alê, alegria dos meus dias, por me dar todo o seu amor, amizade e carinho. Pessoa que me acompanhou desde o início deste trabalho e com quem divido em especial esta conquista!

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço em primeiro lugar à Deus, por me dar a vida e os meios de chegar até aqui.

À estimada Professora Dra. Débora Gozzo, por quem tive a honra de ser orientada, sempre paciente, alegre, dedicada e competente.

À Coordenadora e carinhosa mãe adotiva deste curso de mestrado, Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz.

Aos professores do Centro Universitário Fieo, que muito além de qualificados profissionais, são pessoas comprometidas com os seus princípios e que lutam incansavelmente pela busca dos direitos fundamentais

Aos funcionários do Centro Universitário Fieo, sem os quais o curso não existiria.

Ao Professor Arthur Medeiros Netto, que abriu suas portas para me ensinar a enfrentar com sabedoria o papel de professora.

A todos aqueles que colaboraram para que este trabalho chegasse até aqui.

Muito obrigada!

## RESUMO

O presente estudo analisa o instituto da adoção, que se desenvolveu historicamente ao lado dos direitos fundamentais da criança, sendo atualmente uma forma de integrar plenamente a criança em uma família. Esta inserção deve estar de acordo com os princípios da prioridade absoluta e da dignidade da pessoa humana. O atual sistema jurídico compreende a família como um fator essencial para o sadio desenvolvimento da criança, sendo esta a melhor alternativa para a sua inclusão social, especialmente nos casos em que a criança for exposta ou abandonada. Por este motivo, o estudo destaca a importância do direito ao convívio familiar, que deve ser preservado e valorizado. Entretanto, demonstra que a questão da escolha de qual será a família que a criança deverá ser incluída, está subordinada ao princípio do melhor interesse da criança, devendo este ser sempre observado, principalmente no que tange ao debate da adoção por casais homossexuais. Dentro destas perspectivas, o estudo busca analisar a questão da adoção “à brasileira” (que consiste no ato de realizar a adoção sem observar os trâmites legais), a possibilidade de sua posterior anulação, mesmo depois de formado o vínculo afetivo entre a família do “adotante” e o “adotado”, e suas implicações jurídicas e sociais.

**Palavras-Chave:** direitos fundamentais, criança, adoção, família, adoção “à brasileira”, direito ao convívio familiar.

## **ABSTRACT**

The present study analyzes the adoption institute, which was developed historically alongside the fundamental rights of the child, being nowadays a way to fully integrate a child in a family. This integration should be in accordance with the principles of absolute priority and human dignity. The current legal system takes the family as an essential factor for healthy child development, being the best alternative to their social inclusion, especially in cases where the child is exposed or abandoned. For this reason, the study highlights the value of the right to family living, which must be preserved and enhanced. However, demonstrates that the choice of which family the child should be included, is subject to the principle of the best interests of the child, which should always be observed, especially in the discussion of adoption by homosexual couples. With these perspectives, the study analyzes the question of the "Brazilian adoption" (which is the act of performing the adoption without observing the legal procedures), the possibility of subsequent cancellation, even after the establishment of the emotional bonds between the family of "adopter" and "adopted", and their legal and social implications.

**Keywords:** fundamental rights, child, adoption, family, "Brazilian adoption", right to family living.

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b> .....	<b>9</b>
<b>I - Direitos fundamentais da criança</b> .....	<b>11</b>
1. Evolução dos direitos fundamentais .....	11
2. Convenção Sobre os Direitos da Criança e o princípio da proteção integral.....	15
3. O princípio da proteção integral no Brasil.....	18
4. Dignidade do adotado e o livre desenvolvimento da personalidade .....	24
5. O problema da efetividade dos direitos fundamentais da criança.....	27
5.1. Efetividade e eficácia .....	27
5.2. A eficácia dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 .....	31
6. A efetividade dos direitos fundamentais da criança e a adoção como forma de inclusão social .....	35
<b>II - Da filiação e da adoção</b> .....	<b>39</b>
1. Considerações iniciais .....	39
2. Do biologismo à verdade sociológica da filiação .....	40
3. Breve histórico sobre o instituto da adoção .....	55
4. Da adoção .....	65
4.1. Conceito e considerações iniciais .....	65
4.2. Requisitos e procedimento.....	67
4.3. Efeitos .....	74
4.4. Da adoção por homossexuais.....	75
<b>III - Do direito fundamental ao convívio familiar e a adoção à brasileira</b> .....	<b>80</b>
1. Do direito fundamental ao convívio familiar .....	80
2. Da adoção “à brasileira”.....	86
2.1. Da adoção “à brasileira” e o princípio da dignidade da pessoa humana.....	86
2.2. Da adoção “à brasileira” como crime.....	90
2.3. Da irrevogabilidade da adoção e da anulação do registro de nascimento na adoção “à brasileira” .....	93
2.3.1. Da irrevogabilidade da adoção .....	93
2.3.2. Da irrevogabilidade das adoções realizadas antes da constituição de 1988.....	94
2.3.3. Da anulabilidade da adoção “à brasileira” .....	97
<b>Conclusão</b> .....	<b>103</b>
<b>Bibliografia</b> .....	<b>107</b>



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui o intuito de analisar o instituto da adoção como uma solução para a efetividade do direito fundamental ao convívio familiar, sob a perspectiva dos direitos fundamentais, principalmente no que tange à dignidade da pessoa humana e ao livre desenvolvimento da personalidade da criança.

Para tanto, inicia-se o estudo com a análise da evolução histórica dos direitos fundamentais da criança no âmbito nacional e internacional, pois se verifica que a preocupação com a situação dos menores é um tema corrente desde o surgimento dos direitos fundamentais, sendo que para compreender os direitos da criança é necessário buscar a própria história dos direitos fundamentais. Assim sendo, passa-se à análise das Convenções sobre os direitos da criança e o princípio da proteção integral, que materializam de forma global os parâmetros essenciais da proteção da infância.

Estendendo a questão do princípio da proteção integral para o Brasil, analisam-se os documentos internacionais de proteção dos direitos fundamentais da criança, com ênfase em um dos mais importantes que foi a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 1990, que conferiu significativos reflexos à legislação nacional, especialmente por reconhecer o princípio da proteção integral, isto é, direcionar a interpretação e aplicação das normas jurídicas com vistas a garantir à criança a plena concretização dos direitos fundamentais, de acordo com seu melhor interesse.

Em seguida enfrenta-se a questão da efetividade e eficácia dos direitos fundamentais no ordenamento, pois após vinte anos de vigência da Constituição da República, percebeu-se que estes direitos, muitas vezes, não estão sendo observados. Observa-se, portanto, as dificuldades que a doutrina e a jurisprudência vêm enfrentando, diante dos obstáculos de ordem prática como a falta de regulamentação em alguns casos, e a falta de políticas públicas em outros.

Assim sendo, apresenta-se a prática da adoção como forma de efetivação dos direitos fundamentais, pois, a inclusão da criança em um ambiente familiar

significa inseri-la na sociedade de forma plena, aumentando as chances de efetivar os direitos fundamentais garantidos pelo texto constitucional.

No segundo capítulo estuda-se a recente evolução dos institutos da filiação e da adoção, pois o conceito de família vem se modificando de acordo com os avanços da sociedade, sendo necessária uma análise mais profunda das atuais concepções dos institutos da família e da filiação.

Entrando especificamente no instituto da adoção, o trabalho apresenta um estudo em relação à história, conceito, requisitos, efeitos, procedimento, e, por final os reflexos das uniões homoafetivas na adoção. Assim, adoção é apresentada como um meio de efetivar o direito constitucional à convivência familiar, que significa que todos têm direito de fazer parte de uma família para nela desenvolver plenamente seus direitos de personalidade.

Por fim, o estudo analisa os reflexos das novas concepções de filiação na denominada adoção “à brasileira” e suas implicações para a sociedade, avaliando se é possível sua anulação mesmo depois de constituída, levando em conta os direitos fundamentais já consolidados na legislação brasileira e os novos conceitos trazidos pela doutrina e jurisprudência a respeito da família e da filiação.

## I - DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA

### 1. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, ou direitos humanos fundamentais<sup>1</sup>, são aqueles direitos básicos do homem dispostos em uma Constituição<sup>2</sup>. Ou seja, são direitos essenciais transformados em direito positivo<sup>3</sup>, e, portanto, direitos principais, primeiros, indispensáveis. São, na realidade, pressupostos de aplicação dos demais direitos.

A formação de um Estado Democrático de Direito regido por uma Constituição<sup>4</sup> depende essencialmente de dois elementos básicos: a separação de Poderes e a preponderância de direitos e garantias fundamentais.

Assim, é natural ao ser humano viver em sociedade, e através de um contrato social<sup>5</sup> o cidadão abre mão de alguns de seus direitos para que o Estado, em uma estrutura de freios e contrapesos, possa administrar a sociedade para prover a paz e a dignidade humana. Para que isso seja possível, surge também a necessidade de garantir aos cidadãos direitos mínimos intocáveis pelo Estado.

Após a Segunda Guerra Mundial, o mundo sentiu a necessidade de regulamentar normas voltadas aos direitos fundamentais a fim de garantir maior

<sup>1</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos humanos fundamentais**. 3ª ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 15.

<sup>2</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: Teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 19.

<sup>3</sup> ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. In **Revista de direito administrativo**. V. 1, n. 217, Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999, p. 73.

<sup>4</sup> PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 34.

<sup>5</sup> *Cada membro da comunidade dá-se a ela no instante em que esta se forma, tal como se encontram no momento, êle e tôdas as suas fôrças; os bens que êle possui dela fazem parte. Não quer dizer que, em virtude dêsse ato mude a posse de natureza mudando de mãos e se torne propriedade em mãos do soberano; mas como as fôrças da cidade são incomparavelmente maiores que as de um particular, o domínio publico está também no fato mais forte e irrevogável, sem que o seja mais ou menos legítimo para os estrangeiros; porque o Estado, no tocante a seus membros, é senhor de todos os seus bens, pelo contrato social, que, no Estado, serve de base a todos os direitos; mas não o é, no que concerne à outras autoridades, senão pelo direito de primeiro ocupante, recebido dos particulares.* ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social e outros escritos**. SILVA, Rolando Roque da (trad.). São Paulo: Cultrix, p. 34.

certeza de sua aplicação, de prover aos cidadãos maior segurança de que as atrocidades da guerra não se repetiriam mais, e, de proteger esses direitos através de órgãos internacionais, sobretudo, quando as instituições nacionais fossem omissas.

Contudo, deve-se primeiro observar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que é considerada o marco inicial deste movimento de normatização de regras e princípios internacionais sobre direitos humanos, e que inaugura o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Trata-se, pois, de uma convenção mundial sobre o reconhecimento da validade de certos princípios que devem ser respeitados por sua categoria de essenciais ao ser humano.

Esses princípios transformaram-se em normas escritas; contudo, a aplicação das normas da Declaração de 1948 não tinha caráter vinculante pelos Estados signatários, justamente por ser uma declaração e não um tratado. Ademais, não trazia em seu texto instituições responsáveis por sua implementação nem para garantir sua eficácia, limitando-se a declarar regras de respeito aos direitos humanos de ordem material.

Passou-se a entender, portanto, que, muito embora a Declaração Universal de Direitos Humanos não tivesse força jurídica vinculante, ela deveria ser observada por todos os Estados, uma vez que, por seu intenso reconhecimento mundial, passou a fazer parte do costume internacional.

Desse longo debate, em 1966, surge o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que são de observação obrigatória pelos Estados signatários.

A partir desses dois instrumentos formou-se a Carta Internacional de Direitos Humanos (*International Bill of Rights*), constituída também pela Declaração Universal de Direitos Humanos, agora com força coercitiva em relação aos Estados signatários, trazendo em seu conteúdo direitos que *refletem uma visão moral da*

*natureza humana, ao compreender os seres humanos como indivíduos autônomos e iguais que merecem igual consideração e respeito*<sup>6</sup>.

Em 1969, entra em vigor a Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, que reafirmou alguns princípios da Declaração Universal, e trouxe em seu bojo instrumentos que visam garantir a efetividade de seus princípios, como a previsão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que são órgãos competentes para julgar se suas normas estão sendo observadas, ou não, pelos Estados-partes.

Assim, qualquer pessoa, grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação da convenção por um Estado-parte (art. 44, da Convenção). Ao se deparar com uma violação, a Comissão prepara um relatório com recomendações pertinentes e fixa prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competir, podendo submeter à Corte o julgamento do caso (art. 51-2), sendo que, de acordo com o art. 61, somente os estados partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte.

Se a Corte decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegida pela Convenção, poderá determinar ao estado-signatário que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação dos direitos, bem como, o pagamento da indenização à justa parte lesada (art. 63-1).

A questão dos direitos fundamentais envolve diretamente a limitação do poder do Estado em relação ao cidadão, limitação esta direcionada a diferentes aspectos do ser humano que foram identificados com o desenrolar da história<sup>7</sup>. No final do século XVII, o foco era o aspecto das liberdades públicas. Posteriormente, após a Revolução Industrial, as atenções voltaram-se para a questão da garantia dos direitos sociais, e, por último dos direitos de solidariedade ou de fraternidade. A

---

<sup>6</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 176.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 42.

partir daí, esses momentos foram denominados, respectivamente, como direitos de primeira, segunda e terceira geração. Havendo quem fale hoje em direitos de quarta geração, que seriam aqueles voltados para questões de interesses meta-individuais, como o direito à informação ou à democracia<sup>8</sup>.

Essa classificação por gerações de direitos foi introduzida por Karel Vasak, na França, em 1979<sup>9</sup>, fazendo uma referência aos valores defendidos pela revolução francesa. No entanto, há de observar-se que esse conceito de gerações vem sofrendo críticas pela doutrina<sup>10</sup>. O reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de forma que o uso da expressão “gerações” pode provocar impressão equivocada de substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais<sup>11</sup>. No presente trabalho, prefere-se a expressão “gerações”, por designar a idéia de amadurecimento, transformação e cumulação de princípios.

Assim, se faz necessário estudar a disposição normativa desses direitos fundamentais, sendo que dentre os diversos instrumentos legais internacionais de proteção dos direitos fundamentais da criança, destacaremos neste trabalho a Convenção sobre Direitos da Criança, uma vez que, este importante instrumento internacional concretizou na legislação brasileira o princípio da proteção integral através da garantia, em diversos aspectos, do princípio da primazia do melhor interesse da criança, passando a nortear todo o ordenamento jurídico nacional.

---

<sup>8</sup> ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos humanos na ordem mundial**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 26.

<sup>9</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 28.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 52.

<sup>11</sup> Nesse sentido, Ana Cláudia Távora Pereira explica que: *em vez de “gerações” é melhor se falar em “dimensões de direitos fundamentais”, nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental. In ...[et al.]. Cood. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 13.*

## 2. CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Toda criança encontra-se em situação peculiar por ser pessoa em pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. Assim sendo, merece tratamento especial até atingir a idade adulta. Tendo em vista esta característica, é que em diversas épocas, no mundo inteiro, houve e há preocupação de garantir à criança um tratamento especial, possuindo, cada época, de acordo com o seu conteúdo sócio-cultural, seu próprio enfoque, ora no menor infrator, ora no menor necessitado e ora em todas as crianças e adolescentes.

Em 1989, a Organização das Nações Unidas aprovou a Convenção sobre os Direitos das Crianças, estabelecendo novos parâmetros de proteção à infância, determinando que todas as crianças são sujeitos de direitos, titulares da chamada proteção integral. Esse documento foi ratificado pelo Brasil em 1990 e integra o ordenamento jurídico brasileiro e suas determinações têm força jurídica vinculante, devendo ser respeitadas pelas autoridades e pela sociedade brasileira.

A Convenção sobre os Direitos da Criança é o tratado que possui o maior número de ratificações<sup>12</sup>. Trata-se de um amplo estatuto de direitos das crianças em diversas áreas, que busca cercar todas as necessidades e possibilidades de ofensa aos direitos das crianças, para que elas se desenvolvam da forma mais saudável possível, a fim de se tornarem cidadãos-adultos com dignidade.

São objetos de proteção da Convenção todas as pessoas menores de dezoito (18) anos, assim consideradas “crianças”. O foco central é estabelecer normas para que todos os Estados signatários tomem medidas em seus territórios a fim de garantir às suas crianças crescimento digno, através da educação, felicidade, amor e respeito.

---

<sup>12</sup> Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, **Status of Ratifications of the Principal International Human Rights Treaties**, <http://unhchr.ch/pdf/report.pdf>; 12.07.2001. *Apud* PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**, São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 278.

Todas as medidas legislativas, sociais e administrativas que forem tomadas devem sempre atentar ao melhor interesse da criança envolvida, favorecendo a manutenção da família e considerando-a como base fundamental da sociedade.

Neste sentido, uma importante norma da Convenção está no artigo 41, que estabelece que as normas internas dos Estados-partes, se forem mais favoráveis à criança, devem ser aplicadas em prejuízo das estabelecidas na própria Convenção.

Além de declarar garantias, a Convenção institui o Comitê para os Direitos da Criança que receberá relatórios dos Estados-partes sobre as medidas que foram tomadas, dificuldades e os progressos que tem alcançado na aplicação dos direitos convencionados. Este Comitê poderá solicitar maiores informações, dar recomendações e sugestões sobre a implementação da Convenção, se entender necessário.

Enfim, a Convenção sobre Direitos da Criança dispõe de diversos mecanismos para a fiscalização e aplicação de suas normas, prevendo o auxílio de órgãos como agências especializadas e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (art. 45).

Destaca-se também que, a grande característica da Convenção é a constante utilização de frases como *a consideração primordial seja o interesse maior da criança* (art. 21), ou então, *a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança* (art. 9). Isso porque, o fundamento basilar, a pedra angular da Convenção é o **princípio da proteção integral da criança**, através do qual se concretiza o princípio do melhor interesse.

Por este princípio, o interesse da criança está acima de todos, antes de tomar qualquer medida, verificar-se-á sua viabilidade, ou seja, sua compatibilidade com os direitos de qualquer criança envolvida. Esse interesse significa muito mais do que direito à saúde ou à educação, significa, sobretudo, interesse moral, psicológico, e, especialmente, respeito e consideração à felicidade da criança no presente e no futuro.



A idéia do princípio da proteção integral vem do princípio da primazia da norma mais favorável aos direitos humanos, que determina que havendo conflito de normas, deve prevalecer aquela que melhor assegura os direitos humanos<sup>13</sup>. Este princípio da norma mais favorável é, segundo Carla Pinheiro, decorrente da própria sistemática constitucional, pois *a Constituição de 1988, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, determina que tanto o legislador ordinário, quanto o intérprete e aplicador do direito devem ter sempre como parâmetro a consecução desse bem jurídico, ao exercer sua função*<sup>14</sup>.

Desta maneira, o princípio da proteção integral indica que, toda criança e adolescente, independentemente de sua condição, têm direito à ampla proteção do Estado, da família e da sociedade em todos os seus aspectos, visando o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Com efeito, deve sempre ser destacado que, a Convenção sobre Direitos da Criança é propriamente um estatuto de direitos humanos da criança, e, assim sendo, merece o *status* de norma fundamental devendo ser respeitada como tal.

Cabe ressaltar que, a Convenção, nos artigos 20 e 21, trata sobre o instituto da adoção. O art. 20 determina ao Poder Público a obrigação de garantir proteção especial às crianças privadas temporária ou permanentemente de suas famílias e assegurar a estas crianças um ambiente familiar alternativo adequado, ou então, colocá-las em instituições apropriadas, nas quais as crianças não tenham prejudicada sua educação, cultura, religião e língua.

O art. 21 trata expressamente da necessidade de que, ao incluir uma criança em uma família por meio da adoção, deve-se levar em consideração o *interesse maior da criança*. Determina tal Convenção, ainda, algumas regras sobre a adoção nacional e internacional como, por exemplo, a preferência da manutenção da criança no país de origem sempre que possível.

---

<sup>13</sup> PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 76.

<sup>14</sup> PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 78.

A Convenção busca, sobretudo, evitar adoções ilícitas como o tráfico de crianças, pois, ainda que a adoção seja uma excelente solução para resolver os problemas das crianças que vivem em condições subumanas e sem família, é necessária a existência de certas formalidades legais a fim de impedir que ocorram abusos, desviando a finalidade altruísta da adoção para motivos egoísticos de caráter econômico<sup>15</sup>.

Percebe-se, pois, que o princípio da proteção integral está completamente arraigado nos direitos da infância, o que, após a Convenção sobre Direitos da Criança, a Constituição da República Federativa do Brasil e o Estatuto da Criança e do Adolescente passou a integrar também o sistema nacional, conferindo importantes reflexos no instituto da adoção, como veremos adiante.

### 3. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL NO BRASIL

No Brasil a preocupação com a criança surgiu no âmbito da caridade e da filantropia, destacando-se nos casos de parto anônimo. O parto anônimo foi regulamentado pela primeira vez na França, que reconheceu legalmente a chamada *roda*, ou seja, *um local onde o bebê era entregue, de forma anônima, sem que se tivesse conhecimento de sua ascendência, para posterior adoção*. Com esta regulamentação foi possível que as mulheres dessem à luz anonimamente à custa do Estado, o objetivo era de preservar o direito à vida (intra ou extra-uterina) a qualquer custo, ainda que para isto tenha tido de optar pelo anonimato da mãe perante o filho<sup>16</sup>.

A *Roda dos Expostos*, no Brasil, foi instalada em 1738 na Santa Casa do Rio de Janeiro. Tratava-se de instituição destinada ao acolhimento de crianças que eram sigilosamente abandonadas e deixadas em uma roda na qual era possível colocar a

---

<sup>15</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. *Filiação Adotiva*. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 618.

<sup>16</sup> GOZZO, Débora. "Nascimento anônimo": em defesa do direito fundamental à vida. In: **Revista Mestrado em Direito**. Ano 6, n. 2, Osasco: Edifio, 2006, p. 126.

criança sem que o pai fosse identificado. Em 1823 constatou-se que em 13 anos, das 12 mil crianças que haviam entrado, apenas mil sobreviveram<sup>17</sup>.

O tratamento legal das crianças e adolescentes acompanhou a história, e evoluiu no sentido de, cada vez mais, garantir crescimento digno a essas pessoas em fase de desenvolvimento de suas personalidades. Estabeleceram-se, no ordenamento brasileiro, três doutrinas relacionadas à proteção da infância no Brasil: a doutrina do direito penal do menor; a do menor em situação irregular, e a da proteção integral<sup>18</sup>.

No início, a preocupação em relação à criança e adolescente estava centrada no menor infrator. Buscava-se dar tratamento especial no cumprimento da pena se o infrator fosse considerado menor. Nas demais situações, em regra, a criança e o adolescente mereciam igual tratamento ao dos adultos.

No campo legislativo, a proteção da criança surgiu no aspecto penal com o Código de 1830, promulgado pelo Império, voltado para o menor de vinte e um anos, no qual se adotou a “teoria do discernimento” que determinava que os menores de quatorze anos que agissem com discernimento seriam recolhidos à Casa de Correção pelo período que o juiz julgasse necessário, não podendo passar dos dezessete anos<sup>19</sup>.

O Código Penal de 1890, o primeiro da República, declarou a irresponsabilidade de pleno direito às crianças menores de nove anos. Aqueles de nove a quatorze que agissem com discernimento deveriam ser recolhidos ao “estabelecimento disciplinar industrial” pelo tempo que o juiz determinasse, aos

---

<sup>17</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da Criança e do Adolescente: A convivência familiar e comunitária como um direito fundamental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 640.

<sup>18</sup> ISQUIERDO, Renato Scalco. A tutela da Criança e do Adolescente como Projeção dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Solidariedade e da Autonomia: uma abordagem pela doutrina da proteção integral. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 525.

<sup>19</sup> ISQUIERDO, Renato Scalco. A tutela da Criança e do Adolescente como Projeção dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Solidariedade e da Autonomia: uma abordagem pela doutrina da proteção integral. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 521.

maiores de quatorze e menores de dezessete seriam aplicadas penas de cumplicidade, ou seja, dois terços do que cabia ao adulto<sup>20</sup>.

Em 1924, foi criado o primeiro “Juizado de Menores”, e, logo em seguida, em 1927 foi criado o Código de Menores (Decreto 17.943, de 12/10/1927), que significou importante passo rumo à proteção da infância, considerando a criança em seu aspecto físico, moral e social<sup>21</sup>.

O Código de Menores de 1927 (Código Mello Mattos), mais avançado que os anteriores, preocupava-se com o estado físico, moral e mental da criança, proibindo a submissão do menor ao processo penal de qualquer espécie (art. 68 e s.), prevendo garantias aos menores como, por exemplo, o recolhimento dos abandonados e o seu encaminhamento a um lar (dos pais ou não)<sup>22</sup>.

Em 1940, foi promulgado o atual Código Penal, no qual, destaca-se a não responsabilização do menor de 18 anos. E, três anos depois, sobreveio a Consolidação das Leis do Trabalho, que regulamentou detalhadamente o trabalho do menor.<sup>23</sup>

Posteriormente, ainda vigendo o regime militar, surgiu a doutrina do menor em situação irregular com o novo Código de Menores (Lei 6.697/79). Por meio da qual o legislador protegia um número maior de crianças e adolescentes. Por essa doutrina, merecia tratamento especial, além do menor infrator, aquele que fosse vítima de maus tratos, o menor abandonado, o órfão, o necessitado, ou seja, todos aqueles considerados em situação irregular. O Código de Menores, de 1979, previu

---

<sup>20</sup> ISQUIERDO, Renato Scalco. A tutela da Criança e do Adolescente como Projeção dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Solidariedade e da Autonomia: uma abordagem pela doutrina da proteção integral. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 521.

<sup>21</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da Criança e do Adolescente: A convivência familiar e comunitária como um direito fundamental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 642.

<sup>22</sup> ISQUIERDO, Renato Scalco. A tutela da Criança e do Adolescente como Projeção dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Solidariedade e da Autonomia: uma abordagem pela doutrina da proteção integral. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 522.

<sup>23</sup> ISQUIERDO, Renato Scalco. A tutela da Criança e do Adolescente como Projeção dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Solidariedade e da Autonomia: uma abordagem pela doutrina da proteção integral. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 522.

a criação de entidades de assistência e proteção ao menor e de centros especializados destinados à recepção, tiragem e observação à permanência dos menores<sup>24</sup>.

Após o longo período ditatorial, quando estiveram presentes atrocidades e atentados diretos aos direitos fundamentais, deflagra-se no Brasil o processo de re-democratização. Processo rápido em termos de legislação e lento no que tange à conscientização política e social. A Constituição, de 1988, prestigiou a democratização que colaborou para o crescimento das assinaturas de tratados internacionais, e, por outro lado, as assinaturas dos tratados significaram grande avanço da própria democracia.

Com o advento da Constituição, o enfoque foi completamente modificado, o ordenamento passou a preocupar-se com todas as crianças e adolescentes com prioridade absoluta, independentemente de sua condição específica. Desta maneira, todo aquele que contar com menos de 18 anos deve ser tratado por sua família, pelo Estado e pela sociedade de forma especial, de forma mais cuidadosa, tendo em vista sua situação peculiar, ou seja, por tratar-se de pessoa em pleno desenvolvimento de sua personalidade (art. 227, *caput*). Outrossim, além da criança e do adolescente o legislador constitucional passou a proteger as pessoas à sua volta, o meio ambiente em que a criança está inserida, e, sobretudo, a família emocional e socialmente estável (art. 226, §8º).

Os direitos fundamentais da criança<sup>25</sup>, tratados dispersamente no texto constitucional passaram a orientar o legislador infraconstitucional. Assim, a legislação evoluiu e, em setembro de 1990, foi aprovado o Decreto Legislativo n. 28, que integra ao direito nacional a Convenção sobre os Direitos da Criança, instrumento internacional de proteção e promoção dos direitos e liberdades da criança e do adolescente que tem como norte o princípio da proteção integral.

---

<sup>24</sup> ISQUIERDO, Renato Scalco. A tutela da Criança e do Adolescente como Projeção dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Solidariedade e da Autonomia: uma abordagem pela doutrina da proteção integral. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 523.

<sup>25</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha, (Coord.). **Direito de família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 129.

Esse importante instrumento internacional concretizou na legislação brasileira o princípio da proteção integral por meio da garantia, em diversos aspectos, do princípio da primazia do melhor interesse da criança, passando a nortear todo o ordenamento jurídico nacional, principalmente, e de forma direta, a Constituição da República e ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, em relação à proteção da infância no âmbito internacional o Brasil é signatário dos seguintes acordos: Declaração de Genebra sobre os direitos da criança, de 1924; Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948; Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia geral em 1959; Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada em 1992; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Regras de Beijing (Resolução da Assembléia Geral a ONU nº 40.33, de 1985); Diretrizes de Riad, 1990; Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança nos Anos 90, 1990; Convenção de Haia sobre a Proteção à Infância e Cooperação Relativa à Adoção Internacional, concluída em maio, de 1993; e estatutos e instrumentos das agências especializadas e organizações internacionais que se dedicam ao bem estar da criança<sup>26</sup>.

Estes instrumentos modificaram totalmente o cenário da proteção da infância no Brasil, trazendo novos parâmetros sobre o tema, tratando a criança e o adolescente não mais como meros objetos da intervenção do Estado, mas sim como sujeitos de direitos fundamentais, *de maneira a propiciar o surgimento de verdadeira 'ponte de ouro' entre a marginalidade e a cidadania plena*<sup>27</sup>, reconhecendo as crianças e os adolescentes como seres que merecem todo o respeito da sociedade.

---

<sup>26</sup> ISQUIERDO, Renato Scalco. A tutela da criança e do adolescente como projeção dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da autonomia: uma abordagem pela doutrina da proteção integral. In MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**, p. 532.

<sup>27</sup> MAIOR NETO, Olympio de Sá Sotto. O Sistema de Garantias dos Direitos da Criança e do Adolescente. In **Igualdade**. V. 10, nº 37, Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2002, p. 28.

Nesse sentido, explica Elsa Inés Dalmasso a respeito do princípio da proteção integral que: *este princípio reitor no tratamento dos assuntos das crianças não está referido a questões econômicas, nem físicas. Ele está referido à parte emocional e espiritual da criança. (...) O interesse maior da criança é algo inatingível que deve estar por cima de qualquer interesse externo à própria criança (...) justamente porque o Estado aceita garantir esses melhores interesses da criança, ao ter assinado a Convenção.*<sup>28</sup>

Sérgio Luiz Kukina<sup>29</sup>, citando Alberto Vellozo Machado afirma que:

*“nem a Constituição Federal, nem o Estatuto da Criança e do Adolescente utilizaram as expressões ‘superior interesse, melhor interesse ou maior interesse’, no entanto o Direito Brasileiro assimilou-as quando adotou a Doutrina da Proteção Integral estabelecida na Convenção Sobre os Direitos da Criança. Este compromisso internacional, por sua vez, dispõe expressamente do ‘superior interesse’ e tal princípio ingressou no sistema jurídico brasileiro através de sua ratificação pelo Brasil com o Decreto 99.710/90.”*<sup>30</sup>

Resta claro, portanto, que o princípio da proteção integral ingressou em nosso sistema seguindo a tendência mundial norteadora de todo o ordenamento jurídico, concretizando-se no Brasil através da Convenção sobre Direitos da Criança, e permanecendo até os dias atuais.

---

<sup>28</sup> DALMASSO, Elsa Inés. A Convenção sobre os Direitos da Criança e o Princípio Reitor do Interesse Maior da Criança. In **Novos estudos jurídicos**. V. 9, n. 2, Santa Catarina: Univali, 2004, p. 458-459.

<sup>29</sup> KUKINA, Sérgio Luiz. Efetividade dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil à luz dos Direitos Humanos. In **Igualdade**. Vol. 10, 2002, Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2002, p. 52-53.

<sup>30</sup> MACHADO, Alberto Velloso. **Os direitos da personalidade no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Dissertação de mestrado apresentada e aprovada em Curitiba, UFPR, 2001, p. 131.

#### 4. DIGNIDADE DO ADOTADO E O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

A Constituição de 1988 declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), e, como reflexo direto dessa disposição, determina expressamente a prevalência da igualdade entre os filhos *havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção* (art. 27, § 6º), e no art. 226, § 6º, a equiparação de filhos e vedação de designações discriminatórias relativas à filiação.

É no cenário de igualdade e de profundo respeito a toda criança e adolescente, independentemente de sua condição econômica, financeira, cultural ou social, que o atual ordenamento jurídico é desenhado. E, portanto, quando uma criança é inserida numa família substituta por meio do instituto da adoção, por exemplo, busca-se atender aos interesses mais abrangentes dessa criança, buscando o sadio desenvolvimento de sua personalidade.

A premissa da atual legislação voltada para a proteção da criança e do adolescente é que não apenas algumas, mas sim **todas** as crianças ou adolescentes encontram-se em situação peculiar por serem pessoas em pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, por assim ser, merecem tratamento especial até atingir a idade adulta.

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente estão amplamente especificados no art. 227, da Constituição da República, cujo *caput* dispõe:

*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.*



Percebe-se, pois, que o legislador constitucional impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de proteger a criança e o adolescente com absoluta prioridade, o que significa que os interesses dessas pessoas devem prevalecer no caso de conflito com outros interesses, e, significa também, que, nenhum desses responsáveis pode se imiscuir de seu dever em qualquer hipótese.

Contudo, a proteção constitucional da criança não se restringe ao art. 227, *caput*. Os direitos relacionados a ela estão dispersos na Constituição, como por exemplo, no caso do tratamento da criança ou adolescente que pratica ato infracional.

A Constituição da República propõe uma proteção especial, que respeite a condição de pessoa em desenvolvimento de sua personalidade, garantindo atenção aos princípios da brevidade e excepcionalidade<sup>31</sup>, ao pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual, defesa técnica por profissional habilitado, bem como, programa de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes ou drogas afins (§3º).

Com a colocação em uma família substituta, busca-se inserir a criança ou adolescente num meio social/cultural em que possa desenvolver plenamente sua personalidade, tanto no aspecto físico quanto no moral. O aspecto físico e da aparência pode ser influenciado por fatores genéticos ou ambientais<sup>32</sup>, mas *do ponto de vista do desenvolvimento da personalidade, o aspecto mais importante do mundo da criança é seu ambiente social*<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> O princípio da brevidade significa que a medida de internação não deve ser cumprida por longo tempo, devendo ser reavaliada periodicamente e, sempre que possível substituída por outra. O princípio da excepcionalidade significa que a medida só pode ser aplicada de forma restrita em casos especiais e deve ser de cunho pedagógico, nunca punitivo. ELIAS, Roberto João. *In Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 132.

<sup>32</sup> *Por exemplo, há duas gerações atrás os filhos norte-americanos de imigrantes judeus ficavam mais altos e mais pesados do que seus pais e seus irmãos e irmãs que tinham nascido no estrangeiro. As crianças da atual geração nos Estados Unidos e em outros países ocidentais são mais altas e mais pesadas, além de que cresceram mais rapidamente do que as crianças de outras gerações. Evidentemente, portanto, os fatores ambientais, sobretudo a nutrição e as condições de vida, influem no físico e no ritmo de crescimento.* MUSSEN, Paul. **O desenvolvimento psicológico da criança**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1987, p. 30.

<sup>33</sup> MUSSEN, Paul. **O desenvolvimento psicológico da criança**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1987, p. 74.

Os direitos de personalidade são *direitos ínsitos na pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral*<sup>34</sup>. A personalidade é *um atributo que consiste na aptidão para o desempenho de um papel jurídico, ou seja, para adquirir direitos e contrair obrigações*<sup>35</sup>. Para que seja conferida a personalidade basta a simples existência do homem vivo<sup>36</sup>, seu início é fixado, segundo o art. 2º, do Código Civil, pelo simples nascimento com vida, sendo resguardados os direitos do nascituro.

Os direitos de personalidade são intransmissíveis, indispensáveis, inatos, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*<sup>37</sup>. E classificam-se, segundo Carlos Alberto Bittar, em: *a) direitos físicos, ou seja, aqueles referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os órgãos; os membros; a imagem ou efígie); b) direitos psíquicos, os relativos a elementos intrínsecos à personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade; a intimidade; o sigilo), e c) direitos morais, respeitantes a atributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto)*<sup>38</sup>.

Dentre estes direitos destaca-se o direito à identidade, que possibilita que a pessoa seja imediatamente lembrada e que não seja confundida com outra pessoa<sup>39</sup>. Este direito envolve o direito ao nome e todas as circunstâncias que envolver, como o pseudônimo ou alcunha que o titular venha a possuir, por exemplo<sup>40</sup>.

---

<sup>34</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 5.

<sup>35</sup> PELUSO, Cesar (Coord.). **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. 2ª ed., Barueri: Manole, 2008, p. 13.

<sup>36</sup> PELUSO, Cesar (Coord.). **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. 2ª ed., Barueri: Manole, 2008, p. 14.

<sup>37</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 11.

<sup>38</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 17.

<sup>39</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 124.

<sup>40</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 126.

Desta maneira, ter uma família significa, dentre milhares de possibilidades, possuir uma história, uma ligação no mundo, uma identidade, e, sobretudo, um nome, pois, *o nome é a vanguarda da personalidade*<sup>41</sup>. Quando a família adotiva dá seu nome ao filho adotado está dando a ele uma nova chance de vida, está abrindo sua história para um novo personagem.

## **5. O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA**

A questão dos direitos da criança e do adolescente é mundialmente reconhecida como de salutar importância. A legislação sobre o tema atingiu certo nível de excelência que tornou desnecessários maiores debates sobre a existência desses direitos, sendo a efetividade o grande problema que deve ser enfrentado nos dias atuais.

A efetividade das normas de direitos fundamentais é tema de basilar importância, pois em todas as áreas é necessária a luta pela integral aplicação desses direitos, sob pena de se deixar diluir séculos de experiência humana, e o que já deveria estar superado continua em voga, impedindo à humanidade a possibilidade de evolução.

Contudo, para melhor elucidação do tema, exige-se prévia análise das terminologias “eficácia” e “efetividade”, que são termos muito utilizados pela doutrina e jurisprudência, muitas vezes, inclusive, como sendo sinônimos.

### **5.1. EFETIVIDADE E EFICÁCIA**

Para melhor compreensão do tema, faz-se necessário realizar breve análise da classificação dada pela doutrina brasileira das normas constitucionais quanto à

---

<sup>41</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os direitos de personalidade. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NETTO, Domingos Franciulli (Coords.). **O Novo Código Civil: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale**, São Paulo: LTr, 2003, p. 64.

sua eficácia e aplicabilidade. O principal autor brasileiro que trata do assunto é José Afonso da Silva<sup>42</sup>, contudo, há muitos outros autores que enfrentam o tema como, por exemplo, Paulo Bonavides<sup>43</sup> e Ingo Wolfgang Sarlet<sup>44</sup>.

José Afonso da Silva<sup>45</sup> classifica as normas constitucionais quanto à sua eficácia e aplicabilidade como normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, sujeitas a restrição; e normas constitucionais de eficácia ilimitada ou reduzida que podem ser definidoras de princípio institutivo e definidoras de princípio programático. As normas de eficácia plena possuem aplicabilidade direta, imediata e integral, não necessitam de norma ou ato regulamentador para que sejam aplicadas. As de eficácia contida têm aplicabilidade direta, imediata, porém, não integral, o que significa que elas são disciplinadas de maneira suficiente à sua aplicação, contudo, podem ser regulamentadas pelo legislador ordinário. Já as normas de eficácia limitada possuem aplicabilidade indireta e reduzida, ou seja, sua aplicação é dependente de atuação do legislativo.

A tendência da doutrina moderna é cada vez mais reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais<sup>46</sup>, o que significa que elas têm sido interpretadas como normas que possuem todos os meios necessários à sua aplicação imediata independentemente de outra norma ou ato que as regule, ou seja, incidem diretamente sobre os interesses contidos na norma<sup>47</sup>.

José Afonso da Silva arrola os requisitos da norma de eficácia plena. *São de eficácia plena as normas constitucionais que:*

---

<sup>42</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 85.

<sup>43</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 243.

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 253.

<sup>45</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 87.

<sup>46</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 88.

<sup>47</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 101.

a) contenham vedações ou proibições; b) confirmem isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados<sup>48</sup>.

Em relação às normas de eficácia contida e de eficácia imediata pode-se dizer que: normas de eficácia contida são aquelas que podem ser objeto de legislação futura, mas até que elas sejam regulamentadas, elas são revestidas de eficácia plena. São de aplicabilidade direta e imediata, porém, sua eficácia pode ser afastada pela incidência de fatos previstos pelo próprio legislador, como o estado de sítio, por exemplo<sup>49</sup>.

Para José Afonso da Silva estão nesta classificação os direitos e garantias fundamentais<sup>50</sup>. As normas constitucionais de eficácia contida têm natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do poder público e que normalmente consagram direitos subjetivos dos indivíduos, entidades públicas ou privadas<sup>51</sup>. Ou seja, tem aplicabilidade imediata, mas eficácia contida por depender de limites a serem fixados posteriormente.

No que tange às normas constitucionais de eficácia limitada, José Afonso da Silva as classifica em dois tipos: *normas constitucionais de princípio institutivo* e *normas constitucionais de princípio programático*<sup>52</sup>. As primeiras indicam uma legislação futura que lhes dê eficácia e efetividade, traçam somente esquemas

<sup>48</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 101.

<sup>49</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 104.

<sup>50</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 105.

<sup>51</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 116.

<sup>52</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 118.

gerais<sup>53</sup>. As normas programáticas são aquelas que apenas traçam princípios que devem ser seguidos pelos órgãos responsáveis com vistas à concretização de fins sociais do Estado<sup>54</sup>.

Paulo Bonavides classifica as normas constitucionais quanto à sua eficácia como normas constitucionais programáticas, normas constitucionais imediatamente preceptivas e normas constitucionais de eficácia diferida<sup>55</sup>. Para o autor, as normas programáticas são aquelas que traçam bases diretivas ao ordenamento e dotadas de eficácia jurídica. As normas imediatamente preceptivas são aquelas que regulam diretamente as relações entre os cidadãos, e entre o Estado e os cidadãos. Por fim, as normas de eficácia diferida são aquelas que dependem de meios técnicos ou instrumentais para sua aplicação.

Bruno Galindo enfrenta a questão da diferenciação entre as terminologias eficácia e efetividade, mas admite, de início, a proximidade lingüística entre elas, sendo, portanto, aceitável sua utilização como sinônimos<sup>56</sup>. Entretanto, afirma que termos lingüísticos indiscriminados na linguagem geral podem tomar diferentes significados semânticos na linguagem jurídica<sup>57</sup>. O autor considera validade como um gênero do qual são espécies a vigência, eficácia e a efetividade<sup>58</sup>. A norma vigente é aquela que existe no sistema, possui uma validade inicial de primeiro grau. Eficácia pressupõe a vigência e precisa ser exigível imediatamente, é uma validade de segundo grau. E, por fim, a efetividade como validade de terceiro grau, pressupõe a vigência e a eficácia e constitui a realização prática da norma jurídica.

---

<sup>53</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 126.

<sup>54</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 138.

<sup>55</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 244.

<sup>56</sup> GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2004, p. 157.

<sup>57</sup> GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2004, p. 159.

<sup>58</sup> GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2004, p. 165.

Há muitas diferenciações terminológicas nesta seara, ou seja, entre vigência e eficácia numa concepção mais clássica de José Afonso da Silva<sup>59</sup>, na qual, vigência é pressuposto de eficácia, é a qualidade da norma que a faz existir, e eficácia social que seria a real observância e aplicação no plano dos fatos, e eficácia jurídica que seria a aptidão de produzir efeitos no plano jurídico. A esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>60</sup> coloca eficácia jurídica como *a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos*. Quanto à efetividade, o autor denomina de *eficácia social* que considera como *englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação*.

Assim, observando os conceitos apresentados, de forma geral, pode-se definir eficácia como a potencialidade da norma de produzir resultados práticos e a efetividade como a aferição dos resultados práticos da aplicação da norma.

## 5.2. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Considerando as definições anteriores, pode-se afirmar que a efetividade das normas de direitos fundamentais pressupõe que a norma seja revestida de eficácia e que possua a seu favor um sistema jurídico integrado, e políticas públicas que possibilitem a sua concretização. Assim, eficácia das normas de direitos fundamentais refere-se à sua aptidão e potencialidade concreta de produzirem seus efeitos práticos; a efetividade significa a realização do postulado normativo no plano fático<sup>61</sup>.

Para identificar a eficácia dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 é essencial o estudo do princípio da aplicabilidade das normas de direitos fundamentais disposto no §1º, do art. 5º, que diz:

---

<sup>59</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 42.

<sup>60</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 253.

<sup>61</sup> GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2004, p. 164.

*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*

Quanto ao alcance do §1º, do art. 5º, da Constituição, José Afonso da Silva entende que o mesmo abrange também os artigos 6º a 11<sup>62</sup>. Para ele, as normas de direitos fundamentais e individuais são, em regra, normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata, e as normas de direitos sociais são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta. Esta norma do art. 5º, §1º, significa que *elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para o seu atendimento*. Mas, significa também, para o autor, que se elas forem invocadas perante o Poder Judiciário, o mesmo não pode abster-se de aplicá-las, oferecendo o direito buscado conforme as instituições existentes<sup>63</sup>. Como veremos posteriormente, um dos instrumentos mais adequados para a efetivação dos direitos fundamentais é o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, Constituição), porquanto ele se presta para tornar viável o exercício de direito carente de regulamentação<sup>64</sup>, desde que seja aplicado corretamente.

Por uma interpretação do §1º, do art. 5º à luz do §2º do mesmo artigo pode-se dizer que os direitos fundamentais na Constituição possuem três vertentes: direitos e garantias expressos; direitos e garantias implícitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; e direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário<sup>65</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que ainda que fosse feita uma interpretação restritiva do §1º, do art. 5º do texto Constitucional, tendo em vista sua situação topográfica, não significaria que a aplicação imediata se restringe somente aos direitos individuais e coletivos do mesmo artigo, pois o §1º dispõe sobre *direitos e*

---

<sup>62</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 165.

<sup>63</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 165.

<sup>64</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 165.

<sup>65</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A evolução da interpretação dos direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal. In SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 347.



*garantias fundamentais*, que dizem respeito ao Título II, da Constituição da República<sup>66</sup>. No entanto, o autor critica a interpretação muito abrangente deste §1º: *não há como tomar a sério os direitos fundamentais se não se levar a sério o disposto no art. 5º, §1º, de nossa Constituição, constata-se, desde logo, a necessidade de não subestimarmos (nem superestimarmos) o significado e alcance desta norma. Que este preceito se aplica tão somente aos direitos fundamentais (sem exceção), e não a todas as normas constitucionais, como aparentemente quer fazer crer parte da nossa doutrina, constitui, por si só, conclusão que assume uma relevância não meramente secundária*<sup>67</sup>.

O princípio da aplicabilidade das normas de direitos fundamentais, conforme o entendimento de Anna Candida da Cunha Ferraz, deve ser aplicado de acordo com a natureza da norma de direito fundamental a que se pretende aplicar. Ou seja, a aplicabilidade varia conforme a natureza da norma, isto é: se exeqüível por si mesma; se auto-exeqüível; ou se programática<sup>68</sup>. Afirma a autora que a doutrina majoritária entende que este princípio somente alcança imediatamente as normas exeqüíveis por si mesmas e as normas auto-exeqüíveis, isto é, podem até ser objeto de regulamentação, mas não são condicionadas a ela, pois, para estas normas, a legislação infraconstitucional pode até ser útil ou necessária, mas *nada lhe acrescentará de essencial*. Por outro lado, para as normas programáticas sua aplicabilidade imediata ficaria condicionada à regulamentação. Contudo, ressalta que *se a lacuna constitucional está sediada em norma de densidade suficiente pode o intérprete buscar supri-la, no caso concreto, com recurso aos instrumentos usuais de interpretação jurídico-constitucional*<sup>69</sup>.

Assim, o princípio da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais deve ser aplicado sempre que possível pelo intérprete, que deve

---

<sup>66</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 286.

<sup>67</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 286.

<sup>68</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da posituação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In FERRAZ, Anna Candida da Cunha. BITTAR, Eduardo C. B. (Coord.). **Direitos humanos fundamentais: posituação e concretização**. Osasco: Edifio, 2006, p. 154.

<sup>69</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da posituação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In FERRAZ, Anna Candida da Cunha. BITTAR, Eduardo C. B. (Coord.). **Direitos humanos fundamentais: posituação e concretização**. Osasco: Edifio, 2006, p. 155.

lançar mão de todos os instrumentos de interpretação que lhe são lícitos e dos princípios constitucionais informadores do sistema de direitos fundamentais<sup>70</sup>. O princípio da máxima efetividade das normas constitucionais representa, também, um reforço ao princípio da unidade da Constituição<sup>71</sup>, pois todos os dispositivos têm utilidade o que significa que toda norma constitucional possui eficácia.

Em relação à proteção dos direitos e garantias fundamentais o Supremo Tribunal Federal é caracterizado como *Tribunal de Defesa das Liberdades Públicas*, o que significa que possui importante participação na construção e aplicação de teorias que outorgam maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais<sup>72</sup>.

Alexandre de Moraes, por sinal, traz extenso rol de julgados que explicitam a atuação do Supremo Tribunal Federal em relação aos direitos fundamentais. Como exemplo, podemos citar: *o STF repeliu a possibilidade de tortura como método de obtenção de provas; consagrou a liberdade de locomoção; a livre manifestação do pensamento; o direito à indenização por danos morais; o direito de resposta; a liberdade religiosa e o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais a que a lei atender*<sup>73</sup>.

Os principais instrumentos provocadores da jurisdição constitucional sobre os direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal são: 1) Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, I, “a”, e Lei 9.868/99); 2) *Habeas corpus*, *mandado de segurança* e *habeas data* (CF, art. 102, I, “d”, CPP, art. 647 e segs., Lei 1.533/51, Lei 4.348/64 e Lei 9.507/97); 3) Reclamação (CF, art. 102, I, “l”); 4) Mandado de injunção (CF, art. 102, “q”); e, 5) Arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, §1º, e Lei 9.882/99).

---

<sup>70</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In FERRAZ, Anna Candida da Cunha. BITTAR, Eduardo C. B. (Coord.). **Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006, p. 156.

<sup>71</sup> FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. A interpretação constitucional como “concretização” ou método hermenêutico concretizante. In: **Revista de direito constitucional e internacional**. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 12, Jan-Mar, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.129.

<sup>72</sup> MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 257.

<sup>73</sup> MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 259.

## 6. A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E A ADOÇÃO COMO FORMA DE INCLUSÃO SOCIAL

O desrespeito aos direitos fundamentais ‘garantidos’ à criança e ao adolescente é evidente. A atenção dos Estados para com o pleno desenvolvimento, a igualdade e a felicidade das crianças é praticamente inexistente. A sociedade contemporânea vive uma crise de efetividade, pois, muito embora, haja o reconhecimento dos direitos fundamentais, o grau de aplicação nesta seara é mínimo. É preciso lembrar que não basta criar normas é imperioso que elas sejam cumpridas.

Para que seja possível conciliar Direitos Humanos e efetividade é fundamental que haja uma *educação em direitos humanos*. Mas, para isso, é necessário educação e ética, como ensina Eduardo C. B. Bittar:

*Em contrapartida, a escassez de informações engendra a falta de consciência crítica e, por conseqüência, a frágil manipulação do indivíduo.*

(...)

*É nesse sentido que o problema da educação deve ser uma questão central de toda política pública.<sup>74</sup>*

É verdade que algumas das Convenções Internacionais preocuparam-se com a questão da efetividade, e, prevendo que suas normas não fossem observadas instituiu órgãos para a fiscalização e acompanhamento, como as Comissões, os Comitês e as Cortes de direito internacional. Suas competências, no entanto, são limitadas e não têm sido utilizadas tanto quando deveriam. Nota-se que esses mecanismos são restritos, e da forma como preconizados não vem garantindo a aplicação das regras internacionais de direitos humanos.

O problema da efetividade já deixou, há muito tempo, de ser um problema filosófico. É, de fato, a concepção de Bobbio de maior valia: o problema não é

---

<sup>74</sup> BITTAR, Eduardo C. B.. Ética, Educação e Cidadania. In: **Revista do Curso de Direito da Universidade São Marcos**. Vol. II, nº 2, São Paulo: Unimarco, 2002, p. 82.

filosófico, mas sim político<sup>75</sup>. Neste sentido, endossa Fernando Barcellos de Almeida em relação à aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança:

*Não basta julgar e condenar crimes tão hediondos e lesivos à humanidade. É insuficiente também apontar seus principais responsáveis. Urge que se criem instrumentos de pressão política sobre os organismos internacionais sobre os governos, para que se cumpra a Convenção Internacional sobre os Direitos da Infância, da ONU, e se elimine pronta e definitivamente tais crimes, punindo com rigor os criminosos<sup>76</sup>.*

Portanto, é urgente a implementação de políticas públicas que tornem possível a aplicação das normas protetivas da criança e do adolescente, para que o princípio da proteção integral, que é tão importante e tão essencial, deixe de ser um princípio para se tornar uma realidade. Neste sentido, manifesta-se Murilo José Digiácomo:

*Mecanismos judiciais e extrajudiciais para que esta promessa se torne uma realidade estão à disposição – e em profusão. Necessário que todos nós, seja na condição de agentes públicos, seja na condição de **cidadãos**, os conheçamos, compreendamos bem e, acima de tudo, os coloquemos em prática. E façamos isto **agora**. Nossas crianças e adolescentes não podem mais esperar.<sup>77</sup>*

O Estatuto da Criança e do Adolescente já prevê em seu texto diversas políticas públicas, dispondo, inclusive, sobre a responsabilidade do agente público omissor (arts. 5º e 208, parágrafo único c/c 216, da Lei 8.069/90). Determina o ECA que, os Estados e Municípios devem adaptar seus órgãos e programas aos princípios e diretrizes estabelecidas na Lei (art. 259), disciplinando a constante

<sup>75</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 2002, p.24.

<sup>76</sup> ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 119.

<sup>77</sup> DIGIÁCOMO, Murilo José. Planejamento e garantia de prioridade absoluta à criança e ao adolescente no orçamento público – condição indispensável para sua proteção integral. In: **Cadernos do Ministério Público do Paraná**. V. 8, nº 1. Curitiba: Núcleo de Comunicação Institucional, 2005. p. 16 e 19.

participação popular na elaboração do orçamento público e a atuação dos Conselhos Populares em diversas situações.

A adoção evoluiu em nosso sistema jurídico, para, significar atualmente, a efetivação de um direito essencial à criança e ao adolescente, o direito deles crescerem e desenvolverem sua personalidade em uma família que lhes proporcione o exercício de seus direitos básicos tão caros e essenciais para a promoção social.

Nesse aspecto, a doutrina e a jurisprudência vêm chamando atenção para o importante papel da adoção na inclusão social: *esgotadas todas as possibilidades de permanência na família biológica, a adoção rompe cada dia com inúmeros preconceitos e representa a mais nobre iniciativa daqueles que se propõe a assumir, com responsabilidade, crianças e adolescentes marcados pelo estigma do abandono e maus-tratos*<sup>78</sup>.

A implementação de políticas públicas, como o incentivo da prática regular da adoção, é essencial para solucionar o problema da efetividade. Não bastam, porém, previsões legais sobre quais as políticas que devem ser adotadas. É necessário, sobretudo, que a população (agentes políticos e cidadãos) bem educada e bem informada tenha conhecimento da existência dessas políticas e, em nome da solidariedade, do respeito, e do reconhecimento no outro, sejam motivados a agir.

A violência e a falta de valores voltados à família são fatores predominantes na vida da maioria das crianças no Brasil. Desse modo, questões relativas às drogas, à exclusão social, aos maus-tratos, à criminalidade etc, devem ser enfrentadas com maior dedicação por toda a sociedade.

O que se percebe, todavia, é que existe uma forte disparidade quando se fala de “infância”. Por um lado, está presente na infância a realidade de violência e exclusão, e de outro o ideal, o sonho que a própria sociedade nutre dela como o momento mais feliz, puro, belo e pacífico. Ou seja, o que é esperado pelos adultos e

---

<sup>78</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice, PEREIRA, Rodrigo da Cunha, (Coord.). **Direito de família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 126.

pela própria criança em relação à infância, na maior parte das vezes não ocorre, o que gera uma enorme frustração social.

Os pais devem estar preparados para compreender a infância e adaptá-la à realidade em que vivem. Estando isto bem claro, e tudo mais que foi abordado anteriormente, conclui-se que pertencer a uma família é o primeiro passo da inclusão. A escola (quando existente na vida de uma criança) nunca será capaz de suprir o papel educacional dos pais, e é neste momento que surge o importante papel da adoção - dar família a quem não a tem naturalmente - tanto para os pais adotantes, quanto para os filhos adotados<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> Muito embora, atualmente, o enfoque da adoção seja atender o interesse maior da criança adotada (art. 1.625, Código Civil), entende-se, também, que a adoção possui dupla finalidade: *dar filhos àqueles que não os podem ter biologicamente e dar pais aos menores desamparados*. (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Direito de família**. 4ª ed., vol. 6, São Paulo: Atlas, 2004, p. 281)

## II - DA FILIAÇÃO E DA ADOÇÃO

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição de 1988 trouxe em seu texto um novo paradigma para o direito de família. Em primeiro lugar, porque tratou do tema assumindo a necessidade de sua proteção pelo Estado; em segundo lugar, por ter conferido à família uma posição de destaque social com o foco no indivíduo que necessita dela para desenvolver-se de forma digna. Foram traçadas novas características ao instituto da filiação: a família passou a ser compreendida como o local em que os filhos desenvolvem a sua personalidade, despatrimonializaram-se as relações entre pais e filhos e se desfez o vínculo entre a proteção dos filhos e a relação entre cônjuges<sup>80</sup>.

Sabe-se que o estado de filiação é reconhecido em nosso sistema como direito de personalidade e deve ser preservado e respeitado como tal. O Código Civil define que são filhos os havidos ou não da relação de casamento ou da adoção, e que tem igualdade entre si (art. 1.596). No entanto, a doutrina e a jurisprudência ainda divergem quanto ao tema, pois, sem dúvida, o estabelecimento da filiação sempre esteve definido por critérios históricos e culturais, ou seja, o conceito de família, de pai e de filho varia conforme a cultura. Trata-se puramente de criação humana e não natural<sup>81</sup>. Ocorre que, o direito de família contemporâneo está vivendo uma longa e demorada fase de mudanças de paradigmas que parecem tender para a vitória da eticidade, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, princípios que regem o novo Código Civil.

Com a constitucionalização do direito civil as relações de família foram sendo reestruturadas, tornando-se a afetividade um princípio fundamental da filiação. A partir daí foi que Paulo Luiz Netto Lobo desenvolveu a idéia de *repersonalização das*

---

<sup>80</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 551.

<sup>81</sup> BRITTO, Leila Maria Torraca de. Negatória de paternidade e anulação de registro civil: certezas e instabilidades. *In*: **Revista brasileira de direito de família**. Ano VIII, n. 36, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2006, p. 9.

*relações civis*, buscando demonstrar a sobreposição do interesse da pessoa humana sobre suas relações patrimoniais<sup>82</sup>.

Com isso, a jurisprudência passou a considerar o *valor jurídico do afeto*<sup>83</sup> como componente essencial para a constituição da filiação, colocando-o em posição superior ao vínculo biológico que porventura exista entre pai e filho. Luiz Edson Fachin ensina que: *essa verdade socioafetiva não é menos importante que a verdade biológica. A realidade jurídica da filiação não é, portanto, fincada apenas nos laços biológicos, mas também na realidade de afeto que une pais e filhos e se manifesta em sua subjetividade e, externamente, perante o grupo social*<sup>84</sup>. Ou seja, o afeto torna-se elemento da filiação. Contudo, o problema surge quando acaba o afeto. Se a paternidade é fincada no afeto e ele se desvanece o que acontece com a relação de filiação? Ela deve persistir?

Esta questão é atualmente enfrentada por nossos Tribunais e será enfrentada adiante neste trabalho. Entretanto, antes de tratarmos desta questão é fundamental compreender como o tema do afeto assumiu a importância que assume nos dias de hoje.

## 2. DO BIOLOGISMO À VERDADE SOCIOLÓGICA DA FILIAÇÃO

Historicamente, no que tange à filiação prevalecia o biologismo, ressalvados os casos dos filhos adotivos, que, no entanto, não gozavam de igualdade perante os filhos consangüíneos. É relevante observar que, a lei civil anterior à Constituição da República era preocupada com as pessoas em suas questões patrimoniais, ou seja, preocupava-se com o proprietário, o contratante, o marido etc. Tendo o constituinte, de 1988, elegido a dignidade da pessoa humana como fundamento da República

---

<sup>82</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das famílias. In **Revista brasileira de direito de família**. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2004, vol. 24, p. 137 e 139.

<sup>83</sup> FACHIN, Luiz Edson. Direito além do Novo Código Civil: Novas situações sociais, filiação e família. In: **Revista brasileira de direito de família**. Ano 5, nº 17, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2003, p. 22.

<sup>84</sup> Direito além do Novo Código Civil: Novas situações sociais, filiação e família. In: **Revista brasileira de direito de família**. Ano V, nº 17, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2003, p. 23.



Federativa do Brasil acabou subordinando as relações humanas a valores existenciais, humanizando os institutos do direito civil<sup>85</sup>.

Atualmente prevalece a idéia de que o importante é a preservação do melhor interesse da criança, e, no caso de coincidência do melhor interesse com a manutenção na família socioafetiva, esta será a que prevalecerá. Entretanto, para compreender melhor esta idéia é essencial o estudo, ainda que breve, dos conceitos de família e da estrutura do parentesco em nosso sistema.

O Código Civil, de 2002, fixa as regras relacionadas ao direito de família, mas deixou de definir o seu conceito, deixando essa tarefa à doutrina.

Ao conceituar o termo família, Maria Helena Diniz a classifica quanto à sua abrangência em três possíveis tipos: “amplíssima, lata e restrita”<sup>86</sup>. No sentido amplíssimo *família* abrange “todos os indivíduos ligados pelo vínculo de consangüinidade ou afinidade”. Na acepção lata *família* é o “grupo composto pelos cônjuges ou companheiros, seus filhos, os parentes em linha reta ou colateral e os afins (que são os parentes do outro cônjuge ou companheiro)”. E, finalmente, no sentido restrito a “família é formada somente pelos pais e os filhos”. A autora esclarece, ainda, o significado de *entidade familiar* que é a *comunidade formada pelos pais, que vivem em união estável, ou por qualquer dos pais e descendentes* (art. 226, §§ 3º e 4º, da Constituição da República).

Silvio Rodrigues reconhece também esta concepção tripla do conceito de família<sup>87</sup>, mas fixa um momento específico para o seu surgimento: *família se apresenta, portanto, como instituição que surge e se desenvolve do conúbio entre o homem e a mulher e que vai merecer a mais deliberada proteção do Estado, o qual nela vê a célula básica de sua organização social*<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: **Direito de família contemporâneo**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 552.

<sup>86</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 5, p. 9.

<sup>87</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, Vol. 6, p. 4.

<sup>88</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, Vol. 6, p. 6.

Na concepção de Sílvio de Salvo Venosa, a família pode ser considerada de acordo com um conceito amplo, restrito ou sociológico<sup>89</sup>. Por um conceito amplo, considera-se família como *o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar*, isto é, neste aspecto engloba a família o grupo formado por ascendentes, descendentes e colaterais de uma mesma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge. Em conceito restrito, *família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar*. No aspecto sociológico a família é formada pelas *pessoas que vivem sob um mesmo teto, sob a autoridade de um titular*. Nesta última concepção, o autor leva em conta a idéia do *pater familias* do Direito Romano, pelo qual a família era o grupo de pessoas que vive sob o poder de outra.

A Constituição da República, no art. 226, consagra a família voltada para o desenvolvimento da personalidade dos que a compõe, composta de forma ampla, democratizada<sup>90</sup>, não mais fundada só no casamento, mas também na união de fato, na família natural ou na família adotiva<sup>91</sup>. A Constituição deu à família *status* de base da sociedade e merecedora de especial proteção do Estado.

Uma família é composta por pessoas ligadas entre si por um vínculo de parentesco, que pode ser conceituado de duas maneiras: no sentido estrito e no sentido amplo. No sentido estrito, parentesco é o vínculo entre duas ou mais pessoas que existe em razão de descenderem uma da outra ou de um ancestral comum. E, no sentido amplo, engloba também os vínculos decorrentes da afinidade, ou de outra causa que não a consangüinidade<sup>92</sup>.

Desta feita, o parentesco pode ser classificado de três maneiras: *parentesco consangüíneo* ou *natural, civil* e por *afinidade*. O parentesco *consangüíneo* é aquele que existe entre pessoas descendentes umas das outras ou de um mesmo tronco ancestral, ligadas, portanto, pelo mesmo sangue. Já o *civil* é aquele que resulta de

---

<sup>89</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de família**. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, vol. 6, p. 2.

<sup>90</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. *In: Direito de família contemporâneo*. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 575.

<sup>91</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de família**. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, vol. 6, p. 17.

<sup>92</sup> NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, Vol. 5, p.73.

outra origem que não a consangüinidade (art. 1.593, do Código Civil), ou seja, a adoção. O parentesco por *afinidade* é o vínculo que liga o cônjuge ou companheiro aos parentes do outro<sup>93</sup>. Neste último caso, exige-se que tenha havido casamento ou união estável, pois, segundo Maria Helena Diniz, o *concubinato impuro ou casamento putativo não tem segundo autores o condão de gerar afinidade em linha reta, apesar de já haver julgados em sentido contrário*<sup>94</sup>.

Das relações de parentesco a mais relevante é a que liga os pais aos filhos: a filiação<sup>95</sup>. Ela é a *relação de parentesco consangüíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda (CC, arts. 1.593 a 1.597 e 1.618 e s.), ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga*<sup>96</sup>. A filiação é tratada nos artigos 1.596 e seguintes do Código Civil, sendo que, a primeira disposição do Código a respeito da filiação busca confirmar o princípio constitucional da igualdade entre os filhos. O art. 1.596 diz:

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

Esta norma possui elevada importância para o direito de família, uma vez que, representa a adaptação da legislação ordinária ao mandamento constitucional de 1988, sendo que seus reflexos são verificados em diversos momentos, especialmente no caso da adoção, pois garante aos filhos adotados plena igualdade de tratamento. Desta maneira, diz a Constituição:

*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*

---

<sup>93</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 6, p. 289.

<sup>94</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2008, 5º vol., p. 432.

<sup>95</sup> NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. 5, p.77.

<sup>96</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2008, 5º vol., p. 442.

*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.*

(...)

*§6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.*

Portanto, não se fala mais em *filhos legítimos, ilegítimos naturais, ilegítimos espúrios (incestuosos ou adulterinos)*, ou ainda, *ilegítimos sacrílegos*. Os filhos legítimos, pelo Código de 1916, eram aqueles nascidos na constância do casamento (art. 337). Os ilegítimos naturais eram os concebidos fora do casamento, mas para o qual não havia impedimentos. Já os ilegítimos espúrios podiam ser incestuosos ou adulterinos. Os espúrios incestuosos eram os nascidos fora do casamento para o qual havia impedimento decorrente de parentesco. Se o impedimento fosse proveniente do fato de que um dos pais era casado era considerado espúrio adulterino. E, por fim, os espúrios sacrílegos eram aqueles tidos por pessoa que havia feito votos religiosos<sup>97</sup>. Desta maneira, pode-se dizer que a legislação anterior, pela qual vigorava a desigualdade, punia aqueles que não contribuíram para a dessemelhança que portavam<sup>98</sup>.

Contudo, esta discriminação encontrava sua justificativa no sistema familiar que vigorava à época da edição do Código de 1916. Em meados do século XX, a família tinha uma estruturação bastante diferente da atual, era matrimonializada, patriarcal e hierarquizada, sendo que, o cônjuge varão assumia a chefia da casa, enquanto a mulher, que era incapaz, sofria diversas limitações e somente cuidava das tarefas da casa e dos filhos. O modelo familiar era determinado a partir do casamento e não no indivíduo<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Direito civil**. Vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2005, p.77.

<sup>98</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. O novo estatuto da filiação. *In*: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **O direito de família e a CF/88**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 154.

<sup>99</sup> FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. A filiação adotiva na família contemporânea brasileira e a construção da afetividade. *In*: JUNIOR, Eroulths Cortiano. MEIRELES, Jussara Maria Leal de. FACHIN, Luiz Edson. NALIN, Paulo (Coords.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. Anais do projeto de pesquisa virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2007, p. 57.

Com o tempo, esse modelo clássico de família teve que ceder à modernidade e às mudanças sociais provocadas pelo movimento de ingresso da mulher no mercado de trabalho<sup>100</sup>. Em 1988, a Constituição modificou significativamente o modelo familiar e, diretamente, o modelo de filiação, instituindo a igualdade plena entre homem e mulher (art. 5º, I), entre marido e esposa (art. 226, §5º), e entre os filhos (art. 227, §6º), baseando a relação de família na afetividade. Observando estas mudanças é que Paulo Luiz Netto Lobo afirma que *o favorecimento constitucional da adoção fortalece a natureza socioafetiva da família, para qual a procriação não é imprescindível*<sup>101</sup>. Cabe observar que a igualdade também está prevista na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, nos artigos 1º a 7º.

A esse respeito, é precioso o ensinamento de Rosana Fachin: *de acordo com a Constituição, o modelo institucional de família é atenuado para residir na relação entre pais e filhos o poder paternal, que está centrado na idéia de proteção. A paridade de direitos e deveres tanto do pai quanto da mãe está em assegurar aos filhos todos os cuidados necessários para o desenvolver de suas potencialidades para a educação, formação moral e profissional, revelando a transformação e a revalorização de cada um de seus componentes*<sup>102</sup>.

Atualmente, portanto, não se admite qualquer forma de discriminação entre os filhos, sendo reconhecida na Constituição de 1988 (art. 227, §6º), e também na legislação civil (art. 1.596, do Código Civil), a igualdade de direitos e qualificações aos filhos havidos ou não da relação de casamento, ou da adoção<sup>103</sup>. No entanto, persiste a diferenciação entre os filhos havidos ou não na constância do casamento no que se refere à presunção de paternidade, pois, os filhos nascidos das relações

---

<sup>100</sup> FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. A filiação adotiva na família contemporânea brasileira e a construção da afetividade. *In*: JUNIOR, Eroulths Cortiano. MEIRELES, Jussara Maria Leal de. FACHIN, Luiz Edson. NALIN, Paulo (Coords.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. Anais do projeto de pesquisa virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2007, p. 63.

<sup>101</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto, A Repersonalização das Famílias. *In*: **Revista brasileira de direito de família**. V. 6, n. 24, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2004, p. 140.

<sup>102</sup> FACHIN, Rosana. Da filiação. *In*: DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 124.

<sup>103</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 823.

matrimoniais contam com a presunção da paternidade<sup>104</sup>, enquanto os filhos nascidos fora da relação de casamento, para que seja reconhecida sua paternidade, necessitam do reconhecimento (art. 1.607 e s., do Código Civil).

Sendo os pais casados entre si vigora a presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (“pai é aquele que demonstra as justas núpcias”), que significa que são presumidamente concebidos os filhos nascidos na constância do casamento<sup>105</sup>. Trata-se de uma opção do legislador aplicar presunções fundadas em probabilidades do que normalmente acontece. Assinala Maria Helena Diniz que esta presunção é *juris tantum* ou relativa, uma vez que, admite prova em contrário, mas somente por parte do próprio pai que pretende negar ou afirmar a paternidade. Em relação a terceiros a presunção é absoluta, pois ninguém pode contestar a filiação de alguém<sup>106</sup>.

O artigo 1.597, do Código Civil, arrola as hipóteses de presunção de paternidade:

*Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:*

*I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;*

*II - nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;*

*III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;*

*IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;*

---

<sup>104</sup> NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Direito civil**. Vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2005, p.81.

<sup>105</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 8ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 6, p. 289.

<sup>106</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º vol., 23 ed.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 432.

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Nestes casos, a contestação da paternidade somente poderá ser feita pelo marido através da ação negatória de paternidade (que, conforme o art. 1.601, do Código Civil, é imprescritível) ou também pela ação negatória de maternidade do art. 1.608, quando a mãe provar a falsidade do termo de nascimento ou das declarações nele contidas.

A prova da filiação far-se-á mediante certidão do termo de nascimento, inscrito no Registro Civil (arts. 1.603, 9º, I, do Código Civil e arts. 50 e s. da Lei 6.015/73). Na falta desse registro, contudo, somente será admitida a presunção de filiação se houver início de prova por escrito ou se for provada a posse do estado de filho, ou seja, se existirem *veementes presunções resultantes de fatos já certos*<sup>107</sup>.

Portanto, a filiação pode ser constituída de duas formas: *ope legis*, pela qual incide diretamente uma norma que regula a atribuição do estado de filho. Ou, pela posse de estado, que significa uma situação fática prolongada de convivência e afetividade que conduz à parentalidade<sup>108</sup>. A filiação *ope legis* pode ocorrer de três maneiras: filiação biológica, filiação não biológica por adoção, e filiação não biológica por inseminação artificial heteróloga<sup>109</sup> (neste último caso, de acordo com o legislador, o filho é biológico só pelo lado materno), prevista no art. 1.597, V, do Código Civil. Nesse tipo de filiação não consangüínea presume-se que há a convivência familiar e a afetividade.

---

<sup>107</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2008, 5º vol., p. 463.

<sup>108</sup> ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *In: Revista brasileira de direito de família*. V. 8, n. 39, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2007, p. 63.

<sup>109</sup> ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *In: Revista brasileira de direito de família*. V. 8, n. 39, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2007, p. 64.

A filiação socioafetiva constitui-se através de contínua relação de convivência e afeto, *desempenhando-se no plano fático os papéis de pai e de filho*<sup>110</sup>. Para a aferição da paternidade socioafetiva é necessária a posse do estado de filho, a qual se funda na *nominatio*, no *tractatus* e na *reputatio*<sup>111</sup>. Ou seja, para que seja configurada a existência da filiação socioafetiva se faz essencial esses três fatores: o nome, o tratamento como pais e filhos e a aparência social da relação paterno-filial. A *nominatio* pressupõe que o filho traga o nome paterno; o *tractatus* significa que o filho seja tratado na família como tal, e a *fama* ou *reputatio* denota que a pessoa seja reconhecida por seus presumidos pais, pela família e pela sociedade como filha<sup>112</sup>.

Observa Roberto Paulino de Albuquerque Junior que a posse do estado de filho não pode ser desconstituída por mera vontade dos envolvidos, trata-se de questão indisponível, pois, as relações de família são regidas por normas de ordem pública<sup>113</sup>. Essas normas podem ser conceituadas como *o reflexo da ordem jurídica vigente em dado momento numa determinada sociedade, é também o patrimônio espiritual do povo, por refletir seus hábitos, suas tradições, sua liberdade, suas idéias políticas, econômicas, religiosas, morais, seus direitos fundamentais em determinada época e lugar*<sup>114</sup>.

Ainda com relação à ação negatória de paternidade, a lei não prevê qualquer limitação quanto aos motivos que possam justificar o ajuizamento da ação. Entretanto, não se pode admitir, por exemplo, a propositura de ação negatória de paternidade nas hipóteses de adoção ou de inseminação artificial consentida pelo marido, embora a lei seja omissa a respeito. Haveria, nestes casos, falta de interesse para a ação negatória, pois o reconhecimento da filiação é irretratável e

---

<sup>110</sup> ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *In: Revista brasileira de direito de família*. V. 8, n. 39, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2007, p. 67.

<sup>111</sup> FACHIN, Rosana. Da filiação. *In: DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 119.

<sup>112</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 5º vol., 23 ed.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 464.

<sup>113</sup> ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *In: Revista brasileira de direito de família*. V. 8, n. 39, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2007, p. 73.

<sup>114</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 355.



somente é possível a ação posteriormente se houver prova de erro, dolo ou coação. Também não se admite a negatória do pai que por liberalidade reconheceu como seu filho que sabia ser de outro, não podendo pretender no futuro desfazer os laços formados pela paternidade socioafetiva que resultou do reconhecimento voluntário<sup>115</sup>. Murilo Sechieri Costa Neves afirma que, no caso da inseminação artificial heteróloga não se admitirá a negatória de paternidade, pois *o legislador deixa claro que não é importante, ao menos para tal hipótese, a verdade biológica. O que importa é a paternidade socioafetiva, como ocorre com a adoção*<sup>116</sup>.

No caso dos filhos havidos fora do casamento, a paternidade depende do reconhecimento, que é o ato, espontâneo ou forçado, que cria a relação de parentesco entre pais e filhos<sup>117</sup>. É ato declaratório, pois, não cria uma relação, mas somente a declara, originando seus efeitos jurídicos<sup>118</sup>. O reconhecimento espontâneo ou voluntário ou perfilhação é aquele feito por ato solene e válido<sup>119</sup> de vontade do próprio pai. É ato unilateral, pois gera efeitos pela simples manifestação de vontade do próprio declarante, independe de aceitação por parte do filho menor de dezoito anos. Aos maiores, a declaração possui caráter sinalagmático, pois depende da concordância do filho. Outrossim, pode o filho menor impugnar o reconhecimento quando atingir a maioridade (art. 1614, do Código Civil).

O reconhecimento é ato puro (art. 1.613, do Código Civil) e irrevogável (arts. 1.609, *caput*, e 1.610, do Código Civil), não subordinado a condição ou termo. A perfilhação poderá ocorrer em qualquer momento, isto é, em qualquer idade, inclusive antes do nascimento do filho ou de sua morte. No entanto, o art. 1614, do Código Civil, determina que o reconhecimento do filho maior depende de seu consentimento, sendo que, o filho menor quando reconhecido pode contestar o reconhecimento até os quatro anos que se seguirem a maioridade.

---

<sup>115</sup> NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Direito civil**. Vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2005, p.81.

<sup>116</sup> NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Direito civil**. Vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2005, p.80.

<sup>117</sup> RODRIGUES, Silvío. **Direito civil**. 8ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 6, p. 318.

<sup>118</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º vol., 23 ed.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 467.

<sup>119</sup> VENOSA, Silvío de Salvo. **Direito civil: Direito de família**. 6ª ed., vol. 6, São Paulo: Atlas, 2006, p. 257.

Observa Silvio de Salvo Venosa que quanto ao reconhecimento do filho antes de seu nascimento devemos recordar que o art. 2º, do Código Civil, dispõe que a personalidade começa com o nascimento, mas a lei resguarda os direitos do nascituro.<sup>120</sup> Ressalva ainda o autor que com relação ao reconhecimento póstumo este somente deve ser admitido nos casos em que o reconhecimento represente verdadeiro benefício ao filho, não se podendo admitir que o pai desfrute de direito hereditário do filho decorrente do ato de reconhecimento<sup>121</sup>.

O reconhecimento voluntário poderá ocorrer por qualquer uma das formas arroladas nos incisos do art. 1.609, do Código Civil: *I - no registro do nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.* No entanto, de acordo com a Lei nº 8.560/92, que regula a investigação de paternidade dos filhos nascidos fora do casamento, acrescenta mais uma hipótese de reconhecimento voluntário, que é aquele provocado pelo escrivão, quando no registro de maternidade constar apenas o registro da mãe. Ele pode remeter ao juiz uma certidão do ato e das declarações da mãe, informando o nome do suposto pai, endereço e outros dados importantes para a averiguação, o juiz ouvirá a mãe e depois o suposto pai, que pode, neste momento, de maneira espontânea, realizar ou não o reconhecimento da paternidade<sup>122</sup>. Lembrando que, se ele não o fizer, pode fazê-lo posteriormente em qualquer momento.

O reconhecimento forçado ou judicial será obtido através de ação de investigação de paternidade que será proposta pelo filho em face dos seus supostos pais ou seus herdeiros ou legatários, podendo ser contestada por qualquer pessoa

---

<sup>120</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** Direito de família. 6ª ed., vol. 6, São Paulo: Atlas, 2006, p. 259.

<sup>121</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** Direito de família. 6ª ed., vol. 6, São Paulo: Atlas, 2006, p. 260.

<sup>122</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** Direito de família. 6ª ed., vol. 6, São Paulo: Atlas, 2006, p. 263.

interessada (art. 1.615, do Código Civil). A sentença que conferir a paternidade terá efeitos contra todos e produzirá os efeitos pessoais, patrimoniais e sucessórios do reconhecimento (art. 1.616, Código Civil)<sup>123</sup>.

Recebida a inicial da ação investigatória de paternidade, o juiz designará audiência preliminar<sup>124</sup>. Não havendo acordo, será determinada a produção de provas. Maria Helena Diniz arrola seis tipos de provas que podem ser produzidas neste momento: a posse de estado de filho (que já mencionamos anteriormente), a prova testemunhal, o exame prosopográfico, o exame de sangue, o exame de DNA e o exame odontológico<sup>125</sup>.

O exame prosopográfico é realizado com a ampliação de fotografias do filho interessado e do suposto pai, justapondo-se uma a outra, a fim de buscar semelhanças entre o investigador e o investigado, servirá como exame auxiliar de prova da paternidade<sup>126</sup>.

O exame de sangue ou hematológico serve como prova negativa, pois, se os tipos de sangue do pai e do filho forem diferentes é possível excluir a paternidade, contudo, se forem idênticos não se pode afirmar categoricamente a paternidade, pois há milhares de pessoas com os mesmos tipos de sangue<sup>127</sup>.

---

<sup>123</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23ª ed., 5º vol., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 479.

<sup>124</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23ª ed., 5º vol., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 483.

<sup>125</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23ª ed., 5º vol., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 488.

<sup>126</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23ª ed., 5º vol., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 488.

<sup>127</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23ª ed., 5º vol., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 489.

Pelo exame de DNA (ácido desoxirribonucléico) é possível visualizar o material genético do suposto pai e do filho interessado e compará-lo entre eles. Ele é feito a partir da análise de células que podem ser extraídas do sangue, da mucosa nasal, da boca, da raiz do cabelo etc. Para tanto, são analisados os materiais genéticos da mãe, do filho e do suposto pai. Este é o principal exame de prova da paternidade, e também o mais seguro, pois *a probabilidade de se encontrar ao acaso duas pessoas com a mesma Impressão Digital do DNA é de 1 (um) em cada 30 bilhões*<sup>128</sup>.

O exame odontológico, por sua vez, é outro exame auxiliar que tem caráter subsidiário, pode servir como reforço à evidencia da filiação<sup>129</sup>.

A ação de reconhecimento de paternidade tem seu fundamento no direito da busca da verdade genética, entretanto, deve-se distinguir o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, o direito à filiação e o direito à paternidade/maternidade<sup>130</sup>. Toda pessoa humana tem direito ao estado de filiação. Assim, o direito à investigação da origem genética, ou da manutenção na família socioafetiva será para preservar este direito. Contudo, ainda que certa pessoa esteja devidamente inserida no âmbito de uma família socioafetiva, persiste o direito à investigação da origem genética. Entretanto, isto serve para preservar um direito de personalidade, isto é, o de conhecer a origem genética, não a paternidade. A evolução da genética, com o exame - quase absoluto - de DNA, trouxe um grande auxílio para a definição da paternidade biológica, no entanto, o direito evoluiu mais um passo e agora busca o equilíbrio entre a verdade socioafetiva e a verdade biológica.

---

<sup>128</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23ª ed., 5º vol., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 489.

<sup>129</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23ª ed., 5º vol., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 495.

<sup>130</sup> ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *In: Revista brasileira de direito de família*. V. 8, n. 39, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2007, p. 74.

Voltando à idéia de repersonalização do direito civil<sup>131</sup>, desenvolvida por Paulo Luiz Netto Lobo, ela significa que os laços de afetividade e a convivência familiar se sobrepõe em relação aos laços de consangüinidade, devendo-se atender em primeiro lugar o melhor interesse da criança (art. 227) e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), ambos previstos na Constituição de 1988, como já mencionamos anteriormente.

A filiação compreendida pelo biologismo encontrava, todavia, justificativa na prevalência histórica da natureza sobre a cultura<sup>132</sup>. Primeiro se verificava o critério natural da consangüinidade e depois o critério cultural da criação de laços pelo afeto, e é desta última categoria que surgiu o paradigma da socioafetividade.

Com o reconhecimento da socioafetividade considera-se que nem sempre coincidem o parentesco biológico e a ascendência puramente genética. O parentesco pode advir de laços afetivos recíprocos entre uma criança e seus “pais”, associado com o exercício continuado de atividades de educação, zelo e companheirismo.

Deve-se distinguir, portanto, o papel daquele que gerou e o daquele que exerce efetivamente a paternidade, recaindo sobre esse último as obrigações e responsabilidades inerentes à filiação. Ora, não faz mais sentido a prevalência da filiação biológica, justamente porque a Constituição não tutela apenas a família formada pelo casamento, e não estabelece mais distinção entre filhos biológicos e afetivos<sup>133</sup>.

A verdade sociológica se estabelece, não somente nas relações de descendência, mas sim *no comportamento de quem apenas expende cuidados, carinho no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, com afeto verdadeiramente paternal, construindo vínculo que extrapola o laço biológico,*

---

<sup>131</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto, A Repersonalização das Famílias. In **Revista brasileira de direito de família**. V. 6, n. 24, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2004, p. 153.

<sup>132</sup> ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. In: **Revista brasileira de direito de família**. V. 8, n. 39, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2007, p. 59.

<sup>133</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. Filiação e o princípio da afetividade. In: **Igualdade**. V. 8, n. 26, Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2000, p. 45-6.

*compondo a base da paternidade*<sup>134</sup>. É justamente esta a concepção de filiação que reflete o verdadeiro espírito dos princípios constitucionais de preservação da família em serviço da dignidade da pessoa humana.

Contudo, a filiação, ao assumir este significado amplo e voltado para a realidade social das relações de parentesco, provocou diversos efeitos e debates, como por exemplo, a questão da desconstituição do vínculo de filiação depois de estabelecido. Constituída a filiação socioafetiva, caberia sua desconstituição posterior pelo fato de ter cessado a convivência ou afeto?

Este questionamento tem sido enfrentado pela doutrina, sendo que, a tendência atual é pela impossibilidade de desconstituição do vínculo anteriormente estabelecido pelo afeto, uma vez que através da constituição da filiação socioafetiva é construída a identidade do ser humano que se desenvolve de acordo com isso, ou seja, a referência dos pais molda a personalidade do indivíduo<sup>135</sup>. Assim, ainda que a convivência ou a afetividade venham a ser desconstituídas, isto não significa que a relação de filiação também seja dissolvida. Nesse sentido, Roberto Paulino de Albuquerque Junior explica que *a cláusula geral de tutela da personalidade humana proíbe tal dissolução, que significaria retirar ao indivíduo, por vontade de outrem (e por vezes visando a um interesse meramente patrimonial), um dos mais relevantes fatores de construção de sua identidade própria e de definição de sua personalidade*<sup>136</sup>.

A jurisprudência tem se manifestado no mesmo sentido, contudo, o tema não apresenta unanimidade. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou, diversas vezes<sup>137</sup>, pela manutenção do vínculo de filiação quando sua desconstituição é

---

<sup>134</sup> FACHIN, Luiz Edson. Direito além do Novo Código Civil: Novas situações sociais, filiação e família. In: **Revista brasileira de direito de família**. Ano 5, nº 17, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2003, p. 21.

<sup>135</sup> ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. In **Revista brasileira de direito de família**. V. 8, n. 39, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2007, p. 72.

<sup>136</sup> ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. In **Revista brasileira de direito de família**. V. 8, n. 39, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2007, p. 72.

<sup>137</sup> Ap. Cível nº 70007291438, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julg. e publ. em 10/12/2003, TJRS. Ap. Cível nº 70005008552, Rel. Rui Portanova, julg. e publ. em 13/03/2003, TJRS. Ap. Cível nº 70003493855, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julg. e publ. em

requerida pelo pai, com base nos artigos 1.609 e 1.610 do Código Civil e do art. 1º da Lei nº 8.560/92, fazendo prevalecer a paternidade socioafetiva. No Recurso Especial nº 509138<sup>138</sup>, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que:

*É inadmissível irmão pretender a declaração da inexistência de filiação e a desconstituição do registro de nascimento da irmã adotiva após mais de 21 anos de convivência familiar, e apenas em razão da abertura da sucessão hereditária decorrente do falecimento dos pais, para que seja o único herdeiro.*

Desta maneira, nota-se que a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo que a relação de filiação possui demasiada importância na vida de uma pessoa e não pode ficar sujeita às inseguranças provocadas pelas costumeiras instabilidades emocionais que envolvem as relações familiares. Voltaremos a tratar da questão da desconstituição do vínculo familiar quando cuidarmos do assunto da irrevogabilidade da adoção.

### 3. BREVE HISTÓRICO SOBRE O INSTITUTO DA ADOÇÃO

O Código de Hamurabi, considerado a primeira codificação jurídica<sup>139</sup>, elaborado por volta de 1.700 a. C., já previa a possibilidade da adoção em seu art. 185: *Se um homem adotar uma criança e der seu nome a ela como filho, criando-o, este filho crescido não poderá ser reclamado por outrem.* Destaca Antonio Chaves que desse dispositivo pode-se concluir que enquanto o pai adotivo não criou o filho adotado, este pode retornar à sua casa paterna, entretanto, uma vez educado, ele não pode mais voltar à sua casa de origem, pois estaria lesando o *princípio de justiça elementar que estabelece que as prestações recíprocas entre os contraentes devam ser iguais, correspondentes, princípio que constitui um dos fulcros do direito babilonense e assírio*<sup>140</sup>.

---

20/02/2002, TJRS. Emb. Infringentes nº 70001152933, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, publ. e julg. em 11/08/2000, TJRS.

<sup>138</sup> Rel. Min. Jorge Scartezini, julg. em 21/10/2004, publ. em 06/12/2004, v.u., 4ª Turma.

<sup>139</sup> GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática, com abordagem do Novo Código Civil. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2004, p.33.

<sup>140</sup> CHAVES, Antonio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 48.

A Bíblia também trata do assunto, apresentando alguns exemplos da adoção entre os hebreus, como foi o caso de Moisés, que, salvo nas águas do Rio Nilo, foi adotado pela filha do Faraó (Ex 2, 1-10); o caso de Ester, que foi adotada por Mardoqueu (Est 2, 5-7); e o caso de Sara que adotou os filhos de sua serva Agar (Gn 16, 1-15). Contudo, o maior exemplo de adoção na Bíblia é o de José que aceita Maria grávida como sua mulher adotando um menino que veio a se chamar Jesus (Mt 1, 18-25).

No primeiro caso, o de Moisés, é oportuno fazer algumas considerações em relação à história da sua adoção. A filha do faraó banhava-se no rio quando avistou uma criança num cesto e comoveu-se com o choro do menino. A criança (um menino hebreu) foi jogada no rio pela própria mãe, que sem possibilidades de proteger seu filho contra a violência do próprio faraó preferiu abandonar a criança em vez de entregá-la à morte certa. A filha do faraó estava acompanhada de sua serva, que por sua vez, era irmã da criança abandonada e sabia exatamente como agir. Esta serva logo deu a idéia de procurar uma *ama de leite* para que amamentasse a criança, porém, não revelou que iria buscar a própria mãe do menino. A filha do faraó consentiu com isso e entregou o menino, sem o saber, para sua própria mãe, pagando-lhe um salário para que o amamentasse e o devolvesse para a criação da princesa que, posteriormente o adotou e lhe deu o nome de Moisés (Ex 2, 1-10).

Ao analisar esta passagem, Matthias Grenzer afirma que *o poder opressivo, com toda a violência que promove, no fundo merece ser enganado, pois, muitas vezes, somente assim o povo sofrido consegue sobreviver*<sup>141</sup> e que com o gesto de *dar um nome ao menino* ela torna-se proprietária dele<sup>142</sup>. O autor faz, ainda, a ressalva de que por mais louvável que seja a atitude da filha do faraó, ela salva apenas uma das crianças hebréias, as demais continuaram sendo ameaçadas. Entretanto, esta criança salva era Moisés que, futuramente, conduziu seu povo para fora da cidade faraônica em busca de uma nova sociedade construída com o *tão sonhado respeito à dignidade de todas as pessoas, inclusive das crianças*. Com isto,

---

<sup>141</sup> GRENZER, Matthias. **O projeto do êxodo**. 2ª ed., São Paulo: Paulinas, 2007, p. 29.

<sup>142</sup> GRENZER, Matthias. **O projeto do êxodo**. 2ª ed., São Paulo: Paulinas, 2007, p. 30.



conclui o autor que *as tradições bíblicas apresentam um modelo de salvação do ser humano intrinsecamente ligado à figura da criança e que o fim da violência depende, fundamentalmente, de uma sociedade baseada na igualdade e na liberdade de cada família*<sup>143</sup>.

A adoção surgiu na antiguidade por motivos religiosos. Na Grécia, o culto doméstico, para garantir a paz na eternidade aos mortos, devia ser praticado pelos descendentes masculinos do morto. Quem não possuía filhos homens poderia adotar<sup>144</sup>. Com isso, a adoção surgiu para garantir, que, após a morte do *pater famílias* houvesse um homem na família para perpetuar nela a religião e a paz após a morte. A forma como se procedia a adoção era através de um ritual de iniciação no culto de religião da família. Cuidava-se de uma verdadeira cerimônia sagrada, na qual se admitia o filho adotado como filho. Em relação à família biológica havia um completo desligamento, o adotado devia renunciar ao culto da família anterior, emancipando-se<sup>145</sup>.

Em Atenas as regras da adoção eram mais precisas e os requisitos mais definidos. Só podiam adotar e ser adotados os cidadãos atenienses. O rito era formal, e era necessária a figura do magistrado. A adoção rompia os laços da família natural e poderia ser revogada por ingratidão. O instituto também possuía caráter religioso, e tinha a finalidade principal de assegurar a perpetuidade do culto religioso<sup>146</sup>. A adoção se efetuava por meio de cerimônia sagrada, que, segundo Fustel de Coulanges, devia ser muito parecida com a realizada por ocasião do nascimento do filho<sup>147</sup>.

O direito romano, mais evoluído que era, tratou do assunto de forma mais sistematizada e organizada. Por ele, um chefe de família sem herdeiros poderia adotar um menino de outra família para que não morresse sem um sucessor. O

---

<sup>143</sup> GRENZER, Matthias. **O projeto do êxodo**. 2ª ed., São Paulo: Paulinas, 2007, p. 31.

<sup>144</sup> COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. MELVILLE, Jean (trad.). São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 58.

<sup>145</sup> NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Direito civil: direito de família**. Vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2005, p.86.

<sup>146</sup> CHAVES, Antonio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 49.

<sup>147</sup> COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. MELVILLE, Jean (trad.). São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 59.

adotado receberia um novo nome e herdaria os bens do adotante<sup>148</sup>. Havia duas espécies de adoção: a *ad-rogação* e a adoção propriamente dita. Pela primeira *um cidadão romano adotava uma pessoa sui juris, um pater familias*, e, pela adoção propriamente dita *uma criança era submetida ao poder de seu pai, um filio-família*<sup>149</sup>.

Ainda em Roma, na época de Justiniano, o ato de adoção passou a ser menos formal. Bastava que o pai declarasse que concordava em dar seu filho para a adoção, e que o adotante declarasse que o receberia, para que posteriormente se redigisse uma ata de declarações<sup>150</sup>.

Sob influência do direito canônico, e por contrariar os interesses dos senhores feudais, na Idade Média a adoção deixou de ser usual<sup>151</sup>, uma vez que, a família seria somente aquela formada através do matrimônio.

Mais tarde, já na Idade Moderna, o instituto retorna e, com a Revolução Francesa, se difunde pelo mundo. O esboço da legitimação adotiva foi inserido na legislação francesa (Decreto-lei de 29.07.1939), prevendo que o filho adotado que contasse com menos de cinco anos de idade era desligado de sua família natural e integrado por completo na família adotiva<sup>152</sup>.

Após a Segunda Guerra Mundial, os legisladores passaram a preocupar-se com os órfãos de guerra, e a adoção assumiu, por um tempo, um caráter filantrópico<sup>153</sup>.

---

<sup>148</sup> GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática, com abordagem do Novo Código Civil. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2004, p. 36.

<sup>149</sup> CHAVES, Antonio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 50.

<sup>150</sup> CHAVES, Antonio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 50.

<sup>151</sup> GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática, com abordagem do novo código civil. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2004, p. 38.

<sup>152</sup> GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática, com abordagem do novo código civil. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2004, p. 41.

<sup>153</sup> FILHO, Arthur Marques da Silva. Da adoção. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NETTO, Domingos Franciulli (Coord.). **O Novo Código Civil**: Estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003, p. 1193.

No Brasil, antes do Código Civil de 1916, a respeito da adoção, vigoravam ainda as Ordenações do Reino, e, portanto, a legislação sofria forte influência de Portugal.

Nesse sistema, a adoção perdurou por muito tempo, e era pouco regulamentada. O direito português apresentava resistência em conferir o pátrio poder ao adotante ou então garantir o direito à herança ao adotado. Era permitido apenas que ao adotado fosse fornecido um título de filiação para que o mesmo pudesse requerer alimentos. Se o adotado quisesse usufruir de outros benefícios da adoção deveria requerer ao Príncipe, que poderia conceder ou não. Isso ocorreu porque o Direito Português sofreu forte influência do Direito Canônico, o qual não incentivava a filiação fora do matrimônio<sup>154</sup>.

A adoção, nas Ordenações Filipinas, era tratada somente como crime de parto suposto (Título LV) para o qual havia pena de extradição para o Brasil e perda de todos os bens para a Coroa, devendo responder pelas mesmas penas aqueles que colaboraram com o cometimento do crime. É importante ressaltar que, apesar do crime, a dita legislação previa que a sentença contra a mãe não poderia prejudicar o filho. Voltaremos a este assunto quando falarmos sobre o crime de parto suposto.

O Código Civil de 1916 foi o estatuto legal que inseriu de forma sistemática a adoção no ordenamento jurídico brasileiro, nos artigos 368 a 378. A necessidade de sua regulamentação já vinha sendo pronunciada pela doutrina e significou um grande avanço.

Pela redação original, o Código Civil de 1916 previa que os maiores de cinquenta anos que não tivessem filhos poderiam adotar (art. 368), desde que houvesse uma diferença de idade de dezoito (18) anos entre o adotante e o adotado (art. 369), e que houvesse o consentimento dos pais (art. 372), do tutor ou do próprio adotando no caso de ser maior ou emancipado.

---

<sup>154</sup> GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática, com abordagem do novo código civil. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2004, p. 41.

A adoção deixou de ser apenas uma forma de perpetuar a família e passou a representar principalmente uma maneira de dar filhos a quem não os podia ter pela natureza. Nesse sentido afirma Clovis Bevilacqua:

*Dando filhos a quem não os tem pela natureza, desenvolve sentimentos affectivos do mais puro quilate, e augmenta, na sociedade, o capital de affecto e de bondade, necessário ao seu aperfeiçoamento moral; chamando para o aconchego da família e para as doçuras do bem estar filhos privados de arrimo ou de meios idôneos, aproveita e dirige capacidades, que, de outro modo, corriam o risco de se perder, em prejuízo dos indivíduos e do grupo social, a que pertencem<sup>155</sup>.*

Também era permitido ao tutor ou curador adotarem o tutelado ou curatelado, desde que, previamente prestassem contas da administração e pagamento de eventuais débitos (CC/16, art. 371). Esta regra advém do entendimento de que a adoção não deve servir como meio fraudulento do tutor ou curador para fugirem de suas responsabilidades, como administradores dos bens do tutelado ou curatelado<sup>156</sup>.

No sistema do Código de 1916, a adoção poderia ser extinta nas seguintes formas: por mútuo acordo (CC/16, art. 374, I), unilateralmente (CC/16, art. 374, II), nos casos de deserdação, ou por iniciativa do próprio adotado após cessada a menoridade ou interdição (CC/16, art. 373).

Com a Lei 3.133/57, houve uma grande alteração no instituto da adoção, e a mesma passou a ser incentivada. A idade mínima para adotar passou de cinquenta para trinta anos, entretanto passou a ser permitida a adoção somente a casais que tivessem no mínimo cinco anos de casados. Outra alteração importante foi a

---

<sup>155</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado**. 2ª ed., vol. 2, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1922, p. 337.

<sup>156</sup> BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Edição histórica, Rio de Janeiro: Rio, 1940, p. 825.

possibilidade do adotado acrescentar ao seu nome o dos pais adotivos, podendo, inclusive, excluir os nomes dos pais de sangue<sup>157</sup>.

A diferença de idade entre adotante e adotado foi reduzida de dezoito para dezesseis anos, e foi eliminada a exigência de não ter o adotante prole legítima ou legitimada. Com isso, se a idade núbil da mulher era aos dezesseis anos, havia presunção de que a partir desta idade ela poderia procriar. Daí o parâmetro estabelecido pelo legislador<sup>158</sup>.

A Lei 3.133/57 fixou duas formas de extinção da adoção: por acordo entre as partes ou então nos casos em que era admitida a deserção. Além disso, determinou que quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação da adoção não envolveria a sucessão hereditária.

Em 1965, com a Lei 4.655, foi criada a legitimação adotiva, que colocava o adotado em relação de parentesco com o adotante em igualdade de condições com o filho consangüíneo. Nas palavras de Antonio Chaves *somente a legitimação adotiva pode solucionar o problema da integração completa de uma criança abandonada num lar substituto*<sup>159</sup>.

Contudo, a legitimação adotiva só era possível se a criança, até sete anos de idade, fosse abandonada ou fosse órfã, não fosse reclamada por qualquer parente por mais de um ano, ou cujos pais tivessem sido destituídos do poder familiar, ou ainda na hipótese de a criança ser filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitada de prover sua criação (art. 1º, Lei 4.655/65).

Outra possibilidade de legitimação adotiva ocorria no caso da criança contar com mais de sete anos de idade, mas já estar sob a companhia dos adotantes à

---

<sup>157</sup> GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática, com abordagem do novo código civil. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2004, p. 44.

<sup>158</sup> GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática, com abordagem do novo código civil. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2004, p. 46.

<sup>159</sup> CHAVES, Antonio. **Adoção e legitimação adotiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 461.

época que tivesse completado essa idade. Se não fosse este o caso, era exigido um período prévio de convivência de três anos (§1º, art. 1º, Lei 4.655/65).

Desta maneira pode-se dizer que era possível a legitimação adotiva nos seguintes casos: a) do infante exposto cujos pais fossem desconhecidos; b) do infante exposto cujos pais haviam declarado por escrito que podiam ser dados; c) do menor abandonado, propriamente dito, até 7 (sete) anos de idade cujos pais foram destituídos do pátrio poder; d) do órfão da mesma idade, não reclamado por qualquer parente por mais de um ano; e) do filho natural, reconhecido apenas pela mãe, impossibilitado de prover a sua criação, e, f) do menor de 7 (sete) anos, quanto à época em que completou esta idade já se achava sob a guarda dos legitimantes, mesmo quando estes não preenchessem as condições exigidas<sup>160</sup>.

Os legitimantes deveriam contar com, pelo menos, trinta anos de idade e cinco anos de matrimônio estável ou estabilidade conjugal e esterilidade de um dos cônjuges, que devia ser comprovada por perícia médica (art. 2º, da Lei 4.655/65).

O art. 7º, da Lei 4.655/65, determinava que a legitimação adotiva era irrevogável, ainda que dos adotantes viessem a nascer filhos legítimos, sendo que, ambos os filhos teriam os mesmos direitos e deveres.

Posteriormente, ainda vigendo o regime militar, sobreveio a doutrina do menor em situação irregular com o novo Código de Menores (Lei 6.697/79), através da qual o legislador protegia um número maior de crianças e adolescentes. Por essa doutrina, merecia tratamento especial, além do menor infrator, aquele que fosse vítima de maus tratos, o menor abandonado, o órfão, o necessitado, ou seja, todos aqueles considerados em situação irregular. Inspirado na legitimação adotiva, o Código de Menores, de 1979, adotou o sistema da Adoção Plena, para que o adotado fosse acolhido em seu novo lar e nele se sentisse protegido, estabelecendo vínculos mais fortes do que os estabelecidos na adoção simples<sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup> LIMA, Cláudio Vianna de. **Legitimação Adotiva**. Rio de Janeiro: M. S. Rodrigues, 1965, p. 14.

<sup>161</sup> CHAVES, Antônio. **Adoção, adoção simples e adoção plena**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 494.

Muito embora o Código de Menores (Lei 6.697/79) tenha revogado a Lei 4.655/65, a adoção simples não foi revogada, passando a vigorar no sistema jurídico duas formas de adoção: a adoção plena pela legitimação adotiva (agora com extensão do vínculo à família do adotante), e a adoção simples pelo Código Civil e pelos artigos 27 e 28 do Código de Menores<sup>162</sup>. Assim, com a entrada em vigor do Código de Menores, a adoção é bipartida em simples e plena, ambas voltadas para o menor em situação irregular (art. 2º, I): a primeira dependia de autorização judicial e o adotante indicava os apelidos de família que seriam usados pelo adotado (art. 28, *caput*), previa o estágio de convivência, que poderia ser dispensado, conforme o caso (art. 28, §§ 1º e 2º). A adoção plena, por sua vez, era irrevogável (art. 37) e atribuía a condição de filho ao adotado, desligando-o por completo da família natural, ressalvados os impedimentos matrimoniais (art. 29).

Iluminada pelas idéias humanitárias, já internacionalmente consolidadas, a respeito da máxima proteção à criança e ao adolescente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 modificou toda a base da legislação nacional, impondo um tratamento que busca cercar todas as possibilidades de ofensa aos direitos das crianças e dos adolescentes e procura arrolar todas as suas necessidades para que as mesmas desenvolvam-se da forma mais saudável possível, a fim de se tornarem cidadãos-adultos com dignidade<sup>163</sup>.

Com isso, o parágrafo 6º do art. 227 da Constituição de 1988 confere igualdade entre os filhos (adotivos ou não), prioridade absoluta em relação a todos os demais interesses, ampla proteção do Estado, da família e da sociedade, direito à educação, saúde, convivência familiar etc. Neste sentido afirma Paulo Luiz Netto Lobo que: *A adoção foi alçada pela Constituição à mesma dignidade da filiação*

---

<sup>162</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 132.

<sup>163</sup> O pós-guerra foi marcado pela forte necessidade de regulamentação escrita das idéias humanitárias que vinham surgindo. Com isso foram editados diversos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), bem como, documentos direcionados ao tratamento da criança: a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança de 1924, a Declaração sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral em 1959, estatutos e instrumentos das agências especializadas e organizações internacionais que se dedicam ao bem estar da criança.

*natural, confundindo-se com esta e revelando a primazia dos interesses existenciais e personalizantes*<sup>164</sup>.

Em julho de 1990, foi editado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), e, no mesmo ano, o Brasil assinou a Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, que foi integrada em nosso direito com a aprovação do Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990.

Estes instrumentos modificaram totalmente o cenário de proteção da infância no Brasil, trazendo novos parâmetros sobre o tema, e tratando a criança e o adolescente não mais como meros objetos da intervenção do Estado, mas sim como sujeitos de direitos fundamentais *de maneira a propiciar o surgimento de verdadeira 'ponte de ouro' entre a marginalidade e a cidadania plena*<sup>165</sup>, reconhecendo as crianças e adolescentes como seres que merecem todo o respeito da sociedade.

O Estatuto Criança e do Adolescente, inspirado pela nova Constituição, trouxe uma política completamente inovadora, para regulamentar, no âmbito infraconstitucional, a nova feição dos direitos da criança e do adolescente, e não poderia deixar de tratar da adoção que é um dos assuntos mais relevantes e delicados (ECA, art. 39 e s.).

Assim é que o Estatuto cuida da adoção com vistas ao princípio da proteção integral (expressamente consagrado no art. 1º), que significa que a criança deve possuir um tratamento especial e prioritário, tendo em vista simplesmente sua condição de pessoa em desenvolvimento, de sua personalidade, que merece um cuidado em todos os aspectos de sua vida.

Como já apontado, o sistema anterior permitia a existência de dois tipos de adoção: a simples e a plena. A simples, regida pelo Código Civil de 1916, com as

---

<sup>164</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto, A Repersonalização das famílias. *In: Revista brasileira de direito de família*. V. 6, n. 24, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2004, p. 153.

<sup>165</sup> MAIOR NETO, Olympio de Sá Sotto. O Sistema de Garantias dos Direitos da Criança e do Adolescente. *In: Igualdade*, Ministério Público do Estado do Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, vol. 10, nº 37, julho/setembro, Curitiba: 2002, p. 28.



modificações da Lei 3.133/57, e a plena regulada pela Lei 8.069/90<sup>166</sup>. Como o Estatuto da Criança e do Adolescente tratava da adoção de menores de 18 anos, o Código Civil de 1916 manteve sua aplicação em relação aos maiores de 18 anos, passando, pois, a coexistir os dois sistemas.

Com o advento do Código Civil de 2002, houve nova modificação, já que a lei buscou regular toda a matéria, unificando o regime de adoções. No entanto, o Código de 2002 deixou de mencionar diversas garantias previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente e, muito embora, exista grande divergência doutrinária a respeito, o melhor entendimento é pela manutenção da incidência do Estatuto da Criança e do Adolescente no que ele não contrariar o Código Civil, já que, aquele é mais abrangente no que tange à proteção da criança e do adolescente, do que este<sup>167</sup>.

## 4. DA ADOÇÃO

### 4.1. CONCEITO E CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A fim de definir o conceito de adoção na doutrina brasileira, partimos da noção de Silvio Rodrigues, para o qual a adoção é ato unilateral e solene através do qual o adotante traz para sua família pessoa que lhe é estranha conferindo-lhe condição de filho, cuja finalidade é a preservação do interesse do adotado<sup>168</sup>. Observa o autor que *é elementar no atual conceito de adoção a preservação do interesse do adotado. Isso se manifesta de maneira inescandível na lei vigente, que proclama só se poder deferir a adoção quando constituir efetivo benefício ao adotando (CC, art. 1.625, renovando o conteúdo do art. 43 do ECA que se referia a reais vantagens para o adotando)*<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º vol., 23 ed.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 507.

<sup>167</sup> FILHO, Arthur Marques da Silva. Da adoção. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NETTO Domingos Franciulli (Coord.). **O Novo Código Civil: Estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003, p. 1189.

<sup>168</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 8ª ed., vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 340.

<sup>169</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 8ª ed., vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 341.

Para Maria Helena Diniz, a adoção é um vínculo de parentesco civil que estabelece de forma definitiva, entre adotante e adotado, um vínculo legal de paternidade e filiação civil, desligando o adotado de qualquer vínculo com os pais de sangue, excetuando-se os impedimentos matrimoniais, criando laços de parentesco entre o adotado e a família do adotante. Coloca, ainda, a autora que, a adoção é *uma medida de proteção e uma instituição de caráter humanitário, que tem por um lado, por escopo, dar filhos àqueles a quem a natureza negou e por outro lado uma finalidade assistencial, constituindo um meio de melhorar a condição moral e material do adotado*<sup>170</sup>.

Silvio de Salvo Venosa define a adoção como sendo *a modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural, que faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico*<sup>171</sup>.

A adoção busca imitar a filiação biológica, e para propiciar autoridade e respeito, o adotante há de ser pelo menos 16 anos mais velho que o adotado (CC, art. 1.619). Nada impede, porém, que se adotem vários filhos simultaneamente<sup>172</sup>, em especial se forem irmãos. O adotante deve realizar o ato de adoção pessoalmente, uma vez que, o Estatuto da Criança e do Adolescente veda a adoção por procuração (ECA, art. 39, parágrafo único). O Código Civil determina, no art. 1.618, que a adoção pode ser requerida por casal desde que um deles tenha completado a idade mínima de 18 anos, comprovada a estabilidade da família.

Quanto à natureza jurídica do ato de adoção a doutrina encontra certa dificuldade em sua definição<sup>173</sup>. Caio Mário da Silva Pereira afirma que a adoção é um *ato de vontade* que requer o *consentimento* do adotante e do adotado, se for capaz e maior comparece em pessoa e se for incapaz será devidamente

<sup>170</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23ª ed., 5º vol.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 507.

<sup>171</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Direito de família**. 6ª ed., vol. 6, São Paulo: Atlas, 2006, p. 279.

<sup>172</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 13ª ed., Vol. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 231.

<sup>173</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Direito de família**. 6ª ed., vol. 6, São Paulo: Atlas, 2006, p. 284.

representado para o ato<sup>174</sup>. Silvo de Salvo Venosa afirma que, pelo Código Civil de 1916, a adoção possuía natureza jurídica de ato negocial como *contrato de Direito de Família*, tendo em vista a solenidade da escritura pública que a lei exigia, no art. 375. Afirma o autor que pela adoção do Estatuto da Criança e do Adolescente, e do Código Civil, não se pode considerar que é ato negocial tendo em vista a ativa participação do Estado para a consumação do ato, e a necessidade de uma sentença judicial; a adoção concebida por estes dois institutos não é direcionada ao mero ajuste de vontades, mas sim para o interesse público, é, portanto, ação de estado, de *caráter constitutivo*, que confere ao adotado posição de filho<sup>175</sup>.

A adoção é, portanto, ato de vontade realizado pelo adotante por mera liberalidade, com a finalidade de ter o adotado de forma definitiva como filho e como integrante de sua família, desligando-o de qualquer vínculo com a família natural, ressalvados os impedimentos matrimoniais (art. 1626, do Código Civil).

#### 4.2. REQUISITOS E PROCEDIMENTO

Para a consumação da adoção é essencial a presença de certos requisitos. O primeiro deles é a necessidade de ser o adotante maior de dezoito (18) anos, independentemente do estado civil (CC, art. 1.618), e deve ser pelo menos dezesseis (16) anos mais velho que o adotando (CC, art. 1.619). Se a adoção for efetivada por casal (ligado pelo casamento ou pela união estável), deve ser comprovada a estabilidade familiar (CC, art. 1.618, parágrafo único), e, pelo menos um deles deve ter completado a idade mínima para adotar, ou seja, dezoito (18) anos (CC, art. 1.618, parágrafo único)<sup>176</sup>.

Silvio Rodrigues aponta alguns exemplos referentes à questão da diferença de idade entre adotante e adotado: *a adoção do maior de 18 anos reclama tenha o adotante no mínimo 34 anos; na adoção de uma criança de 6 anos, a idade do*

---

<sup>174</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 13ª ed., Vol. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 232.

<sup>175</sup> VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito civil: Direito de família**. 6ª ed., vol. 6, São Paulo: Atlas, 2006, p. 284.

<sup>176</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23ª ed., 5º vol.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 510.

*pretendente deverá ser de 24 anos. Desse modo, pela diferença de idade, embora com 18 anos já se possa adotar, o adotando, nesses casos, não poderá ter 2 anos ou mais*<sup>177</sup>.

Outra regra relativa a este primeiro requisito é a do art. 1.622, parágrafo único, do Código Civil, que determina que os divorciados e os separados judicialmente só poderão adotar conjuntamente se o estágio de convivência com o adotado houver iniciado na constância do casamento e se estiverem de acordo sobre a guarda do menor e o regime de visitas.

A regra geral da adoção, do Código Civil de 2002, é que a adoção cria a relação de filiação entre adotante e adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos (CC, art. 1.626, *caput*), como já mencionado neste trabalho. Esta regra confirma o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 41), e determina que seja rompido o vínculo de filiação de parentesco com a família natural, excetuando-se os impedimentos matrimoniais, que podem ser alegados a qualquer tempo.

Este rompimento do vínculo com os pais naturais pode ser derivado de uma sanção. É que, os arts. 1.535 e seguintes, do Código Civil, tratam da questão da suspensão ou da extinção do poder familiar, que são sanções impostas aos pais por infringirem a regra de exercerem o poder familiar conforme a lei. Entretanto, cabe lembrar que estas sanções buscam sempre atender o melhor interesse da criança. Sendo que, uma das causas de destituição do poder familiar é justamente pela adoção.

Outra regra referente aos requisitos da adoção é a trazida no parágrafo único, do art. 1.626, que dispõe que caso um dos cônjuges, ou convivente, adote o filho do outro, os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge, ou companheiro, e de parentesco entre os respectivos parentes serão mantidos. Trata-se, pois, de uma *adoção unilateral*<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 8ª ed., vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 344.

<sup>178</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23ª ed., 5º vol.. São Paulo: Saraiva, p. 511.

Os tutores não podem adotar seus tutelados, e, os curadores seus curatelados, enquanto não prestarem conta de sua administração, como já mencionado anteriormente. É a regra do art. 1.620, do Código Civil. O Ministério Público procederá a fiscalização desta administração e o juiz a homologará<sup>179</sup>. Desta forma, para que o tutor ou o curador possa adotar seu tutelado ou curatelado é requisito da adoção a prestação de contas de sua administração e pagamento de eventuais débitos (CC, art. 1.620), como já mencionado anteriormente.

É, também, requisito da adoção a existência de acordo a respeito da guarda e o regime de visitas, se a adoção for realizada conjuntamente por adotantes divorciados ou separados, e desde que a convivência tenha tido início antes do divórcio ou separação do casal(CC, art. 1.621, parágrafo único, segunda parte).

Outro requisito é a necessidade do consentimento do adotado ou de seu representante legal e de seus pais. O art. 1.621, do Código Civil, determina que sendo o adotado menor de doze (12) anos, ou se for maior incapaz, sua adoção dependerá do consentimento de seu representante legal, que podem ser os próprios pais, o tutor ou o curador. Todavia, se contar com mais de doze (12) anos de idade o ato dependerá de seu consentimento, não sendo possível o suprimento judicial. No caso de adotando relativamente incapaz, este deverá ser assistido por seu representante legal<sup>180</sup>.

De acordo com o art. 1.621, §1º, do Código Civil, o consentimento será dispensado se os pais do adotando forem desconhecidos ou destituídos do poder familiar. Não será necessário, também, o consentimento do representante legal se for provado que se trata de infante exposto, ou se seus pais forem desconhecidos ou estejam desaparecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar, sem nomeação de tutor, ou de órfão não reclamado por qualquer parente por mais de um ano (CC, art. 1.624).

---

<sup>179</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 8ª ed., vol. 6, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 344.

<sup>180</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23ª ed., 5º vol.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 512.

O consentimento pode ser revogado até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção (CC, art. 1.621, §2º). Esta regra causa certa perplexidade na doutrina, pois, se a revogação ocorrer no final do processo pode causar graves prejuízos emocionais ao menor que já está adaptado à nova família a partir do estágio de convivência e guarda provisória. Nesse sentido afirma Silvio Rodrigues que: *Não agiu bem o legislador. Pois, a retratação pode representar traumática frustração das expectativas do menor e dos próprios adotantes*<sup>181</sup>.

O Enunciado nº 259, do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil dispõe: *A revogação do consentimento não impede, por si só, a adoção, observado o melhor interesse do adotando*. E o Enunciado nº 110 do Conselho da Justiça Federal afirma que *é inaplicável o §2º, do art. 1.621 do novo Código Civil às adoções realizadas com base no Estatuto da Criança e do Adolescente*<sup>182</sup>. Desta maneira, percebe-se a tendência doutrinária de mitigar a aplicação do art. 1.621, §2º, do Código Civil, sendo possível somente a sua incidência quando a revogação estiver de acordo com o melhor interesse do adotado.

Um dos ritos do processo de adoção é a audiência na qual os pais naturais serão ouvidos pelo juiz. Nesta ocasião o juiz deve advertir os pais, com cautela, sobre a irrevogabilidade da adoção, perguntando-lhes se eles têm certeza sobre o ato para o qual manifestam sua concordância.

A despeito do que dispõe o §2º, do art. 1.621, que permite a revogação do consentimento até a publicação da sentença, se sugere que, se a vontade dos pais for declarada livremente, não deveria o juiz permitir a posterior revogação dessa decisão, tornando-a definitiva, tendo em vista que tal atitude (de revogar o consentimento, mesmo que antes da publicação da sentença) atinge a dignidade do adotando. Nesse momento, acabaria a participação dos pais biológicos no processo. Assim, o processo de adoção poderia garantir melhor segurança à criança ou

---

<sup>181</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 8ª ed., 6º vol.. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 346.

<sup>182</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23 ed., 5º vol.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 512.

adolescente quanto a seu destino, tendo em vista que todas as decisões no processo e fora dele devem ser tomadas com vistas ao seu melhor interesse.

É também requisito da adoção que a mesma somente será constituída a partir de uma sentença judicial e com a intervenção do Ministério Público, mesmo no caso de maiores de dezoito (18) anos (CC, art. 1.623, parágrafo único). Esta sentença terá efeito constitutivo e deverá ser inscrita no Cartório de Registro Civil, mediante mandato do qual não se fornecerá certidão (ECA, art. 47, e Projeto de Lei n. 276/2007, §1º, a ser acrescido no art. 1.628, do CC). A adoção se consumará após o assento da sentença constitutiva, ou seja, com a sua averbação no registro de nascimento do adotado<sup>183</sup>.

Outro requisito da adoção é a sua irrevogabilidade após a sentença de adoção, que está prevista no art. 48, do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>184</sup>. Desta maneira, pelo sistema atual o adotado é colocado na família do adotante de forma completa, irreversível, definitiva. Nem a morte do adotante restabelece o vínculo de filiação natural (CC, art. 1.626 e ECA, art. 49).

O estágio de convivência é obrigatório e está atualmente regulado no art. 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ele deverá ser fixado pelo prazo que a autoridade judiciária entender conveniente. Sua finalidade é comprovar a compatibilidade entre o adotante e o adotado e a *probabilidade de sucesso da adoção*. Ele será dispensado quando o adotado não tiver mais de um ano de idade ou se já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a conveniência da constituição do vínculo (ECA, art. 46, §1º). O Código Civil também deixou de tratar desse assunto o que significou grande falha do legislador já que o estágio de convivência é extremamente importante para o sucesso da adoção.

O último requisito é a necessidade de comprovação da estabilidade familiar, no caso de adoção conjunta, ou seja, se a adoção se der por ambos os cônjuges ou companheiros. Esta é a regra do art. 1.618, parágrafo único, do Código Civil.

---

<sup>183</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23ª ed. 5º vol.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 514.

<sup>184</sup> O Código Civil não tratou do assunto, entretanto, o Projeto de Lei n. 276/2007, se aprovado, inserirá o §4º, ao art. 1.618, com o texto: *a adoção é irrevogável*.

Como visto, um dos requisitos da adoção é a necessidade da intervenção judicial no seu estabelecimento. Esta ocorrerá por um processo judicial de adoção que se encerrará com uma sentença constitutiva.

O Código Civil de 2002 não modificou a competência para o procedimento de adoção de menores de 18 anos, permanecendo, portanto, o estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, é competência exclusiva do Juiz da Infância e Juventude. Todavia, se o pedido de adoção foi ajuizado na Vara da Infância e Juventude e a maioridade civil do adotando sobrevier, deve o processo continuar tramitando perante esta Vara, de acordo com o art. 87, do Código de Processo Civil, que preceitua que a competência se determina no momento ajuizamento da demanda e que *modificações do estado ou de fato ocorridas posteriormente são irrelevantes, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.*

Para a adoção dos maiores de 18 anos, a competência será do Juiz da Família, devendo o Ministério Público se manifestar, em ambos os casos. Neste segundo caso (adoção de maiores) serão aplicadas subsidiariamente as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois, o Código Civil foi omissivo quanto ao procedimento da adoção. Somente a título de analogia, a Lei que dispõe sobre a Organização Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios (Lei nº 8.185, de 14 de maio de 1991), determina no inciso IV, do art. 28 que, *aos juízes da Vara da Família compete (...) autorizar a adoção de maiores.*

O procedimento da adoção de menores de 18 anos inicia-se com o requerimento do interessado que deve conter, de acordo com o art. 165, I a IV, do ECA: qualificação do requerente; se houver parentesco entre o adotado e o cônjuge, ou companheiro, do adotante isto deve ser mencionado; qualificação completa do adotando, de seus pais ou conhecidos; indicação do cartório onde se deu o nascimento do adotando, com cópia da certidão de nascimento, se houver;



declaração sobre a existência de bens, direitos ou rendimentos pertencentes ao adotando<sup>185</sup>.

É importante observar que a destituição do poder familiar deve sempre anteceder a adoção, mesmo que seja decretada na própria sentença. Em se tratando de menor abandonado, devem ser feitos todos os esforços possíveis para a localização dos pais (ECA, art. 24).

Determina o art. 50, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que o deferimento da inscrição dependerá de prévia consulta aos órgãos técnicos do Juizado, ouvido o Ministério Público, momento em que se decidirá também sobre o estágio de convivência.

O estágio de convivência é também requisito da adoção, como visto no número anterior, e possui a finalidade de comprovar a compatibilidade entre os envolvidos e a probabilidade de sucesso na adoção<sup>186</sup>. Ele será dispensado somente em duas hipóteses: quando o adotado contar com menos de um (1) ano de idade, ou quando já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a conveniência da adoção (ECA, art. 46). Neste segundo caso, ao requerer a adoção, o interessado declarará que o adotando já está sob a sua guarda, entretanto, esta declaração dependerá de prova.

Um grande problema que dificulta a rápida colocação em família substituta é a previsão, no art. 1.621, do Código Civil, da necessidade do consentimento dos pais naturais (com exceção somente nos casos de provas de que se trata de infante exposto, os pais sejam desconhecidos, ou tenham sido destituídos do poder familiar). No entanto, entende-se, que se esgotados os meios de preservação na família natural e caracterizado o abandono, deve ser destituído o poder familiar e determinada a imediata colocação em família substituta<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º vol., 23 ed.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 513.

<sup>186</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 8ª ed., 6º vol., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 345.

<sup>187</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. *In*: DIAS, Maria Berenice, PEREIRA, Rodrigo da Cunha, (Coord.). **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 136.

É também necessário, como visto nos requisitos da adoção, o consentimento do adotando se este for maior de doze (12) anos (CC, art. 1.621).

A adoção somente será constituída com o assento da sentença constitutiva, ou seja, com a sua averbação à margem do registro de nascimento do adotado (CC, art. 10, III, Lei 6.15/73, arts. 29, §1º, e, e 105)<sup>188</sup>.

### 4.3. EFEITOS

Os efeitos da adoção, que podem ser pessoais ou patrimoniais<sup>189</sup>, iniciam-se com o trânsito em julgado da sentença. Exceção é feita aos casos de adoção póstuma, hipótese em que, durante o processo de adoção - ou já declarado pelo adotante a vontade de adotar -, o mesmo vem a falecer, o que ocasiona a retroatividade dos efeitos da adoção à data do falecimento.

É efeito da adoção o rompimento automático do vínculo de parentesco com a família de origem<sup>190</sup>, e sua inserção completa na família do adotante. A finalidade da adoção é, pois, incorporar o adotado integralmente na família do adotante, como se filho consangüíneo fosse<sup>191</sup> (CC, art. 1.626).

O artigo 1.628, segunda parte, do Código Civil, estabelece que a adoção cria laços de parentesco civil entre o adotado e o adotante, e entre o adotado e os parentes do adotante, de forma definitiva, ressalvados os impedimentos matrimoniais.

Se o adotado for menor a adoção provocará a transferência definitiva e de pleno direito do poder familiar para o adotante (CC, arts. 1.630, 1.634 e 1.635, IV). Segundo Maria Helena Diniz, *o poder familiar constitui finalidade primordial da*

---

<sup>188</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23ª ed., 5º vol.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 514.

<sup>189</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 13ª ed., 5º vol., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 233.

<sup>190</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23ª ed., 5º vol.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 517.

<sup>191</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 8ª ed., vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 346.

*adoção por ter ela intuito de beneficência, como zelar pelo desenvolvimento físico, pela educação moral e pelo cultivo intelectual do adotado, porém não tem natureza de elemento essencial do ato, por ser admitida a adoção de maiores*<sup>192</sup>.

Outro efeito da adoção é que o adotado tem direito de usar os apelidos do adotante<sup>193</sup>. O art. 1.627, do Código Civil determina que *a decisão confere ao adotado o sobrenome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome, se menor, a pedido do adotante ou do adotado*. Esta regra também é mencionada no § 5º, do art. 47, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, o principal efeito da adoção é que o adotado passa a possuir o *status* de filho, e, portanto, se torna titular de todos os direitos relacionados à filiação, como, por exemplo, os direitos sucessórios, previdenciários, assistenciais, alimentares etc<sup>194</sup>.

#### **4.4. DA ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAIS**

A adoção por homossexuais é tema que não pode deixar de ser mencionado quando falamos de adoção nos dias de hoje, especialmente quando o foco é voltado para os direitos fundamentais da criança.

De fato, cada vez mais, as uniões homoafetivas estão em destaque, e, conseqüentemente em debate, pois, esse tipo de união provoca questionamentos em diversas áreas, como o reconhecimento jurídico das relações homossexuais, a discriminação no ambiente de trabalho, a procriação artificial por homossexuais, o preconceito<sup>195</sup>, dentre outros problemas relacionados ao tema. Cabe aqui,

---

<sup>192</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23ª ed., 5º vol.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 518.

<sup>193</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 13ª ed., Vol. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 233.

<sup>194</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23ª ed., 5º vol.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 519.

<sup>195</sup> MATOS, Ana Carla H., A consagração jurídica da união homossexual através da principiologia dos direitos fundamentais. *In Atualidades do direito de família e sucessões*. MADALENO, ROLF, MILHORANZA, MARIÂNGELA GUERREIRO (Coord.). Sapucaia do Sul: Notadez, 2008, p. 9.

entretanto, analisar, brevemente, a questão da adoção por homossexuais que está ligada ao reconhecimento ou não da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

O art. 1.622, do Código Civil, permite a adoção por duas pessoas desde que sejam casadas entre si ou vivam em união estável. Sendo que, o parágrafo único, deste mesmo artigo, determina que os divorciados ou separados judicialmente podem adotar conjuntamente, desde que estejam em acordo em relação à guarda e às visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.

Desta maneira, como as relações homoafetivas não são reconhecidas como união estável e como não é admitido no Brasil o casamento entre homossexuais, fica inviabilizada a adoção conjunta por homossexuais. Contudo, cabe observar que nada impede a adoção individual por qualquer membro do casal homossexual.

Como vimos, a família deixou de ser uma entidade fundada exclusivamente no matrimônio, e passou a ser vista como um ente mais amplo formado, inclusive, pelas relações de afetividade. Ou seja, a família é formada por pessoas que possuam vínculos de parentesco entre si, contudo, este vínculo pode decorrer de relações de afinidade, e não só de consangüinidade.

Nesta seara, os parágrafos 3º e 4º, do art. 226, da Constituição de 1988, admitem como família entidades não baseadas no matrimônio, ou seja, a união estável e a família monoparental (aquela formada por só um dos pais e seus filhos). Indaga-se se estas disposições são taxativas ou se são meramente exemplificativas, ou seja, se é possível estender o caráter de entidade familiar às outras formas de entidades que reúnam as características da afetividade, estabilidade e ostensibilidade, que desempenharem as mesmas funções das entidades familiares previstas na Constituição<sup>196</sup>.

---

<sup>196</sup> VILELA, Renata Dantas. A adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo sob a perspectiva civi-constitucional. In **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, 2000, v. 27, p. 168.

A esse respeito, cabe observar que a proteção da família se serve à proteção de seus indivíduos, especialmente em relação aos interesses da criança, que se estiver inserida em um ambiente favorável ao desenvolvimento de sua personalidade de forma a ter respeitada a sua dignidade, estará de acordo com os preceitos constitucionais, independentemente da forma familiar em que estiver vivendo.

Como evolução desses conceitos, a Lei Federal nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”, inovou o conceito de família em seu art. 5º:

*Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:*

*I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;*

*II - no âmbito da família, **compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;***

*III - **em qualquer relação íntima de afeto**, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.*

*Parágrafo único. **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.** (grifo nosso)*

Desta feita, a legislação e a jurisprudência vêm evoluindo para reconhecer a convivência homoafetiva como família formada pela união estável, desde que a relação seja duradoura e pública<sup>197</sup>. Há diversos precedentes reconhecendo a convivência de casais do mesmo sexo como união estável, como, por exemplo, um julgamento de dezembro de 2007, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual foi reconhecida a união estável de um casal homossexual com o fundamento de que há no nosso ordenamento uma lacuna a respeito do tema pois se admite a união estável e não se proíbe a união homossexual, então deveria ser suprida esta lacuna para se admitir a união estável de casais homossexuais, ademais, o julgado considerou que não se trata de mera sociedade de fato, pois, os conviventes não se uniram por questões econômicas mas:

*Tanto nos companheiros heterossexuais como no par homossexual se encontra, como dado fundamental da união, uma relação que se funda no amor, sendo ambas relações de índole emotiva, sentimental e afetiva. Na aplicação dos princípios gerais do direito a uniões homossexuais se vê protegida, pelo primado da dignidade da pessoa humana e do direito de cada um exercer com plenitude aquilo que é próprio de sua condição. Somente dessa forma se cumprirá à risca, o comando constitucional da não discriminação por sexo. A análise dos costumes não pode discrepar do projeto de uma sociedade que se pretende democrática, pluralista e que repudia a intolerância e o preconceito. Pouco importa se a relação é hétero ou homossexual. Importa que a troca ou o compartilhamento de afeto, de sentimento, de carinho e de ternura entre duas pessoas humanas são valores sociais positivos e merecem proteção jurídica.*

---

<sup>197</sup> FERNANDES, Jacinta Gomes. União homoafetiva como entidade familiar: Reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro. In: COUTO, Sergio, MADALENO, Rolf, MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Família notadez, direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007, p. 198.

Assim, foi reconhecida a união estável ao casal homossexual com todos os seus efeitos legais<sup>198</sup>.

Há importantes precedentes em que se reconheceu a adoção por casais homoafetivos. O primeiro caso ocorreu no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conferindo a adoção de duas crianças a um casal homoafetivo formado por duas mulheres. O juiz de primeira instância (da Comarca de Bagé/RS) julgou procedente o pedido entendendo que o reconhecimento da adoção traria para as crianças direitos de herança, de plano de saúde e de alimentos. O Ministério Público recorreu. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o relator Luis Felipe Brasil Santos entendeu que estando o casal em união estável, não haveria impedimentos para a adoção. E que:

*Como se vê, os estudos especializados não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores.*

*É, portanto, hora de abandonar de vez os preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal).*

E, por fim, decidiu que:

*Por fim, de louvar a solução encontrada pelo em. magistrado Marcos Danilo Edon Franco, ao determinar na sentença que no assento de nascimento das crianças*

---

<sup>198</sup> Apelação Cível Nº 70021637145, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/12/2007.

*conste que são filhas de L.R.M. e Li.M.B.G., sem declinar a condição de pai ou mãe.*

*Ante o exposto, por qualquer ângulo que se visualize a controvérsia, outra conclusão não é possível obter a não ser aquela a que também chegou a r. sentença, que, por isso, merece ser confirmada.*

*Nego, assim, provimento ao apelo<sup>199</sup>.*

Assim, a jurisprudência demonstrou grade avanço sobre o tema, buscando aplicar os preceitos constitucionais de proteção da criança acima dos preconceitos que obscurecem a aplicação da justiça. Por fim, é importante salientar que somente este reconhecimento, não mudaria, automaticamente, a legislação referente à adoção, sendo que, esta precisa ser revisada com cautela já que cuida de interesses sensíveis e prioritários.

### **III - DO DIREITO FUNDAMENTAL AO CONVÍVIO FAMILIAR E A ADOÇÃO À BRASILEIRA**

#### **1. DO DIREITO FUNDAMENTAL AO CONVÍVIO FAMILIAR**

Dentre os direitos da criança e do adolescente um deles é essencial para que os demais sejam possíveis: o direito à convivência familiar. Preconizado na Convenção sobre os Direitos da Criança (art. 7), na Constituição de 1988 (art. 227, *caput*), e, sobretudo, no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 4º, *caput*, e 19 a 24).

Como vimos, o conceito de família passou por diversas alterações no decorrer da história, modificando-se sempre como um reflexo da sociedade, tendo as regras

---

<sup>199</sup> TJRS, Apelação Cível, Processo 70013801592, rel. Luis Felipe Brasil Santos, 7ª Câmara, julg. em 05.04.09.



e costumes sociais sempre espelhados nas regras e costumes familiares. Antes de 1988, as normas fundamentais a respeito da família estavam no Código Civil de 1916, que apenas considerava como família a entidade formada pelo casamento.

Atualmente, a sociedade tem valorizado o afeto, muitas vezes, acima das relações biológicas, e, sobretudo das patrimoniais. Desta maneira, pode-se dizer que a família contemporânea é aquela concebida como a *entidade socioafetiva que tem o dever de afeto e cooperação entre seus membros*<sup>200</sup>. Ademais, a família é considerada pela Constituição (estatuto regente de todo o ordenamento jurídico brasileiro<sup>201</sup>) como a base da sociedade, merecedora de especial proteção do Estado (art. 227, da Constituição); é o ente responsável por prover a seus membros a educação, os direitos à vida, à dignidade, à saúde, ao lazer, ao respeito etc. Desta maneira, o legislador constitucional confere à família elevada importância, e por isso, garante ampla proteção ordenando ao legislador infraconstitucional e a toda sociedade que a valorize e lute por sua manutenção baseada no amor e no afeto.

Assim sendo, todos têm o direito de fazer parte de uma família, e este direito denomina-se “direito à convivência familiar”, que garante a toda criança e a todo adolescente o direito de ser criado no seio de uma família natural ou substituta. Assim dispõe o art. 19, do Estatuto da Criança e do Adolescente: *Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.*

Desse modo, as crianças devem viver com seus pais e, na falta destes, as autoridades devem providenciar para que elas sejam inseridas numa família substituta.

---

<sup>200</sup> CHANAN, Guilherme Giacomelli. As entidades familiares na Constituição Federal. In: **Revista Brasileira de direito de família**. Ano IX, nº 42, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2007, p. 47.

<sup>201</sup> BASTOS, Celso Ribeiro Bastos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 64.

Por isto, fica proibida a estada definitiva de uma criança em abrigos ou quaisquer instituições que executem este papel, pois as crianças têm o direito de ser criadas e educadas em um ambiente familiar. O Estatuto da Criança e do Adolescente determina que a colocação em instituições de abrigo sejam provisórias e aconselha a colocação em família substituta quando esgotadas as possibilidades de manutenção na família natural (art. 101, parágrafo único). No entanto, crianças e adolescentes continuam permanecendo por longo período nessas instituições, o que provoca sérios malefícios, uma vez que a falta de identificação e de afeto conduz a um *quadro identificado como 'hospitalismo', manifestado em crianças abrigadas em instituições, sem afastar a possibilidade de desenvolver um quadro 'psicotizante' pela falta de uma segura referência materna e familiar*<sup>202</sup>.

Somente em casos excepcionais, como crianças que possuem problemas físicos ou mentais, ou ainda, que por conta da idade acabaram ficando no abrigo por falta de quem os quisesse adotar, é que poderá ser permitida esta estada definitiva, mas, mesmo assim, autoridades devem utilizar todos os meios possíveis de tentar inseri-las numa família<sup>203</sup> que possua um ambiente propício para seu desenvolvimento saudável, digno, e, segundo o art. 19, do Estatuto da Criança e do Adolescente, “livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”, conforme já mencionado anteriormente.

O direito à colocação em família substituta se insere no direito à convivência familiar, que é um direito que deve ser assegurado com prioridade absoluta, assim considerado pela Constituição de 1988, em seu art. 227, e também, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 4º.

Com sabedoria ensina Gustavo Tepedino<sup>204</sup> sobre a importância do papel familiar para o desenvolvimento de seus membros: *A disciplina jurídica da família e da filiação antes se voltava para a máxima proteção da paz doméstica,*

---

<sup>202</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice, PEREIRA, Rodrigo da Cunha, (Coord.). **Direito de família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 135.

<sup>203</sup> MELO JÚNIOR, Samuel Alves de. Direito à convivência familiar. In: BENEDITO, Ademir de Carvalho (Org.). **Infância & cidadania**. São Paulo: InorAdopt, 1999, p. 108.

<sup>204</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação. In: TEIXEIRA, Fábio de Oliveira (Coord.). **Direito de família e do menor: Inovações e tendências – doutrina e jurisprudência**. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 231.

*considerando-se a família como um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial. Hoje, ao revés, não se pode ter dúvida quanto à funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana e, em particular, da criança e do adolescente<sup>205</sup>.*

Como vimos, a família pode ser natural ou substituta. A natural, também chamada de biológica, é constituída por vínculos de sangue. É, em regra, a instituição mais competente para o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente e deve ser considerada em primeiro lugar para tal missão, uma vez que é titular do afeto que, normalmente, é inestimável, infinito, e é o único vínculo definitivamente inseparável do indivíduo pelos laços de sangue que lhe deram origem. Contudo, muitas vezes a família natural não cria nada mais do que vínculos de sangue, isto é, os laços familiares ficam somente restritos ao aspecto biológico e não afetivo. Outras vezes, por questão de morte dos pais ou qualquer outro motivo uma criança pode acabar abandonada por sua família. Será, especialmente, nestes momentos que a família substituta se faz necessária e assume papel fundamental na vida de inúmeras crianças.

A família substituta é aquela formada através de guarda, tutela ou adoção<sup>206</sup>. Quando não for possível a manutenção da criança ou adolescente na família natural, seja qual for o motivo, a família substituta será o caminho definitivo ou provisório, dependendo de cada caso. A guarda e a tutela prestam-se a atender esses casos, ainda que de uma forma provisória e limitada. A guarda se destina à prestação de assistência material, moral e educacional, sem a destituição do poder familiar (arts. 1.583, e s. do Código Civil). Haverá a tutela quando falecerem os pais ou forem estes julgados ausentes, ou então, nos casos de eles decaírem do poder familiar. Além de administrar os bens do tutelado, o tutor deve educá-lo, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, ou seja, deve cumprir os deveres que caberiam aos pais (art. 1.740,

---

<sup>205</sup> refere-se o autor à Constituição de 1988.

<sup>206</sup> A curatela não foi aqui mencionada como forma de inclusão em família substituta por representar um instituto próprio à administração de bens do maior incapaz que não possui o necessário discernimento para os atos da vida civil. Está definida nos arts. 1.767 e seguintes, do Código Civil.

do Código Civil). Já a adoção (arts. 1.618, e s. do Código Civil) é uma modalidade especial de filiação que busca imitar a família natural<sup>207</sup>.

De uma forma ou de outra, a criança tem o direito a crescer e se tornar cidadão em uma família. A entidade familiar, como já dissemos, é encarada por todos como a base da sociedade, como o local mais apropriado para o pleno desenvolvimento da pessoa humana. É considerada *o primeiro agente socializador do ser humano*<sup>208</sup>.

Atualmente a família é pautada por três princípios: o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade e o da igualdade<sup>209</sup>. O princípio da dignidade humana, no âmbito familiar, significa a possibilidade de garantir a seus membros uma referência, um lugar no mundo em que encontrem proteção, respeito e compreensão de pessoas com quem possuem afinidade e lealdade.

O legislador é sensível a isso e absorve esses princípios englobando-os à legislação. Um exemplo disso é o parágrafo único do art. 53, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe que os pais ou responsáveis têm o direito de ser cientificados do processo pedagógico e também de participar das propostas educacionais. Essa integração “família-escola” é essencial para o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente<sup>210</sup>. Importante salientar que, o planejamento familiar, previsto no § 7º, do art. 226, da Constituição, envolve o planejamento educacional que cada família proverá às suas crianças e adolescentes. Ou seja, os pais, prioritariamente, decidirão sobre qual será o gênero de educação que seus filhos receberão<sup>211</sup>. Essa prerrogativa é, além de um direito, um dever que os pais têm em relação a seus filhos, preconizado na Constituição da República e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Ou seja, só é

---

<sup>207</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Direito de família**. 6ª ed., vol. 6, São Paulo: Atlas, 2006, p. 279.

<sup>208</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 125.

<sup>209</sup> LÔBO, Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: Para além do *numerus clausus*. In: **Revista brasileira de direito de família**. Ano III, nº 12, Porto Alegre, IBDFAM, 1999, p. 44.

<sup>210</sup> SCHARGEL, Franklin P., SMINK, Jay. **Estratégias para auxiliar o problema de evasão escolar**. Trad.: Luiz Frazão Filho, Rio de Janeiro: Dunya, 2002, p. 45.

<sup>211</sup> MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 159

possível educação plena se a criança ou adolescente estiver inserida em uma família, sendo que, o legislador estatutário ao tratar de educação pressupõe a existência dessa família.

Toda família teve um passado e vive um presente de acordo com regras que foram sendo transmitidas de geração em geração. Com isso, *a família constrói sua realidade através da história compartilhada de seus membros e caberá ao Direito, diante das novas realidades alternativas, criar mecanismos de proteção visando especialmente às pessoas em fase de desenvolvimento*<sup>212</sup>.

Na família, as pessoas vivem de acordo com uma identidade, a saber: identidade de mãe, de irmão, de pai, ou de filho sendo que, a partir daí elas se identificam perante a própria sociedade e vivem como seres humanos. Ademais, vale lembrar que o direito à identidade é um direito da personalidade<sup>213</sup>. Nesse ponto, perfeita a colocação de Tânia da Silva Pereira: *O ser humano é ele e suas circunstâncias*<sup>214</sup>.

A convivência familiar deve se submeter a uma série de normas que visam à garantia de sua existência saudável e duradoura, com base nas perspectivas Constitucionais de igualdade e dignidade. Um dos reflexos da convivência familiar é o poder familiar (antigo pátrio poder), que é *o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e a seus bens*<sup>215</sup>. Ou seja, é a possibilidade de os pais, em igualdade de condições, exercerem os deveres de sustento, guarda e educação dos filhos menores (art. 1.634, do Código Civil).

---

<sup>212</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da criança e do adolescente: A convivência familiar e comunitária como um direito fundamental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 656.

<sup>213</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 124.

<sup>214</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da criança e do adolescente: A convivência familiar e comunitária como um direito fundamental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 663.

<sup>215</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de família**. 6ª ed., 6º vol., São Paulo: Atlas, 2006, p. 319.

Com base no reconhecimento do direito à convivência familiar como direito fundamental é que surge o questionamento quanto ao tema da adoção “à brasileira”, que consiste no registro falso de filiação. Ou seja, fora dos trâmites legais, discute-se sobre a viabilidade da desconstituição do vínculo de filiação mesmo depois de constituído o vínculo afetivo entre adotante e adotado, o que desrespeitaria o direito à convivência familiar da criança adotada.

## **2. DA ADOÇÃO “À BRASILEIRA”**

### **2.1. DA ADOÇÃO “À BRASILEIRA” E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição de 1988), preconizado em nosso sistema como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ilumina a legislação infraconstitucional, a jurisprudência, e inspira a doutrina na interpretação e aplicação dos institutos jurídicos de acordo com a moralidade, eticidade e a valorização da pessoa como membro da sociedade e da família. Com base nesse novo paradigma é que devemos fazer a interpretação do instituto da adoção “à brasileira” nos dias atuais.

A adoção “à brasileira”, ou adoção simulada, ou ainda, adoção de fato, é o ato de registrar filho alheio como seu, sem os devidos trâmites legais. Ela se difere da adoção até o momento analisada, porque não se submete ao regular procedimento a que deveria se submeter. O adotante simplesmente registra uma pessoa como seu filho sem participar do processo de adoção, do estágio de convivência e sem comprovar qualquer idoneidade para constituir uma relação de filiação.

Trata-se, na realidade, do “crime nobre” de falsificação do registro de nascimento, que é, no entanto, socialmente aprovada por razões de

solidariedade<sup>216</sup>, uma vez que, normalmente, a *reconhecida nobreza* está presente no ato daquele que busca, com a falsa adoção, constituir uma família.

Como veremos, a conduta é definida como crime no art. 242, do Código Penal: *Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena: reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.*

Embora a adoção “à brasileira” seja um crime, não se pode negar que gera conseqüências jurídicas e sociais que não podem ser ignoradas pelo aplicador do direito. O fato é que, em regra, o registro falso de filiação gera uma relação de parentesco entre a família do “*adotante*” e o “*adotado*”, bem como, uma aparência perante a sociedade que pode configurar posse de estado de filho. Esta, como visto anteriormente, gera a paternidade socioafetiva, que não pode ser desconstituída pela mera vontade dos envolvidos, por tratar-se de matéria relevante de direito de família, e, portanto, de ordem pública.

Essa relação de filiação gera todos os efeitos normais do poder familiar. Assim, o adotado tem o direito de ser criado e educado com dignidade na família que o acolheu, devendo a ela obediência e respeito<sup>217</sup>. Neste sentido, afirma Débora Gozzo:

*Aquele que tiver sido integrado à família de outrem por meio da chamada adoção “à brasileira”, para todos os efeitos legais, ainda que falsa e aparentemente, será considerado filho daquele que constar de seu registro como pai ou mãe. Esse estado de filho, resultante do vínculo de parentesco que surge, nesta hipótese, a partir do registro, garante ao seu titular todos os direitos e respectivos deveres decorrentes desse fato. Enquanto menor ele terá o direito de ser, por*

---

<sup>216</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto, A repersonalização das famílias. *In: Revista brasileira de direito de família*. V. 6, n. 24, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2004, p. 153.

<sup>217</sup> GOZZO, Débora. A anulação do registro na adoção à brasileira e a dignidade do adotado. *In: Revista mestrado em direito*, ano 4, n. 4 (2001), Osasco: Edifio, 2004, p. 15.

*exemplo, criado, sustentado (alimentos) e educado por seu genitor. Deverá, entretanto, respeito e obediência a este.*

*(...)*

*Em linhas gerais, sendo a dignidade humana um dos princípios formadores do Estado brasileiro, por conseguinte diretriz de todo o ordenamento, constata-se que o direito de um filho ter estabelecida sua paternidade é, aqui, um ponto central no presente tema. A partir dessas premissas não há como desconsiderar que, apesar da prática do crime, criou-se, perante o ordenamento, um vínculo de parentesco entre o que declara ser pai, sem biologicamente sê-lo, e o que, por conta dessa declaração, passou a carregar o status familiae de filho daquele<sup>218</sup>.*

Desta maneira, ressalta-se que o adotado tem um direito fundamental a que a adoção seja mantida. Este direito fundamental se consubstancia principalmente no direito à convivência familiar e no direito à dignidade da criança.

Além da doutrina, o Superior Tribunal de Justiça, também tem enfrentado a questão da adoção “à brasileira” inserindo-a no contexto da filiação socioafetiva. O Recurso Especial nº 833712/RS<sup>219</sup> aponta que a adoção “à brasileira” *caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor.*

Neste mesmo julgamento, o STJ reafirma o conteúdo do art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao pronunciar que o *reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. Assevera,*

<sup>218</sup> GOZZO, Débora. A anulação do registro na adoção à brasileira e a dignidade do adotado. *In: Revista mestrado em direito*, ano 4, n. 4 (2001), Osasco: Edifio, 2004, p. 15.

<sup>219</sup> Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 347.



também, que, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da Constituição de 1988, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo não só o direito à identidade biológica, mas também, o direito à identidade pessoal. E aconselha aos demais aplicadores do direito que *nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões.*

Em muitos casos, o STJ tem julgado pela manutenção do vínculo de filiação estabelecido pela adoção “à brasileira”<sup>220</sup>. Nesse sentido, afirma expressamente que ***se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica***<sup>221</sup>. (grifo nosso)

Com efeito, esta interpretação do STJ reflete os mandamentos constitucionais de dignidade da pessoa humana e respeito aos direitos fundamentais. Com relação à criança e ao adolescente a manutenção do vínculo de filiação, mesmo quando constituído de forma irregular, garante o direito ao convívio familiar, previsto no art. 227, *caput*, da Constituição de 1988.

Ressalte-se que, os direitos dispostos no art. 227, *caput*, da Constituição da República, devem ser considerados direitos fundamentais, uma vez que esses direitos não se esgotam no art. 5º, sendo que, o art. 227 fala em prioridade absoluta, ou seja, em relação a todos os direitos e não somente os não fundamentais. Outro aspecto que determina seu caráter de fundamental, é que o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que garante de forma ampla, porém não tão detalhada, os mesmos direitos previstos na Constituição<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> Exemplos: REsp 119.346/GO, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 01/04/2003, DJ 23/06/2003, p. 371; REsp 833.712/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 347; REsp 878.941/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 267.

<sup>221</sup> REsp 878.941/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 267.

<sup>222</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice, PEREIRA, Rodrigo da Cunha, (Coord.). **Direito de família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 128.

## 2.2. DA ADOÇÃO “À BRASILEIRA” COMO CRIME

Como visto, a adoção “à brasileira” é considerada crime por nosso ordenamento jurídico e tipificada pelo Código Penal como “parto suposto”. A criminalização da conduta advém do Direito Português, desde as Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil até 31 de dezembro de 1.916 e já previam o crime de parto suposto. O Título LV dizia que:

*O crime do parto supposto eh acompanhado de muitos outros, e em grande dano da República.*

*Por tanto mandamos, que toda a mulher, que se fingir ser prenhe, sem o ser, e der o parto alheio por seu, seja degradada para o Brazil, e perca todos seus bens para nossa Corò.*

*E as mesmas penas haverão as pessoas, que ao tal crime derem favor, ajuda ou conselho.*

No Código Penal Brasileiro, na sua redação original, o crime de parto suposto era tipificado como:

*Dar parto alheio como próprio; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena – reclusão, de dois a seis anos. Parágrafo único: se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena – detenção, de um a dois anos.*

Contudo, em 1981, buscando beneficiar os autores do falso registro de nascimento com possibilidade do perdão judicial, a Lei nº 6.898 alterou o art. 242 para incluir em sua redação o registro de filho alheio como próprio. Até 1981, esta conduta era enquadrada somente no art. 299 – *falsidade ideológica em assentamento do registro civil* -, no entanto, quando praticada por motivo de reconhecida nobreza (por falta do dolo subjetivo exigido pelo art. 299) era considerada fato atípico. Desta forma, atualmente o casal que registra como seu, filho de outrem, por motivo de reconhecida nobreza incorre na conduta do art. 242, podendo se beneficiar somente do perdão judicial ou do privilégio da pena menor.

Sua conduta, porém, não deixa de ser típica. Quanto ao crime de falsidade este fica absorvido por ser geral em relação ao crime estudado que é, por sua vez, especial.

Assim, atualmente o art. 242, do Código Penal Brasileiro dispõe que:

*Dar parto alheio como próprio; registrar como seu filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena – reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos. Parágrafo único. Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.*

Conclui-se com isso, que a adoção “à brasileira” não é espécie de adoção<sup>223</sup>, mas sim um crime, podendo ser considerada adoção somente aquela constituída por sentença judicial.

O crime consuma-se no momento do registro, sendo admissível a tentativa. É cabível, no caso do parágrafo único (ter sido o crime cometido por motivo de reconhecida nobreza) a suspensão condicional do processo do art. 89, da Lei nº 9.099/95, caso em que o processo ficará suspenso por dois a quatro anos desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime e que não seja reincidente em crime doloso. Deve ser analisada, também, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias em que o crime foi praticado (art. 77, Código Penal). Podendo ainda ser aplicada pena restritiva de direitos, se couber (art. 44, Código Penal)<sup>224</sup>.

A objetividade jurídica do crime é o estado de filiação. Trata-se de *tipo misto cumulativo e alternativo*<sup>225</sup>, ou seja, são previstas três condutas: *dar parto alheio como próprio, registrar como seu filho de outrem e ocultar ou substituir recém-*

---

<sup>223</sup> GOZZO, Débora. A anulação do registro na adoção “à brasileira” e a dignidade do adotado. *In: Revista mestrado em direito*, p. 14.

<sup>224</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 713.

<sup>225</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 712.

*nascido*. É, ainda, acrescida a todas a conseqüências de suprimir ou alterar direito inerente ao estado civil. Desta forma, se o agente praticar as três condutas cumulativamente, responderá pelas três em concurso material. No caso da última (*ocultar ou substituir recém-nascido*) é que pode praticar uma ou as duas e responderá por um crime só<sup>226</sup>.

Quanto aos sujeitos do crime, pode ser sujeito ativo qualquer pessoa (sendo só a mulher na primeira figura) e sujeito passivo o Estado e as pessoas eventualmente prejudicadas pelo registro. Cabe esclarecer que, a mãe que dá o filho para que um casal o registre como próprio não comete o crime do art. 242, já que o filho é seu e não de “outrem”<sup>227</sup>.

Muito embora, exista divergência doutrinária a respeito do dolo<sup>228</sup>, entende-se que para a configuração do delito requer-se o dolo específico de suprimir ou alterar registro civil. Todavia, no que tange à conduta específica que nos interessa no presente trabalho, ou seja, *registrar como seu o filho de outrem*, o dolo está na vontade livre e consciente de registrar<sup>229</sup>. No mais, não se admite o crime na forma culposa.

Cabe observar que, a sentença criminal não influenciará a civil no que diz respeito à anulação ou não da “adoção”, e nem deveria, pois embora reconhecida a existência do crime cometido pelo “adotante” o aplicador do direito deve estar atento ao interesse primordial da criança (art. 227, da Constituição de 1988), que, provavelmente, tem o “adotante” como referência de sua identidade pessoal, devendo, inclusive, carregar seu nome de família. Ademais, a pessoa poderia, para eximir-se de responsabilidade, obter êxito, alegando sua própria torpeza.

Não há que se negar, portanto, que, muito embora, a formação da “adoção” tenha ocorrido pela prática de um crime, houve também, com o decorrer do tempo a formação de um forte vínculo de parentesco que não pode ser desconstituído,

---

<sup>226</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 712.

<sup>227</sup> JESUS, Damásio E. de, **Código Penal anotado**. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 821.

<sup>228</sup> DELMANTO, Celso... [et al]. **Código Penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 509.

<sup>229</sup> DELMANTO, Celso... [et al]. **Código Penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 509.

lembrando que deve sempre ser levado em conta o princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança.

## **2.3. DA IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO E DA ANULAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO NA ADOÇÃO “À BRASILEIRA”**

### **2.3.1. DA IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO**

Como visto, a adoção prevista no Código Civil e complementada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente inclui o adotado completamente na família adotante, sendo conferida a ele igualdade de tratamento em relação aos demais filhos.

Uma característica importante do instituto da adoção em nosso ordenamento é a preconizada no art. 48, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que proíbe a revogação da adoção depois de constituída (como visto, a adoção estará constituída a partir do registro da sentença constitutiva no Cartório de Registro Civil). Dispõe o art. 48: *A adoção é irrevogável.*

O Código Civil de 1916, em seu art. 373, permitia a possibilidade da revogação da adoção por vontade do adotado no ano imediato em que completasse a maioridade ou cessasse a interdição. Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, esta regra precisou ser alterada, pois, com ela houve importantes mudanças principiológicas baseadas principalmente na dignidade da pessoa humana, sendo que, a possibilidade de revogação da adoção, depois de constituída, feriria diretamente a dignidade do adotado e as expectativas do adotante.

O art. 1º, da Lei 8.560 de 1992, que trata sobre a investigação de paternidade, determina que o reconhecimento dos filhos nascidos fora do casamento é irrevogável, e dispõe no inciso I, do mesmo dispositivo, que uma das formas do reconhecimento é através do registro. Ademais, o art. 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe que o reconhecimento do estado de filiação é um direito

*personalíssimo, indisponível e imprescritível*, e pode ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

O Código Civil de 2002 se omite quanto à revogabilidade da adoção depois de constituída. Ele somente menciona a matéria no § 2º, do art. 1.621, permitindo a revogação do consentimento até a publicação da sentença constitutiva.

O Projeto de Lei nº 276/2007, inclui o §4º no art. 1.618, do Código Civil, incorporando ao seu texto o conteúdo do art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, busca suprir a lacuna atualmente existente no Código Civil.

Desta forma, a possibilidade de revogação da filiação colocaria em risco a segurança das relações familiares que é tão importante para a fixação da personalidade. Assim, com base em uma tutela essencialmente promocional e ampla que busca a garantia do desenvolvimento do ser humano, bem como, decorrente do próprio sistema de tutela da personalidade, não é possível atribuir à questão soluções meramente reparatórias ou sancionatórias<sup>230</sup>, mas sim a impossibilidade de desconstituição do estado de filiação e a repulsa a qualquer tentativa em sentido contrário.

### **2.3.2. DA IRREVOGABILIDADE DAS ADOÇÕES REALIZADAS ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

No tocante à irrevogabilidade da adoção, existe um questionamento doutrinário referente à possibilidade de revogação das adoções ocorridas antes da Constituição de 1988, uma vez que somente após a Constituição de 1988, juntamente com a disposição expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente, é que as adoções no Brasil passaram a ser manifestamente irrevogáveis.

Como visto, um dos efeitos da adoção é que o adotado passa a integrar a família do adotante como filho, de forma definitiva e irrevogável (ECA, art. 48, e CC,

---

<sup>230</sup> ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *In Revista brasileira de direito de família*. V. 8, n. 39, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2007, p. 72.

arts. 1.630, 1.634 e 1.635), sendo que nem a destituição do poder familiar dos novos pais, nem a morte restabelecerá o poder familiar dos genitores naturais (CC, art. 1.626 e ECA, art. 49).

Entretanto, sob o amparo do princípio do *tempus regit actum* e a irretroatividade das leis, o STJ, no julgamento do REsp nº 26.834-9 RJ<sup>231</sup>, defendeu a revogabilidade das adoções realizadas antes do Estatuto da Criança e do Adolescente, desconsiderando o princípio constitucional da igualdade entre os filhos.

Contudo, a doutrina afirma que a Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente têm incidência imediata sobre todas as adoções, inclusive as realizadas antes de sua entrada em vigor, sob o fundamento de que não há direito adquirido em relação a um regime jurídico de um instituto de direito como a adoção<sup>232</sup>.

Sérgio Gischkow Pereira defende a aplicação imediata das normas que tratam sobre o estado da pessoa e da promulgação da Constituição de 1988 em face do Código Civil no que tange à adoção, discorrendo que:

*Nos pretórios, os arestos sobre a questão sucessória tem proclamado a igualdade do adotivo perante os filhos biológicos, mesmo sendo a adoção pelo sistema do Código Civil e anterior à CF/88.*

(...)

*Resta desejar que a resistência emocional e passional à igualdade dos adotivos anteriores à Constituição termine por ceder diante da contundência e caráter pacífico das opiniões doutrinárias e dos tribunais, de resto – o que é relevantíssimo – amparadas em uma visão mais profunda na perspectiva ética na real nobreza de sentimentos e afetos.*<sup>233</sup>

---

<sup>231</sup> REsp 26.834-9/RJ, quarta turma, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA.

<sup>232</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. A adoção e o direito intertemporal. In: **Igualdade**. Nº 12, Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2004, p. 1.

<sup>233</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. A adoção e o direito intertemporal. In: **Igualdade**. Nº 12, Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2004, p. 4.

Assim, apesar do Código Civil ser posterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente e à Constituição, esta deve prevalecer, uma vez que é hierarquicamente superior na concepção Kelseniana sobre a estrutura de normas jurídicas.

O art. 227, § 6º, da Constituição de 1988, garante a igualdade plena entre filhos havidos ou não da relação de casamento. Princípio também prestigiado pelo Código Civil, no art. 1.596. Então, da mesma forma que não se pode renunciar ao poder familiar que os pais naturais têm sobre seus filhos (CC, art. 1.630 e s.), o mesmo ocorre na nova relação familiar formada pela adoção. Busca-se, conforme o sistema atual, através do instituto da adoção, imitar a natureza, sendo, portanto, totalmente incompatível a possibilidade de revogação de qualquer tipo de adoção, tendo sido ela constituída antes, ou depois, da Constituição de 1988.

Ademais, dispõe o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que *na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*. Ou seja, se no ordenamento vigora o princípio fundamental da igualdade, este deve prevalecer sobre o princípio do *tempus regit actum* e sobre o princípio da irreatividade das leis, como quis o STJ. Deve, portanto, ser feita interpretação alargada do art. 227, §6º, da Constituição. Neste sentido, afirma Sérgio Gischkow Pereira:

*Acatar a plenitude de efeitos da adoção sem limites de idade é favorecer a maturidade ética da humanidade, por via da melhor abertura da família aos que originalmente não a integram.*<sup>234</sup>

Com efeito, a interpretação deve ser ampla, pois condiz com os princípios gerais de direito e, especialmente, com o princípio da dignidade da pessoa humana. Com a Constituição de 1988, o princípio da igualdade passa a nortear todos os dispositivos legais, os posteriores ou os anteriores à sua promulgação. Pois, desta forma, o conceito de igualdade em matéria de filiação deve garantir uma nova

---

<sup>234</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas considerações sobre a nova adoção. **Revista aJuris**, nº 53, p. 78.



perspectiva no cenário positivo brasileiro<sup>235</sup>, perspectiva esta de garantia de princípios basilares da humanidade.

### 2.3.3. DA ANULABILIDADE DA ADOÇÃO “À BRASILEIRA”

A importância e as implicações da análise do art. 48, do Estatuto da Criança e do Adolescente está na possibilidade ou não de revogar a adoção quando a mesma for irregular, como no caso da adoção “à brasileira” (ou adoção simulada), que é o ato de registrar filho alheio como seu, com a finalidade de obter uma adoção sem enfrentar um processo judicial de adoção<sup>236</sup>.

Contudo, ainda que a adoção não seja regular, constituindo, sobretudo, um crime, o Código Penal não impõe ao seu autor a pena de desconstituição da “adoção”. Desta maneira, surgem os seguintes questionamentos: a adoção “à brasileira” deve ser anulada? É legítimo, por nosso atual sistema, em que vigoram os princípios da primazia do interesse da criança e da supremacia da dignidade da pessoa humana, que a filiação seja desconstituída nestes casos?

A doutrina, e, principalmente, a jurisprudência, vêm buscando estas respostas, e muitas vezes vêm admitindo que, apesar de a adoção “à brasileira” constituir um crime, ela também cria uma relação de filiação, fazendo nascer uma família ou aumentando uma já existente, devendo, pois, prevalecer a filiação socioafetiva gerada desta situação<sup>237</sup>. O erro de quem pratica a adoção “à brasileira” não está na finalidade buscada, mas sim, no caminho escolhido para alcançá-la.

O grande problema é a possibilidade ou não de anulação da filiação socioafetiva depois de estabelecida. Deve-se levar em conta que sendo este vínculo

---

<sup>235</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual. *In: Igualdade*. Nº 8, p. 19.

<sup>236</sup> GOZZO, Débora. A anulação do registro na adoção à brasileira e a dignidade do adotado. *In: Revista mestrado em direito*, ano 4, n. 4 (2001), Osasco: Edifio, 2004, p. 13.

<sup>237</sup> TJRS, Apelação Cível nº 70007470297, RELATOR: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julg. em 10/12/2003.

totalmente fático, existe a possibilidade de seu desaparecimento *a posteriori*, pois, as relações pessoais são imprevisíveis e passíveis de desentendimento<sup>238</sup>.

A desconstituição posterior da filiação socioafetiva, não é admissível porque o direito pátrio reconhece a cláusula geral de tutela da personalidade humana que seria violada se fosse possível essa reversão, uma vez que a filiação é fundamental na formação da identidade do indivíduo, essencial, portanto, à sua personalidade<sup>239</sup>. Ademais, o STJ já decidiu que:

*O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil.*<sup>240</sup>

Desta maneira, permitir que o sujeito alegue a seu favor a sua própria torpeza é estratégia não prestigiada por nosso sistema. Outrossim, esta possibilidade iria contra os interesses do adotado que tem direito à segurança de suas relações familiares sob pena de provocar sérios danos à sua personalidade e capacidade de identificação com parâmetros paterno-filiais<sup>241</sup>. Se o ato de vontade do que registrou foi realizado por mera liberalidade, de forma espontânea, este não deve ser anulado, neste sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Pará:

*A autora-apelada concordou em assumir voluntariamente a maternidade, mesmo sabendo que a criança não era sua filha*

---

<sup>238</sup> ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *In: Revista brasileira de direito de família*. V. 8, n. 39, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, dez/jan 2007, p. 53-54.

<sup>239</sup> ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *In: Revista brasileira de direito de família*. V. 8, n. 39, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, dez/jan 2007, p. 75.

<sup>240</sup> REsp 878.941/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 267.

<sup>241</sup> GOZZO, Débora. A anulação do registro na adoção “à brasileira” e a dignidade do adotado. *In: Revista mestrado em direito*. Ano 5, n. 5 (2005), Osasco: Edifício, 2005, p. 16.

*biológica, não podendo agora, passado quase quarenta anos da efetivação de tal ato e após a morte do marido, pretender a anulação do registro.*

*II Improcedência da anulatória do registro de nascimento, uma vez que não demonstrado induzimento que pudesse ter comprometido a espontaneidade do ato registral. E o registro realizado, como ato perfeito e acabado é irrevogável (CC, art.1609).*

*III Neste prisma, verifica-se que não restou demonstrada a alegação de erro substancial no momento em que a paternidade foi registrada. Ademais, com o tempo restou configurada a paternidade sócio-afetiva, que prevalece mesmo na ausência do vínculo biológico.<sup>242</sup>*

Sobre a questão da desconstituição da adoção “à brasileira” Antonio Sampaio Peres<sup>243</sup> faz breve análise da possibilidade, ou não, da adoção “à brasileira”, tendo em vista a antiga disposição dos artigos 178, §9º, VI<sup>244</sup> e 362<sup>245</sup>, do Código Civil de 1916, e sua interpretação pelo Superior Tribunal de Justiça. Ocorre que, no julgamento do Recurso Especial nº 38.856-2-RS<sup>246</sup>, o STJ decidiu que passados os quatro anos a que se referem ambos os artigos, sem qualquer manifestação quanto ao reconhecimento de filho, *mesmo a impugnação fundada na inveracidade da declaração do perfilhante (falso ideológico)*, fica inviabilizada a desconstituição do ato de reconhecimento, tornando definitiva a relação de parentesco entre reconhecente e reconhecido.

Esta interpretação representa exceção legal ao princípio da imprescritibilidade das ações relativas ao estado das pessoas. Não havendo que se falar em *nulidade* das questões relativas ao estado, uma vez que se trata de exceção à regra de

<sup>242</sup> Ap. Cível, Acórdão nº 69884, 4ª Câm., Rel. ELIANA RITA DAHER ABUFAIAD, julg. 01/01/2008.

<sup>243</sup> PERES, Antonio Sampaio. Registro civil. Falso ideológico. Adoção à brasileira. Prescrição ou decadência. In: COUTO, Sérgio (Coord.). **Nova realidade do direito de família**. Tomo 2, Rio de Janeiro: COAD: SC Editora Jurídica, 1999, p. 5.

<sup>244</sup> Art. 178. Prescreve: (...) §9º Em 4 (quatro) anos: (...) VI – a ação do filho natural para impugnar o reconhecimento; contado o prazo do dia em que atingir a maioridade ou se emancipar.

<sup>245</sup> Art. 362. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, dentro nos 4 (quatro) anos que se seguirem à maioridade, ou emancipação.

<sup>246</sup> 21-06-1994 – Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

prescrição deste tipo de ação. Afirma Antonio Sampaio Peres<sup>247</sup> que *decorrido aquele prazo prescricional ou decadencial, nem o DNA pode ser admitido. O “falso” torna-se “verdadeiro” nos seus efeitos e conseqüências. E conclui: O status do perfilhado, ainda que “falso”, não pode ser desconstituído. Incorpora-se ao seu patrimônio moral. Consolidada-se uma situação jurídica definitiva pelo decurso do tempo. Sepultada está a pretensão de desconstituí-la.*

A interpretação jurisprudencial trazida por Antonio Sampaio Peres<sup>248</sup> é de fundamental importância, pois, apresenta precedente do STJ, que reconheceu a impossibilidade, mesmo na ocorrência de adoção “à brasileira”, de desconstituição do vínculo formado pelo reconhecimento de paternidade se transcorridos os prazos prescricionais ou decadenciais fixados pelo Código Civil de 1916. Desta maneira, mesmo antes do Código Civil de 2002, já não era possível a desconstituição do vínculo de filiação formado por manifestação espontânea do perfilhante.

Ainda quanto à desconstituição do vínculo parental, Leila Maria Torraca De Britto<sup>249</sup> fez interessante estudo jurisprudencial realizado em 2006 nos diversos Tribunais de Justiça dos estados brasileiros sobre a questão da possibilidade ou não da desconstituição da paternidade nas ações negatórias de paternidade, quando o pai registral assumiu livremente este compromisso, constatando que os Tribunais não são unânimes quanto ao tema.

Na pesquisa mencionada, a autora destacou os principais argumentos que serviram de fundamento para os diversos acórdãos. Afirma a autora que, *algumas de nossas Cortes firmam posição de que o reconhecimento jurídico da paternidade tem como fundamento o critério socioafetivo, concluindo que os vínculos parentais se definem mais pela verdade social do que pela realidade biológica. Para esse grupo, comprovado o estado de filho, a situação pode ser considerada como*

---

<sup>247</sup> PERES, Antonio Sampaio. Registro civil. Falso ideológico. Adoção à brasileira. Prescrição ou decadência. In: COUTO, Sérgio (coord.). **Nova realidade do direito de família**. Tomo 2, Rio de Janeiro: COAD: SC Editora Jurídica, 1999, p. 5.

<sup>248</sup> PERES, Antonio Sampaio. Registro civil. Falso ideológico. Adoção à brasileira. Prescrição ou decadência. In: COUTO, Sérgio (Coord.). **Nova realidade do direito de família**. Tomo 2, Rio de Janeiro: COAD: SC Editora Jurídica, 1999, p. 5.

<sup>249</sup> BRITTO, Leila Maria Torraca de. Negatória de paternidade e anulação de registro civil: certezas e instabilidades. In: **Revista brasileira de direito de família**. Ano VIII, n. 36, Porto Alegre: Síntese, 2006, p. 12.

*semelhante à adoção à brasileira, sendo o reconhecimento espontâneo da paternidade irrevogável, inexistindo, nesses casos, vício de consentimento no ato registral. O outro grupo entende que o estabelecimento da paternidade deve-se dar exclusivamente pelo critério biológico considerando que os vínculos parentais são definidos mediante a realidade biológica. Consideram, ainda que, o reconhecimento espontâneo foi baseado em falsa declaração e que a evolução da engenharia genética não deixa dúvidas à questão*<sup>250</sup>.

Desta feita, de acordo com essa pesquisa, o grupo que concorda com a possibilidade de desconstituição do vínculo parental com base na prevalência do critério biológico alega: “deve ser estabelecida a verdade real”, “registros de nascimento devem retratar a verdade biológica”, “deve prevalecer a realidade biológica”, e, “exclusão da paternidade pelo exame de DNA”. Os julgados que negam essas ações, nos quais prevalecem os vínculos socioafetivos, alegam: “verificação de paternidade socioafetiva”, “comprovação de estado de filho”, “inexistência de vício de consentimento no ato registral”, “vínculos parentais se definem mais pela verdade social do que pela realidade biológica”, “situação semelhante à adoção à brasileira” e *necessidade de se “perquirir acerca da existência de vínculo afetivo”*<sup>251</sup>.

Conclui Leila Maria Torraca De Britto que, nos Tribunais em que se privilegia o biologismo desconstitui-se com muito mais freqüência as paternidades do que nos Tribunais em que prevalece a socioafetividade. A conseqüência disso é que se a *nova tecnologia possibilita – por meio da investigação de paternidade – acrescentar o nome do pai em registros de crianças antes vistas como filhos de pais desconhecidos, o uso exclusivo do critério biológico para desconstituir paternidades facilita aqueles que sempre conheceram o pai a passarem, agora, a ser filhos de um pai que lhes é desconhecido*<sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup> BRITTO, Leila Maria Torraca de. Negatória de paternidade e anulação de registro civil: certezas e instabilidades. In: **Revista brasileira de direito de família**. Ano VIII, n. 36, Porto Alegre: Síntese, 2006, p. 13.

<sup>251</sup> BRITTO, Leila Maria Torraca de. Negatória de paternidade e anulação de registro civil: certezas e instabilidades. In: **Revista brasileira de direito de família**. Ano VIII, n. 36, Porto Alegre: Síntese, 2006, p. 15.

<sup>252</sup> BRITTO, Leila Maria Torraca de. Negatória de paternidade e anulação de registro civil: certezas e instabilidades. In: **Revista brasileira de direito de família**. Ano VIII, n. 36, Porto Alegre: Síntese, 2006, p. 14.

Do brilhante trabalho, desenvolvido pela referida estudiosa, pode-se perceber que a jurisprudência adepta do biologismo puro sustenta argumentos frágeis e se contrapõe ao nosso sistema, essencialmente após a Constituição de 1988 que preconiza princípios e valores que direcionam todo o ordenamento jurídico no caminho da preservação da família como principal provedora da vida, da dignidade e da felicidade. A prevalência da filiação socioafetiva se faz necessária quando a sua desconstituição representar o fim da estabilidade familiar, ou então, da própria família.

Desta maneira, é possível concluir que a preservação da filiação deve ocorrer sempre que esta medida for a mais indicada para a criança envolvida no caso concreto, pois assim determina a Constituição da República ao garantir o direito fundamental ao convívio familiar. Tamanha é a força do vínculo afetivo que a mera desconstituição jurídica do vínculo de filiação não seria suficiente para desfazê-lo, a afetividade está locada no mundo fático, no íntimo de cada filho e de cada pai.

## CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais evoluíram, sobretudo após as Grandes Guerras Mundiais, e passaram a ser regulamentados, inicialmente de maneira mais discreta, sem profunda força coercitiva, no entanto, logo passaram a integrar os ordenamentos dos países signatários como é atualmente no Brasil.

Esta evolução dos direitos fundamentais foi marcada por três lemas (designados pela doutrina como dimensões ou gerações de direitos fundamentais), quais sejam: liberdade, igualdade e fraternidade. Inicialmente surgiu a necessidade de lutar pelas liberdades públicas, a sociedade se sentia sufocada pelas altas políticas intervencionistas do Estado em relação ao cidadão. Posteriormente, após a Revolução Industrial, a grande massa de trabalhadores, esgotados por seus empregadores, buscavam proteção do Estado para que este passasse a participar das relações trabalhistas limitando a exploração da mão-de-obra. Superada esta fase, tomou lugar a preocupação com as relações coletivas surgindo os direitos de fraternidade (ou solidariedade). Atualmente, há autores que trabalham a idéia de uma quarta e até uma quinta dimensão de direitos fundamentais, que seriam ligadas às questões de direitos meta-individuais e direito à informação ou à democracia.

São diversos os documentos internacionais que tratam do tema dos direitos fundamentais sob seus vários aspectos, o Brasil assinou e ratificou muitos desses documentos, sendo que, para o presente trabalho importou tratar, principalmente, da Convenção Sobre os Direitos da Criança, que influenciou toda a legislação pátria, especialmente por trazer a idéia da proteção integral já consubstanciada pela Constituição Federal em 1988, e posteriormente agregada ao texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1989.

O princípio da proteção integral significa que a proteção da criança deve ser abrangente e deve alcançar todas as crianças com prioridade absoluta, ou seja, em primeiro lugar. O fundamento desta doutrina está no fato de que toda criança é pessoa em situação peculiar, em fase de desenvolvimento de sua personalidade, por isso a importância da proteção ampla e ilimitada.

Contudo, embora a legislação da infância tenha evoluído significativamente, o que se vê é uma grande crise de efetividade, cada dia mais há crianças nas ruas, fora da escola, sem uma família, vivendo em condições de miséria, sendo que a dignidade humana fica longe de ser atingida.

Assim, para que a eficácia seja alcançada é necessária a existência de um sistema jurídico integrado e a prática de políticas públicas que possibilitem a sua concretização, ou seja, a implementação das normas protetivas da criança no plano fático. Para que isso ocorra, é fundamental que a população seja bem educada, e bem informada para que tenha conhecimento dos direitos da criança e possa buscá-lo sempre que necessário.

Antes ainda de adentrar no tema da adoção, foi importante analisar os institutos da família e da filiação e suas alterações doutrinárias e jurisprudenciais pelas quais estes institutos vêm sofrendo. A constituição da filiação, além de ser formada pelo vínculo de sangue, passou a ser considerada a partir da formação da afetividade entre as partes envolvidas, ou seja, passou a importar também a realidade de afeto existente entre pais e filhos.

A Constituição da República deu à família status de base da sociedade e conferiu a ela especial proteção do Estado garantindo à criança e ao adolescente o direito fundamental à convivência familiar. A família foi consagrada pelo legislador constitucional como o local de desenvolvimento da personalidade de seus membros e a considerou de forma ampla e democratizada, formada pelo casamento, pela união de fato ou pela adoção. Sendo que, com base nesses conceitos a legislação infraconstitucional passou a tratar as questões relacionadas à família com vistas à igualdade na família, à sua manutenção e à realidade social das relações de parentesco.

Com base nesses conceitos o instituto da adoção precisou ser redesenhado e considerado a partir da noção de dignidade e valorização humana. O legislador infraconstitucional procurou seguir esse modelo, no entanto, coube à doutrina e à jurisprudência completar e aperfeiçoar a aplicação das normas relativas à adoção. O



Código Civil de 2002 unificou os sistemas de adoção (que antes eram tratados concomitantemente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código Civil de 1916), mas deixou de mencionar diversas garantias previstas no ECA e por isso aplica-se este subsidiariamente até os dias de hoje.

Além dos aspectos estruturais do instituto da adoção (requisitos, efeitos e procedimento), é importante a menção de um tema atual referente à adoção, qual seja: a adoção por casal homoafetivo. Ocorre que, atualmente, de acordo com a legislação vigente, é possível a adoção individual e a adoção conjunta por pessoas casadas, em união estável ou separadas (neste caso, quando o estágio de convivência se iniciou antes da separação e se esta medida for conveniente no caso concreto). No entanto, não se admite no Brasil o casamento de casais do mesmo sexo e daí surge o problema da adoção por esses casais.

A doutrina e a jurisprudência vêm enfrentando esta questão, sendo que, já houve julgamentos favoráveis permitindo a adoção por duas pessoas do mesmo sexo, abrindo importante precedente a respeito do tema. Contudo, como em todos os casos de adoção, o juiz deve analisar sua conveniência no caso concreto, pois, as famílias possuem diversos problemas independentemente de sua formação, devendo prevalecer sempre o melhor interesse da criança envolvida e, como mencionado, esse interesse normalmente está relacionado com a manutenção da criança em uma família (mesmo que seja substituta), o que prestigia a aplicação do direito fundamental à convivência familiar.

Este direito está diretamente ligado ao papel que a família possui na sociedade e na vida da criança, esse papel pode ser considerado como estrutural da personalidade de cada membro da família, nela ele se identifica, cria laços, busca forças e sentidos para sua existência no mundo. Daí a fundamentalidade do direito à convivência familiar, sem uma família bem estruturada e bem educada o sujeito se sente solitário e impedido de exercer com completude seus demais direitos.

Igualmente importante, e recorrente, é a prática da adoção “à brasileira” e suas conseqüências para a criança envolvida, especialmente quando este fato culmina na extinção do vínculo de afetividade estabelecido entre os pais “adotivos” e

a criança “adotada”. A adoção “à brasileira” ocorre quando uma pessoa registra como seu filho alheio burlando as normas legais de adoção, ou seja, evitando os trâmites processuais regulares.

A prática da adoção “à brasileira” é considerada por nosso sistema como crime e, sem dúvida alguma, deve ser evitada. Todavia, a doutrina e a jurisprudência têm admitido a manutenção do vínculo de filiação formado pela afinidade, especialmente nos casos em que a pretendida desconstituição possui um propósito patrimonial.

O art. 48, do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que a adoção é irrevogável. O fundamento deste dispositivo está justamente no fato de estabelecer segurança nas relações familiares, evitando, desta forma, o tumulto nos vínculos e possíveis instabilidades emocionais. A manutenção da filiação nos casos da prática da adoção “à brasileira” também encontra fundamento no direito fundamental ao convívio familiar, até porque, muitas vezes, o ato do “adotante” é impulsionado por questões nobres de reconhecer um filho, que não é seu, dando-lhe nome, família, educação e novas perspectivas de vida.

Por fim, a evolução dos direitos fundamentais trouxe para nosso sistema novas concepções de família e de filiação, e conseqüentemente, nova leitura para o instituto da adoção, humanizando o legislador e o aplicador do direito. Entretanto, é urgente a concretização dos direitos já declarados, através de novas políticas públicas diretas, como maiores investimentos na área da educação, e indiretas, como a conscientização da criança e dos pais através da mídia ou da própria escola.

A busca de uma sociedade mais justa e humana é infinita e a inobservância dos direitos fundamentais da criança viola notavelmente o princípio da dignidade da pessoa humana. A preocupação com as crianças é a preocupação com o futuro da nossa sociedade.

**BIBLIOGRAFIA**

ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior. *In: Revista brasileira de direito de família*. V. 8, n. 39, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2007.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. *In Revista de direito administrativo*. V. 1, n. 217, Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999, p. 73.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. O novo estatuto da filiação. *In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). O direito de família e a CF/88*. São Paulo: Saraiva, 1989.

ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos humanos na ordem mundial**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Edição histórica, Rio de Janeiro: Rio, 1940.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado**. 2ª ed., vol. 2, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1922.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BITTAR, Eduardo C. B.. Ética, Educação e Cidadania. *In: Revista do Curso de Direito da Universidade São Marcos*. Vol. II, nº 2, São Paulo: Unimarco, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. COUTINHO, Carlos Nelson, Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

BRITTO, Leila Maria Torraca de. Negatória de paternidade e anulação de registro civil: certezas e instabilidades. *In: Revista brasileira de direito de família*. Ano VIII, nº 36, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2006, p. 9.

CHANAN, Guilherme Giacomelli. As entidades familiares na Constituição Federal. *In: Revista brasileira de direito de família*. Ano IX, nº 42, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, 2007, p. 47.

CHAVES, Antonio. **Adoção e legitimação adotiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

CHAVES, Antonio. **Adoção, adoção simples e adoção plena**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

CHAVES, Antonio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. MELVILLE, Jean (trad.). São Paulo: Martin Claret, 2006.

CURY, Munir. Direito à convivência familiar: da reintegração familiar à colocação em família substituta. *In: Igualdade*. Ano VI, livro 19, Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 1998.

DALMASSO, Elsa Inés. A Convenção sobre os Direitos da Criança e o Princípio Reitor do Interesse Maior da Criança. *In Novos estudos jurídicos*. V. 9, n. 2. Santa Catarina: Ed. Univali, 2004, p. 458.

DELMANTO, Celso... [et AL]. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIGIÁCOMO, Murillo José. Planejamento e garantia de prioridade absoluta à criança e ao adolescente no orçamento público – condição indispensável para sua proteção integral. *In: Cadernos do Ministério Público do Paraná*. V. 8, nº 1, Curitiba: Núcleo de Comunicação Institucional, 2005, p. 16.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23ª ed., 5º vol., São Paulo: Saraiva, 2008.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

FACHIN, Rosana. Da filiação. *In: DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.)*. **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 124.

FACHIN, Luiz Edson. Direito além do Novo Código Civil: Novas situações sociais, filiação e família. *In: Revista brasileira de direito de família*. Ano V, nº 17, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2003, p.22.

FERNANDES, Jacinta Gomes. União homoafetiva como entidade familiar: Reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro. *In: COUTO, Sergio, MADALENO, Rolf, MILHORANZA, Mariângela Guerreiro*. **Família Notadez, Direito de Família e Sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007, p.198.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. *In FERRAZ, Anna Candida da Cunha. BITTAR, Eduardo C. B. (Coord.)*. **Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifio, 2006, p. 154.

FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. A filiação adotiva na família contemporânea brasileira e a construção da afetividade. *In*: JUNIOR, Eroulths Cortiano. MEIRELES, Jussara Maria Leal de. FACHIN, Luiz Edson. NALIN, Paulo (Coords.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. Anais do projeto de pesquisa virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2007, p. 57.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos humanos fundamentais**. 3ª ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. A interpretação constitucional como “concretização” ou método hermenêutico concretizante. *In*: **Revista de direito constitucional e internacional**. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 12, Jan-Mar, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 129.

FILHO, Arthur Marques da Silva. Da adoção. *In*: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NETTO, Domingos Franciulli (Coord.). **O Novo Código Civil: Estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003, p. 1193.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2004.

GOZZO, Débora. A anulação do registro na adoção “à brasileira” e a dignidade do adotado. *In*: **Revista mestrado em direito**. Ano 5, n. 5 (2005), Osasco: Edifício, 2005.

GOZZO, Débora. "Nascimento anônimo": em defesa do direito fundamental à vida. *In*: **Revista Mestrado em Direito**. Ano 6, n. 2, Osasco: Edifício, 2006, p. 126.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática, com abordagem do novo código civil**. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2004.

GRENZER, Matthias. **O projeto do êxodo**. 2ª ed., São Paulo: Paulinas, 2007.

ISQUIERDO, Renato Scalco. A tutela da Criança e do Adolescente como Projeção dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Solidariedade e da Autonomia: uma abordagem pela doutrina da proteção integral. *In* MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 525.

JESUS, Damásio E. de, **Código Penal Anotado**. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

KUKINA, Sérgio Luiz. Efetividade dos direitos da criança e do adolescente no Brasil à luz dos direitos humanos. *In* **Igualdade**. V. 10, Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2002, p. 52.

LIMA, Cláudio Vianna de. **Legitimação Adotiva**. Rio de Janeiro: M. S. Rodrigues, 1965.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Filiação e o Princípio da Afetividade Lobo. *In*: **Igualdade**. V. 8, n. 26, Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2000.

LOBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Famílias. *In*: **Revista brasileira de direito de família**. V. 6, n. 24, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2004, p. 137.

LÔBO, Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: Para além do *numerus clausus*. *In*: **Revista brasileira de direito de família**. Ano III, nº 12, Porto Alegre, IBDFAM, 1999.

MACHADO, Alberto Velloso. **Os direitos de personalidade no estatuto da criança e do adolescente**. Dissertação de mestrado apresentada e aprovada em Curitiba, UFPR, 2001.

MAIOR NETO, Olympio de Sá Sotto. Os Sistemas de Garantias da Criança e do Adolescente. *In*: **Igualdade**. V. 10, nº 37, Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2002, p. 28.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual. *In: Igualdade*. Nº 8, Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os direitos de personalidade. *In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NETTO, Domingos Franciulli (Coords.). O novo código civil: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.

MATOS, Ana Carla H., A consagração jurídica da união homossexual através da principiologia dos direitos fundamentais. *In Atualidades do direito de família e sucessões*. MADALENO, ROLF, MILHORANZA, MARIÂNGELA GUERREIRO (Coord.). Sapucaia do Sul: Notadez, 2008.

MELO JÚNIOR, Samuel Alves de. Direito à convivência familiar. *In: BENEDITO, Ademir de Carvalho (Org.). Infância & cidadania*. São Paulo: InorAdopt, 1999, p. 108.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: Teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MUSSEN, Paul. **O desenvolvimento psicológico da criança**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1987.

NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Direito civil**. Vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.



PELUSO, Cesar (Coord.). **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. 2ª ed., Barueri: Manole, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 13ª ed., 5º vol., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas considerações sobre a nova adoção. **Revista Ajuris**, nº 53, p. 78

PEREIRA, Sérgio Gischkow., A adoção e o direito intertemporal, *In: Igualdade*. Nº 12, Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.)*. **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. *In: DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.)*. **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERES, Antonio Sampaio. Registro civil. Falso ideológico. Adoção à brasileira. Prescrição ou decadência. *In: COUTO, Sérgio (Coord.)*. **Nova realidade do direito de família**. Tomo 2, Rio de Janeiro: COAD: SC Editora Jurídica, 1999, p. 5.

PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social e outros escritos**. SILVA, Rolando Roque da (trad.). São Paulo: Cultrix.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 8ª ed., vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHARGEL, Franklin P., SMINK, Jay. **Estratégias para auxiliar o problema de evasão escolar**. Trad.: Luiz Frazão Filho, Rio de Janeiro: Dunya, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 551.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação. *In*: TEIXEIRA, Fábio de Oliveira (Coord.). **Direito de família e do menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência**. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A evolução da interpretação dos direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal. *In* SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 347.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6ª ed., vol. 6, São Paulo: Atlas, 2006.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Filiação Adotiva. *In* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VILELA, Renata Dantas. A adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo sob a perspectiva civi-constitucional. *In* **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, 2000, v. 27, p. 168.